

CURSO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

María del Carmen García Garnica

Departamento de Derecho Civil

Universidad de Granada

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN A LA ASIGNATURA

2. OBJETIVOS Y CONTENIDO DE LA ASIGNATURA

3. SISTEMA DE EVALUACIÓN

4. MATERIALES

5. TEMARIO

MODULO I - INTRODUCCIÓN

Lección 1.- Aproximación al concepto jurídico de menor de edad

1. Concepto jurídico de persona.
2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar.
3. La mayor y la menor edad.

Lección 2.- Razón de ser y principios rectores de la protección del menor de edad.

1. Evolución histórica y razón de ser de la protección jurídica del menor de edad.
2. La protección del menor en el ordenamiento jurídico
3. Principios rectores de la protección jurídica del menor.

MODULO II - EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR DE EDAD. LA MENOR EDAD COMO ESTADO CIVIL

Lección 3.- La persona y la personalidad.

1. Comienzo de la personalidad jurídica.
2. La prueba del nacimiento. La inscripción en el Registro Civil.
3. Protección jurídica del concebido y no nacido (el *nasciturus*).
4. La extinción de la personalidad.

Lección 4.- La capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

1. El estado civil de la persona. El medio de prueba del estado civil.
2. Estatutos jurídicos intermedios entre la menor y la mayor edad: la emancipación y el beneficio de mayor edad.
3. Capacidad jurídica del menor de edad.
4. Capacidad de obrar y menor edad.

Lección 5.- Los derechos de la personalidad y el menor.

1. Introducción.
2. Concepto y caracteres de los derechos de la personalidad.
3. Enumeración y clasificación de los derechos de la personalidad.
4. Protección jurídica de los derechos de la personalidad.
5. Ejercicio y protección de los derechos de la personalidad de los menores. Remisión a la jurisprudencia.

MODULO III - PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA FAMILIA

Lección 6.- La filiación.

1. La filiación: concepto y clases.
2. Efectos o contenidos de la relación de filiación. Distinción entre filiación y patria potestad.
3. La determinación de la filiación por naturaleza o biológica.
4. La filiación por adopción.

Lección 7.- Las relaciones paterno-filiales: la patria potestad.

1. La patria potestad: concepto y régimen jurídico.
2. Contenido de la patria potestad:
3. Extinción y pérdida de la patria potestad.

Lección 8.- Protección del menor en las situaciones de crisis matrimonial

1. Consideraciones generales: el derecho del menor a ser oído, el principio del *favor filii*, el control judicial y la intervención del Ministerio Fiscal.
2. Titularidad y el ejercicio de la patria-potestad (remisión).

3. La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad.
4. Régimen de visitas: pactos usuales.
5. La pensión alimenticia de los hijos.
6. La atribución de la vivienda familiar.
7. Derechos del menor con más de dieciseis años.

MODULO IV - OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

Lección 9.- La tutela

1. Concepto y caracteres. Evolución histórica y sistema vigente.
2. Personas sujetas a tutela.
3. Personas obligadas a instar la constitución de la tutela.
4. Delación y constitución de la tutela. Incapacidades y excusas.
5. Ejercicio de la tutela: derechos y obligaciones del tutor.
6. Extinción de la tutela: causas y efectos.

Lección 10.- La curatela

1. Concepto y caracteres.
2. Personas sujetas a curatela.
3. Funciones del curador.

Lección 11.- Otras instituciones tutelares para el caso de desamparo del menor.

1. El riesgo y el desamparo.
2. Medidas a adoptar por la entidad pública.
3. La tutela automática de la Administración Pública.
4. La guarda
5. El acogimiento: concepto, clases y efectos.

MODULO V - LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO PENAL

Lección 12.- Sustracción internacional de menores.

1. La sustracción de menores por sus padres: medidas civiles y penales.
2. Especial consideración a la sustracción internacional de menores. Medidas a adoptar para el retorno del menor sustraído.

Lección 13.- Protección penal del menor y de la familia.

1. Introducción: la protección penal del menor.
2. Delitos contra los derechos y deberes familiares.
3. Delitos relativos a la explotación de menores.
4. La protección del derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.

Lección 14.- El problema de la responsabilidad penal de los menores

1. Antecedentes sobre el tratamiento de la delincuencia de menores.
2. Normativa internacional.
3. Tratamiento de la cuestión en la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor.

6. ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN CONTINUA

7. EJERCICIOS DE AUTOEVALUACIÓN

1. INTRODUCCIÓN A LA ASIGNATURA

La protección de la infancia no sólo es un tema apasionante, sino también una necesidad que se hace sentir desde cualquier perspectiva: jurídica, social, política, psicológica, educacional, etc. Y ello, como respuesta a la natural y lógica incapacidad del propio menor para cuidarse y satisfacer sus necesidades por sí mismo.

A este respecto, hay que destacar que en la infancia y la adolescencia se apoya -para bien o para mal- nuestra personalidad adulta. Son etapas de la vida de toda persona en que se adolece de gran fragilidad personal, porque aún no se han desarrollado los mecanismos psicológicos de autoprotección y se es especialmente permeable a cualquier tipo de influencia. De ahí la gran importancia de que el menor esté debidamente amparado, en el terreno físico, afectivo y educativo.

No obstante, al mismo tiempo la infancia y la adolescencia son etapas evolutivas, en las que a medida en que el niño va desarrollando sus aptitudes intelectivas y volitivas (lo que jurídicamente denominaremos "capacidad natural") habrá de favorecerse su evolución como ser humano a través del reconocimiento progresivo de su propio ámbito de actuación, adecuado a su edad y grado de madurez. Al fin y al cabo, es evidente que no pueden equipararse por completo el tratamiento jurídico de un menor de un año y el de uno con diecisiete años de edad.

Conforme a las dos afirmaciones anteriores, hay que destacar que frente a consideraciones excesivamente proteccionistas o autoritarias del tratamiento jurídico de los menores de edad, **la concepción actualmente imperante en materia de protección jurídica de menores tiene como objetivo prioritario la búsqueda del delicado y difícil equilibrio entre la protección del menor (como "sujeto pasivo") y la promoción paulatina de sus capacidades (como "sujeto activo").**

El punto de partida de la concepción actualmente imperante en materia de protección de menores, a nivel internacional, lo constituye la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En ella, se pone de relieve:

- a.) a concepción del menor de edad como titular de derechos
- b.) La necesidad de proteger al menor
- c.) La necesidad de que esa protección vaya acompañada de la promoción del menor de edad, como sujeto con capacidad evolutiva que hay que incentivar. Se rompe, pues, con la idea de equipara al menor de edad con una persona absolutamente incapacitada a nivel jurídico; y se pasa a su reconocimiento como persona con capacidad limitada, pero evolutiva.

A raíz de lo dispuesto en esa Convención Internacional, ratificada por España en el año 1990, así como algunos años antes en la Constitución española de 1978 se ha producido, a lo largo de las últimas décadas una importante evolución del tratamiento jurídico de la protección del menor de edad. Evolución presidida por un principio común, que rige en la actualidad el Derecho de menores: el del "interés superior del niño" (tout pour l'enfant).

En particular, el art. 39 de nuestra Constitución de 1978 consagra como principio informador del ordenamiento jurídico y de la actuación de los poderes públicos "la defensa y protección de los menores de edad".

Pero, junto a este punto de partida (la evolución política e ideológica que ha habido en las últimas décadas en cuanto a la protección de los menores de edad en las sociedades modernas), hay que dejar claro otro dato fundamental, y es que esa evolución en el tratamiento jurídico de los menores de edad de las sociedades modernas, que podemos calificar hasta de idílica, no puede hacernos olvidar que la situación real es mucho más dramática y aún está lejos de alcanzar ese principio o ideal del respeto del "interés superior del menor". En las sociedades modernas han aparecido nuevas situaciones de maltrato infantil (tráfico de estupefacientes, exhibiciones públicas de violencia, pornografía y prostitución infantil, malos tratos físicos o psíquicos, explotación laboral del menor, situaciones de desamparo, etc.).

Ante esta situación, creo que el conocimiento de los mecanismos que ofrece el Derecho frente a estos problemas es un primer paso para su prevención y tratamiento, y espero que a ello contribuya el estudio de esta asignatura.

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas, a lo largo de esta asignatura nuestra atención se va a centrar en el estudio, de un lado, de los derechos y de la capacidad de obrar del menor de edad (el menor como sujeto activo); y, de otro, de los mecanismos jurídicos de protección del menor (el menor como sujeto pasivo necesitado de protección). Aunque antes de entrar en estas materias, será preciso conocer ciertos conceptos jurídicos básicos: tales como qué se entiende por menor de edad y qué se entiende por capacidad de obrar y capacidad jurídica en nuestro Derecho.

Hay que hacer una última advertencia o un último comentario en esta introducción a la asignatura. En nuestro Derecho no encontramos un tratamiento sistemático y global de la protección del menor. No hay una única ley que se ocupe globalmente de esta problemática, lo que facilitaría sumamente su conocimiento y estudio; sino que el tratamiento de la cuestión se halla disperso en distintas normas y disciplinas que intentaremos exponer de forma uniforme en esta asignatura, para tener una visión de conjunto.

2. OBJETIVOS Y CONTENIDO DE LA ASIGNATURA

El propósito de esta asignatura es conocer los grandes problemas a los que se enfrenta el menor de edad (falta de madurez para valerse por sí solo, imposibilidad o incapacidad de sus padres para velar correctamente por sus hijos menores de edad, problemas derivados de la crisis matrimonial de los padres, malos tratos, abandono, etc.); y los mecanismos a través de los cuales el Derecho hace frente a cada uno de esos problemas, para protegerle.

Con ese objetivo, el contenido de la asignatura se estructura en cinco módulos:

- a.) el primero, dedicado a dar una visión general de los principios que inspiran la protección del menor desde el Derecho;

- b.) el segundo, dedicado a concretar las distintas situaciones o status jurídicos por los que puede pasar un menor de edad;
- c.) el tercero, dedicado al estudio de la protección del menor en el seno de la familia, que se encuentra confiada en primer lugar a los padres del mismo;
- d.) el cuarto, relativo al estudio de las instituciones de protección alternativas a la protección del menor atribuida a los padres;
- e.) el quinto y último, relativo a la protección que el Derecho penal dispensa al menor de edad.

A continuación se expone brevemente, el objetivo de cada uno de esos módulos.

MODULO I: INTRODUCCIÓN (LECCIONES 1 Y 2)

El objetivo de este módulo será aproximarnos a los conceptos básicos de la asignatura: persona, menor y mayor edad, capacidad jurídica y capacidad de obrar; así como a las normas y principios que rigen el tema de la protección jurídica de los menores en nuestro Derecho.

MODULO II: EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR DE EDAD. LA MENOR EDAD COMO ESTADO CIVIL (LECCIONES 3 A 5)

El objetivo de este módulo es conocer cuándo considera el Derecho que una persona ha empezado a existir, cuándo comienza a protegerla, y cuándo se extingue la protección de la misma. Una vez aclaradas estas ideas básicas, se prestará especial atención a la relevancia que tiene el distinguir entre personas "mayores de edad" y "menores de edad", a efectos jurídicos. Centrándonos, lógicamente, en estos últimos, que son los que constituyen el centro de atención de nuestra asignatura. Y, por último, analizar aquellos derechos de los que toda persona es titular por el mero hecho de existir (y, por tanto, también los menores de edad).

MODULO III: PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA FAMILIA (LECCIONES 6 A 8)

Ya sabemos a grandes rasgos, qué derechos y qué necesidades tienen los menores de edad.

En este módulo entraremos ya de lleno en su protección, comenzando por el estudio de los deberes que recaen sobre los padres en orden a la protección de los hijos. Para lo cual, analizaremos cómo se establece en nuestro Derecho la relación de filiación entre padres e hijos (ya sea una filiación biológica, ya sea una filiación adoptiva). Por último, nos centraremos en el estudio de los derechos de los hijos menores de edad ante la ruptura del matrimonio de sus padres.

MODULO IV: OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR (LECCIONES 9 A 11)

Los padres son los primeros obligados a proteger a sus hijos menores de edad. Pero, como en ocasiones no desempeñan correctamente sus funciones o no pueden hacerlo, el Derecho ha de prever otras formas alternativas de protección de los menores de edad.

De modo que en este módulo estudiaremos cada una de ellas, haciendo especial hincapié en distinguir cuándo procede una u otra.

Estas instituciones son la tutela ordinaria, la curatela, el defensor judicial, la tutela y la guarda administrativas y el acogimiento de menores.

MODULO V: LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO PENAL (LECCIONES 12 A 14)

Hasta aquí hemos estudiado la protección que el Derecho civil dispensa a los menores de edad. De modo que para concluir, haremos una referencia a la protección que les dispensa el Derecho penal: de un lado, sancionando aquellas conductas que resulten lesivas para los mismos; y, de otro, dispensándoles un tratamiento especial cuando son los propios menores los que llevan a cabo conductas delictivas.

3. SISTEMA DE EVALUACIÓN

El sistema de evaluación adoptado para esta asignatura **tendrá en consideración prioritaria el trabajo desarrollado por el alumno a lo largo de todo el curso**. Es decir, se tratará de una evaluación continua, sin que sea suficiente para superar la asignatura realizar el correspondiente examen.

Para ello, la calificación final del alumno **se hará combinando varios criterios:**

- a.) un 30% de la nota corresponderá al grado y calidad de la participación del alumno en los debates propuestos al foro.
- b.) un 30 % de la nota corresponderá a la evaluación de los trabajos y prácticas realizados por el alumno.
- c.) un 30 % de la nota corresponderá a los conocimientos adquiridos por el alumno, debidamente acreditados en el examen final.
- d.) un 10% de la nota corresponderá a la asistencia y participación en las clases presenciales.

Los ejercicios de autoevaluación no puntúan en la calificación del alumno. Su objetivo tan sólo es permitir al alumno comprobar personalmente si ha alcanzado en cada tema un grado adecuado de comprensión y conocimientos. Además, sus preguntas permitirán familiarizarse al alumno con cuestiones similares a las que se realizarán en los exámenes cuatrimestrales.

4. MATERIALES

LEGISLACIÓN BÁSICA:

- Constitución (CE)
- Código Civil (CC)
- Código Penal (CP)
- Ley reguladora del Registro Civil (LRC) y Reglamento del Registro Civil (RRC).

- Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 20 de noviembre, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (CNUDN).
- 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 17-1-1996). [LOPJM]
- Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía. (BOE núm. 150, 24-6-1998)
- Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, y a la Ley Orgánica 8/2000, que la modifica.
- Ley Orgánica 5/2000, de 22 de diciembre, de responsabilidad penal del menor (LORP).
- Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía (BOJA 19-11-2002).
- Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE 11-12-2002).

RECURSOS BÁSICOS:

A continuación os indico una serie de enlaces de Internet que os serán útiles, tanto en esta asignatura como en otras disciplinas jurídicas, para acceder y buscar legislación (nacional y extranjera), sentencias y artículos doctrinales.

- <http://cde.ugr.es/>
- <http://www.un.org/spanish/>
- <http://www.boe.es>
- <http://www.andaluciajunta.es/BOJA>
- <http://www.tribunalconstitucional.es>
- <http://www.mju.es>
- <http://www.mtas.es>
- <http://www.mtas.es/dgas/infancia/ObsInfancia.htm>
- <http://www.mtas.es/injuve/index.htm>
- <http://www.congreso.es>
- <http://www.ugr.es/%7Ebiblio/>
- <http://www.laley.net>
- <http://www.derecho.org>
- <http://www.derecho-familia.com>
- <http://www.noticiasjuridicas.com/>

Asimismo, os pueden resultar de utilidad los buscadores generales de Internet, tales como:

- <http://www.yahoo.com>
- <http://www.google.com>
- <http://www.terra.es>

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

- Los manuales de Derecho Civil I (Derecho de la persona) y Derecho civil IV (Derecho de familia).
- AA.VV: La protección del menor en las rupturas de pareja, Dir. García Garnica, coords. Morillas y Quesada, Ed. Aranzadi, 2009
- AAVV: Aspectos actuales de la protección jurídica del menor, Dir. García Garnica, coords. Morillas y Quesada, Ed. Aranzadi, 2008
- AA.VV.: Los menores en el Derecho español, coord. LÁZARO GONZÁLEZ, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- AA.VV.: Curso sobre la protección jurídica del menor, coord. POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- AA.VV.: La Tutela de los derechos del menor, dir. GONZÁLEZ PORRAS (Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, en marzo de 1984), Córdoba, 1984
- AFONSO RODRÍGUEZ: "La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores", Act. Civil, 1995-2, ref. XVII.
- ALONSO PÉREZ: "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil: luces y sombras", Act. Civil, 1997-1, marginal 17.
- ARANDA RODRÍGUEZ: La representación legal de los hijos menores, Madrid, 1999.
- ARCE FLOREZ-VALDÉS: "El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados", Revista de Derecho Privado, 1978, págs. 351 y ss.
- BALLESTEROS DE LOS RIOS: El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas, Madrid, 1997.
- BUENA SESMA: "Intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de menores", Act. Civil, 1993, marginal 409.
- ESCUDERO LUCAS: "La protección del menor por la entidad pública", Revista General del Derecho, 1997, págs. 12099 y ss.
- FABREGA RUIZ: "Las pruebas biológicas de paternidad y los Tribunales de Justicia", Revista General del Derecho, 1996, págs. 5051 y ss.

- Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida, Granada, 1999.
- GARCÍA GARCÍA: "Los alimentos de los hijos menores en los procesos matrimoniales", Revista de Derecho Privado, 1984, págs. 1001 y ss.
 - GARCÍA GIL: "La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial", La Ley, 1989-3, págs. 859 y ss.
 - GONZÁLEZ CARRASCO: "Los alimentos de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias", Aranzadi civil, núm. 8 (1998), págs. 11 y ss.
 - JORDANO FRAGA: "La capacidad general del menor", Revista de Derecho Privado, 1984, págs. 883 y ss.
 - RAMOS CHAPARRO, "Niños y jóvenes en el Derecho civil y constitucional", Derecho Privado y Constitución, 1995, núm.7, págs. 176 y ss.

Autora: María del Carmen García Garnica

2. 1. El concepto jurídico de persona.

LECCIÓN 1.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO DE MENOR DE EDAD.

1. CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA

" El menor de edad, en primer lugar, es persona. De modo que antes de entrar a precisar el concepto jurídico de menor de edad, es necesario precisar el de persona.

" Jurídicamente, persona es sinónimo de titular de derechos y obligaciones, de sujeto de Derecho y destinatario del Derecho por tanto.

" Lo importante, en este sentido, es que el concepto jurídico de persona no es sinónimo de hombre, sino que es más amplio, ya que abarca:

- de un lado, las "**personas físicas**": es decir los seres humanos, que son personas por el hecho de serlo, desde que nacen hasta que mueren. El principio y fin de su personalidad jurídica lo marca el nacimiento y la muerte, respectivamente.
- de otro, las "**personas jurídicas**": es decir, organizaciones de hombres (sociedades, asociaciones) o incluso de bienes (fundaciones), a los que el ordenamiento jurídico les reconoce existencia y capacidad de ser titular de derechos y obligaciones como tal ente, al margen de los sujetos que lo integran. Son una ficción jurídica.

"Hay una diferencia muy importante entre ambos tipos de personas: mientras todo hombre por el hecho de serlo es persona (el Derecho no nos atribuye la personalidad), las personas jurídicas sólo existen cuando el Derecho les conceda personalidad jurídica y las reconozca como tales.

Para ello será necesario que cumplan una serie de requisitos y formalidades de constitución, organización y funcionamiento.

" En cualquier caso, a nosotros sólo nos interesa la persona física, y sólo en una etapa de su desarrollo: cuando aún es menor de edad.

" Centrándonos en la persona física, por tanto, hemos dicho que el principio y fin de la existencia de la persona para el Derecho lo marcan, como es lógico los hechos objetivos y ciertos del nacimiento y de la muerte.

" En este sentido, el art. 29 CC dispone que el nacimiento determina la personalidad. Aunque el art. 30 CC añade que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno". Es a partir de este momento cuando comienza la minoría de edad y, por ende, su protección jurídica.

" No obstante, hay que matizar que nuestro Derecho no sólo protege a la persona ya nacida, sino que también dispensa cierta protección al concebido y aún no nacido, al nasciturus (pero de ello nos ocuparemos en la Lección 3).

Autora: María del Carmen García Garnica

3. 2. La capacidad jurídica y la capacidad de obrar

LECCIÓN 1.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO DE MENOR DE EDAD.

2. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

" Delimitado el concepto jurídico de persona, y centrada nuestra atención en la persona física, hay que destacar que como sujeto de derecho se le reconocen dos clases de capacidades: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

LA "CAPACIDAD JURÍDICA"

Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y la ostenta toda persona, por el mero hecho de serlo. De modo que se tenga o no edad suficiente para poder ejercitar los derechos personalmente, toda persona puede ser titular de derechos y obligaciones (p.ej, desde un niño recién nacido a un enfermo en estado de coma, pueden tener a su nombre una cuenta corriente, aunque no tengan capacidad para hacer uso de ella). En particular, toda persona física -por el mero hecho de existir y como condición ligada al respeto de su dignidad como ser humano- es titular de una serie de derechos que son irrenunciables e inviolables, ni por terceras personas, ni por los poderes públicos: los derechos de la personalidad (derecho a la vida y la integridad física, derecho a un nombre, derecho a la intimidad, al honor y la propia imagen, etc.).

Sobre cuáles son estos derechos, y en qué textos normativos están recogidos en general, y en particular en relación a los menores de edad volveremos a continuación (Lección 5). Ahora nos interesa dejar sentado que se ostentan sólo en virtud del hecho de tener personalidad, de haber nacido.

LLEGADOS A ESTE PUNTO SURGE UNA PREGUNTA: ¿CUÁNDO SE TIENE A UN NIÑO POR NACIDO, A EFECTOS JURÍDICOS?

El art. 29 CC afirma que "el nacimiento determina la personalidad". Pero, el art. 30 CC puntualiza que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno". Aunque una vez cumplidos esos requisitos, el momento del nacimiento se retrotraerá al momento en que tuvo lugar la separación del hijo del seno materno (así, p. ej. la edad se cuenta desde el día del hecho físico del nacimiento, no desde el día siguiente).

Pero, ¿significa ésto que, p. ej., hasta pasadas 24 horas no se protege la vida ni la integridad física de un recién nacido, ni tiene derecho a un nombre?

Aunque la lectura literal del art. 30 CC llevaría a esa conclusión, la doctrina moderna entiende que el art. 30 CC debe ser interpretado conforme a lo dispuesto por el art. 7.1 de la Convención de Derechos del Niño, que tan sólo exige haber nacido para que el nacimiento del niño sea inscrito en el Registro Civil y aquél tenga derechos (ALBALADEJO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

Conforme a esta interpretación, se entiende que desde la separación del cordón umbilical el niño es sujeto de Derecho, tiene derecho a la dignidad y al respeto de sus derechos de la personalidad, sin necesidad de esperar 24 horas. Este plazo quedaría reservado para determinar la aptitud del recién nacido para adquirir derechos subjetivos de carácter patrimonial o económico, sobre todo a fin de evitar que los derechos hereditarios se modifiquen por el hecho del nacimiento de un niño no viable (LACRUZ).

En todo caso, advertida la importancia jurídica que tiene el momento del nacimiento de una persona (momento a partir del cual la persona adquiere capacidad jurídica y a partir del cual se computa su edad, y que puede ser fundamental para aplicarle una normativa u otra), es evidente que hay que dar certeza a ese momento. Para ello, la prueba del nacimiento se lleva a cabo a través de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Ésta se debe practicar entre las 24 horas siguientes al parto y los 8 días siguientes (art. 42 LRC) bien por los parientes próximos al nacido; bien por los facultativos o responsables del centro médico en que tuvo lugar el alumbramiento (art. 42 y 43, 44 LRC).

La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y en su caso de la filiación del nacido.

"LA CAPACIDAD DE OBRAR".

es la aptitud para realizar válidamente actos jurídicos. A diferencia de la capacidad jurídica (que se tienen o no se tiene), esta capacidad no corresponde por igual a todas las personas, sino que puede tenerse en mayor o menor medida ("plena" o "limitada"), en función del "estado civil" de la persona. Esto es, de determinadas cualidades que el ordenamiento jurídico toma en consideración, como la edad o ciertas enfermedades de la persona.

La "capacidad de obrar plena" habilita al sujeto a realizar de forma eficaz, por sí mismo, cualquier acto jurídico que afecte a su propia esfera. Como regla general, la ostentan los mayores de edad no incapacitados.

La "capacidad de obrar limitada" significa que la persona no puede realizar eficazmente, por sí misma, ningún acto jurídico o, en su caso, algunos de ellos. Si su incapacidad para obrar es absoluta, la ley atribuye su representación a otra persona (a los padres respecto a sus hijos menores de edad o incapacitados; o los tutores, en defecto o imposibilidad para desempeñar esta función de los padres). Si la capacidad de obrar existe, aunque limitada, la persona necesitará una persona que le asista al actuar, sin sustituir su voluntad por completo (un curador, para los menores emancipados que no tengan padres; para los incapacitados a quienes la sentencia de incapacitación les haya dispuesto esta forma de protección; y para los pródigos).

Por regla general, la capacidad de obrar se presume plena y no se admiten mas restricciones que las contempladas en las leyes, que son básicamente la menor edad y la incapacitación judicial.

Autora: María del Carmen García Garnica

4. 3. La relevancia jurídica de la mayor y la menor edad

LECCIÓN 1.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO DE MENOR DE EDAD.

3. LA MAYOR Y LA MENOR EDAD

" De lo expuesto en el epígrafe anterior, se extrae una primera y fundamental consecuencia jurídica del hecho de ser "menor de edad". Como acabamos de señalar, la mayor y la menor edad son estados civiles de los que depende la capacidad de obrar de la persona y el que ésta deba estar sujeta o no a la protección o asistencia de terceras personas. Conviene ahora precisar cuándo se es mayor de edad o menor de edad.

" En el Derecho español vigente el alcanzar una determinada edad cronológica, fijada de forma objetiva en los dieciocho años (tanto en el art. 315 CC, como en el art. 12 de la Constitución), es lo que determina que una persona adquiera el status de "mayor de edad". Desde ese mismo instante, dejará de necesitar la asistencia de sus representantes legales (padres o tutores) para ejercitar sus derechos y deberes válidamente desde el punto de vista jurídico y podrá actuar en el tráfico jurídico con total autonomía (a menos que sea incapacitado por sentencia judicial).

" La "menor edad" no se define en el CC ni en la Constitución; pero su definición y caracteres se extraen, a contrario, de los de la mayor edad. De modo que la menor edad se puede definir sencillamente como el estado civil que ostenta la persona que aún no ha cumplido los 18 años, a contar desde el día de su nacimiento; durante el cual la capacidad de obrar de la persona está limitada, debiendo velar y actuar por él sus representantes legales (ya sean sus padres, o un tutor). [A mayor abundamiento, vid. lección 4].

Hay que destacar que históricamente, la plena capacidad no siempre estuvo ligada a la edad. Hasta los Códigos civiles liberales el factor determinante de la plena capacidad era el status familiae. En un principio, ni la edad ni el matrimonio bastaban para salir de la potestad del pater familias.

Es en la Codificación donde realmente surge la mayoría de edad como concepto jurídico autónomo, determinante de la emancipación automática y la plena capacidad de obrar. En coherencia con el individualismo que impera en el liberalismo, la persona y su capacidad de obrar en el ámbito jurídico pasan a considerarse desde un punto de vista estrictamente individual, al margen de su relación con los demás.

Por lo que se refiere a la edad en la que se cifra el paso de la menor a la mayor edad, hay que destacar que tampoco ésta ha sido siempre la misma. A título ilustrativo, el Proyecto de Código civil de 1851 la establecía en los veinte años para los hombres y los veinticinco para las mujeres; el primer Proyecto de Alonso Martínez la fijaba en veintiún años y el de Silvela en veinticinco; y, finalmente, la mayoría de edad se cifró en los veintitrés años, en el CC de 1889. Con posterioridad, la edad consagrada en el Código Civil sufrió dos reformas a la baja: una por obra de la Ley de 13 de diciembre de 1943, que cifró la mayoría de edad en los veintiún años, y la segunda en virtud del Real Decreto Ley de 16 de noviembre de 1978 por el que se estableció la mayoría de edad en todo el territorio español en los dieciocho años. Aunque hay que destacar que esta rebaja de la mayoría de edad no fue un hecho aislado en el ordenamiento jurídico español, sino que fue acorde con lo dispuesto en la Resolución 29/72 del Consejo de Europa, de 19 de septiembre de 1972, sur l'Abaissement de l'Age de la Pleine Capacité Juridique. En ella se auspiciaba la conveniencia de que los legisladores europeos rebajaran la mayoría de edad a los dieciocho años, así como que examinaran la conveniencia de conceder a ciertos menores la capacidad de ejercer los actos corrientes de la vida diaria y de obrar por sí mismos en ciertas materias. En apoyo de estas recomendaciones se subrayaba la mejor instrucción recibida por los jóvenes, en virtud de una escolarización obligatoria más larga y la mayor y mejor información de que disponen; así como el afán de que su más temprana autonomía favoreciera el sentido de la responsabilidad de los mismos.

" Se ha objetado, sin embargo, que la fijación legal de una determinada edad como criterio objetivo determinante de la capacidad de obrar de la persona no garantiza su adecuación a todos los supuestos concretos, ya que no todo individuo que alcanza la edad prevista legalmente tendrá el grado de madurez adecuado para regir todos sus actos por sí mismo. A pesar de ello, tal previsión legal resulta conveniente y necesaria para salvaguardar la seguridad jurídica, habida cuenta de que de la afirmación o negación de la capacidad de obrar de una persona depende la validez de los actos y negocios jurídicos celebrados por la misma; y que, como es obvio, el Derecho no puede aspirar más que a fijar una edad en la que, atendiendo a la generalidad de los casos, se pueda afirmar que la persona ha alcanzado un grado de madurez psicológico y volitivo suficiente para actuar por sí misma, sin analizar caso por caso (R. BERCOVITZ). Desde esos parámetros, la doctrina considera que la edad de dieciocho años resulta en términos generales coherente con un planteamiento realista o antropológico de la capacidad de obrar.

No obstante, salvado el juicio positivo que en general merece la fijación de la mayoría de edad en los dieciocho años, es obvio que el ordenamiento jurídico debe dar cabida a las matizaciones oportunas: de un lado, para evitar que la igualdad que entraña la mayoría de edad sea meramente formal y, de otro, para salvaguardar adecuadamente la dignidad y respeto a la capacidad natural y al libre desarrollo de la personalidad del menor de edad (anticipada esta idea, volveremos sobre ella en la lección 4).

Autora: María del Carmen García Garnica

6. 1. Evolución histórica y razón de ser de la protección jurídica del menor de edad.

LECCIÓN 2.

RAZÓN DE SER Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y RAZÓN DE SER DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD

En una apretada síntesis, los hitos históricos fundamentales en la evolución de la protección jurídica de los menores de edad, se pueden resumir en los siguientes.

A NIVEL INTERNACIONAL:

Hasta el siglo XIX, con la codificación, no se da relevancia a la distinción jurídica entre mayor y menor de edad. El status familiar, con

independencia de la edad, era el que determinaba la sujeción al poder del *pater familias*.

Frente a ello, **los Códigos Civiles del siglo XIX consagran la distinción entre mayores y menores de edad**.

De un lado, liberan (emancipan) de la potestad del pater familias al mayor de edad, de forma automática (por imperativo legal) al alcanzar a la edad en que se fijara legalmente la mayoría de edad. Ello como manifestación del individualismo y la igualdad formal ante la ley propios del pensamiento liberal.

Por su parte, el menor de edad quedaba sujeto a la dependencia absoluta del padre de familia; sólo en defecto de este último, asumía la potestad sobre los hijos menores de edad la madre.

Ya en el siglo XX, las atrocidades de la I y la II Guerra Mundial (exterminio masivo de seres humanos en atención a su raza o ideología, experimentación en seres humanos, etc.) llevan a tomar conciencia a nivel internacional de la necesidad de reconocer una serie de derechos inalienables, ligados indisolublemente a la dignidad del ser humano, y que constituyen el fundamento de la paz social y la libertad. Con tal objeto, se promulga **la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948**.

No obstante, desde un primer momento se advierte que los niños plantean una problemática especial, digna de consideración independiente, atendida su mayor vulnerabilidad y su necesidad de medidas particulares de protección. Esta necesidad se reconoce en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y se contempla específicamente en la **Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959** y, en la actualidad, en la **Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989, de Naciones Unidas** (ratificada por España en 1990).

A NIVEL NACIONAL:

También a nivel nacional, el tratamiento jurídico del menor ha experimentado una importante evolución a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

El punto de partida fundamental de dicha evolución fue la **Constitución de 1978**, ya que, de un lado, consagraba el mandato expreso a los poderes públicos de asegurar la protección de los menores de edad, sin discriminación en atención a su filiación, así como el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad; y de otro, reconocía la titularidad de los derechos fundamentales a todas las personas y, por ende, a los menores de edad (a todos).

A partir de estas previsiones, se han ido sucediendo diferentes normas (a las que nos referiremos en el epígrafe 2º de esta lección) destinadas a modernizar y mejorar el régimen jurídico de la protección del menor. Entre las **previsiones más importantes** de estas normas, cabe destacar las siguientes:

- La superación de la consideración del menor de edad como mero sujeto pasivo, reconociéndole una capacidad de obrar evolutiva para ejercer los derechos de los que es titular.
- En particular, se reconoce al menor el derecho a ser oído antes de adoptar decisiones que le afecten personalmente, desde que tenga suficiente juicio y, en todo caso, desde que tenga más de doce años.
- También las instituciones de protección del menor (el tratamiento del menor como sujeto pasivo) han experimentado significativos cambios: de un lado, se ha reformado y reforzado la protección del menor dentro de la familia (a través de la reforma del régimen jurídico de la filiación y la patria potestad, así como de la situación del menor ante la crisis matrimonial de sus padres); y, de otro, se ha reformado la protección del menor fuera de la familia (se ha modificado el régimen jurídico de la tutela y se han creado nuevas formas de protección del menor, intentando una mayor adecuación entre la medida adoptada y la situación de hecho en la que éste se encuentre).
- En relación a la protección del menor conviene dejar sentado desde este momento que a la familia (como entorno natural y primario de las relaciones afectivas y sociales de toda persona) se le encomienda con carácter preferente la protección del menor y el desarrollo armónico del mismo. Sólo en aquellas ocasiones en que la familia no desempeñe esa función o no lo haga correctamente (p. ej. porque los padres del menor han fallecido, los utilizan para la mendicidad, o el entorno familiar no constituye un entorno adecuado para el cuidado y desarrollo de un menor, al ser un entorno familiar marcado por problemas de marginación social, drogadicción, enfermedad, etc.), la sociedad tiene la

obligación de establecer un marco jurídico adecuado bien para facilitar que la familia pueda satisfacer esa función; o bien, si ello no es posible, para ofrecer al menor de edad mecanismos alternativos de protección.

Autora: María del Carmen García Garnica

7. 2. La protección del menor en el ordenamiento jurídico

LECCIÓN 2.

RAZÓN DE SER Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD.

2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

A. BREVE ALUSIÓN AL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO Y A SUS FUENTES.

Al ser ésta una asignatura de libre configuración, ofertada en titulaciones no jurídicas, y dado que en ella estudiaremos precisamente la protección del menor desde el punto de vista "jurídico", conviene hacer algunas consideraciones elementales acerca de qué es el ordenamiento jurídico y que fuentes lo integran. Básicamente, se trata de saber "dónde podemos encontrar las normas que regulan el tema que nos ocupa" y "qué jerarquía o relación existe entre las distintas normas que encontremos".

De entrada, podemos definir de forma muy elemental el Derecho o el **Ordenamiento Jurídico** como "el conjunto de normas que ordenan la convivencia y la paz social en una determinada sociedad y en un determinado momento histórico". El Derecho es un producto social e histórico, que se va adecuando a las distintas exigencias de la sociedad.

Si lo definimos como conjunto de "normas", hay que añadir que dentro de los distintos tipos de normas (normas sociales, normas de conducta o de urbanidad, normas religiosas, etc.), lo que caracteriza a las "**normas jurídicas**" es su obligatoriedad. Y son obligatorias porque han sido emitidas por quien tiene poder para ello ("poder legislativo"). Más concretamente, en una sociedad democrática, ese poder legislativo lo ostenta un órgano constituido por los representantes de las distintas opciones políticas elegidas democráticamente. Ese órgano (las Cortes Generales o el Parlamento, en el caso del Estado y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas), es lo que se conoce también como "fuente material" fuente de producción" del Derecho (de él emana el Derecho).

Atendiendo a su origen, encontramos varias **clases de normas** que forman parte del Ordenamiento Jurídico española:

- Hay **normas de origen Internacional**.- emanadas del acuerdo y compromiso de diversos Estados. En problemas como la protección del menor que tienen un carácter universal, que no son un problema de éste o aquél Estado, es especialmente útil la existencia de este tipo de normas. Su problema es que normalmente serán normas de mínimos.
- Mención aparte merecen las **normas emanadas de los órganos de la Unión Europea**.- éstas forman parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros de la UE desde su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), en virtud de una delegación previa de ciertas competencias realizada por cada uno de los Estados miembros pertenecientes a dicha organización.
- Hay **normas de origen estatal**.- son las dictadas por el poder legislativo del Estado español, en las materias reservadas a su competencia por el art. 149 CE.
- Hay **normas de origen autonómico**.- son las dictadas por los poderes legislativos de cada una de las Comunidades Autónomas, para su respectivo territorio, y sobre las materias reservadas a su

competencia por el art. 148 CE y sus Estatutos de Autonomía. Hay que destacar que la relación entre las normas estatales y autonómicas no se rigen por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia.

Atendiendo ya a su forma y procedimiento de elaboración, hay que añadir que el ordenamiento jurídico no está integrado por un sólo tipo de normas, sino por una pluralidad de ellas: es lo que se conoce como "**fuentes formales**" o "fuentes de conocimiento". Entre ellas se ordenan jerárquicamente, de forma que las normas de rango inferior no pueden contradecir lo dispuesto en las de rango superior; y también rige sus relaciones un criterio temporal, de modo que las normas posteriores derogan a las anteriores relativas a una misma materia, si son incompatibles.

- La **Constitución**.- es la norma superior del ordenamiento jurídico.
- El **Derecho Comunitario**: integrado a su vez por normas de diverso tipo (Directivas, Reglamentos y Decisiones).
- Los **Tratados Internacionales**.
- Las **Leyes** (tanto estatales como autonómicas). A su vez, con este rango distinguimos varios tipos de normas: la Ley Orgánica, la Ley ordinaria, el Decreto Ley y el Decreto Legislativo.
- Los **reglamentos**.- Reales Decretos, Decretos, Ordenes Ministeriales, etc.
- La **costumbre**.
- Los **principios generales del Derecho**.- esta última es una fuente con una función especial, ya que no sólo es la última jerárquicamente (la que rige en defecto de cualquier otra), sino que, al mismo tiempo, es la que informa todo el conjunto y le da coherencia. Pues, sólo si todas las normas son conforme a ciertos principios el ordenamiento será un todo coherente.

B. NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL MENOR. EN PARTICULAR, LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.

Como hemos destacado en el primer epígrafe de esta lección, en la primera mitad del siglo XX se toma conciencia de la necesidad de proteger una serie de derechos de los seres humanos, estrechamente ligados al respeto de su dignidad: los derechos humanos. Pero, esta toma de conciencia fue acompañada, prácticamente desde el primer momento, de la convicción de que la protección de los derechos de los niños necesitaba una atención especial y autónoma.

En la actualidad, como también se ha destacado antes, responde a esa exigencia la Declaración Universal de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, que no es otra cosa que la adaptación de la formulación de los derechos humanos a las especiales necesidades de cuidado y protección de los menores de edad.

En la medida en que esta norma forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y que nuestra Constitución dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos" (art. 39.4), conviene hacer una síntesis de los **preceptos fundamentales de esta norma internacional**:

- **ART. 2.1**.- Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

- **ART. 3.1.-** 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, se tendrá una consideración primordial al interés superior del niño.

3.2.- 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.

- Los Estados se comprometen a velar por la efectividad de los derechos de los niños que se enumeran en esta Convención. Entre ellos cabe destacar:

ART. 6.- Derecho a la vida.

ART. 7.- Derecho, desde que nace, a la inscripción de su nacimiento, a tener un nombre y una nacionalidad, y en lo posible conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

ART. 8.- Derecho a preservar su identidad personal, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

ART. 9.- Derecho a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo cuando así lo acuerde la autoridad competente en interés del menor (p. ej., en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño). En el procedimiento que se lleve con este objeto, deberá darse a todas las partes interesadas (incluido el menor) la oportunidad de participar y expresar su opinión. Se reconoce también el derecho a relacionarse con el padre del que esté separado, de modo regular, salvo que ello sea contrario al interés superior del niño.

ART. 10.- Las peticiones del niño o sus padres para entrar en un Estado parte o salir de él a los efectos de reunión familiar serán atendidas por los Estados partes de forma positiva, humanitaria y expeditiva.

ART. 11.- Los Estados partes adoptarán medidas frente a los traslados o retenciones ilícitas de niños en el extranjero. Con este objeto, España tiene suscritos una serie de acuerdos internacionales con otros países.

ART. 12.- Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente, en los asuntos que le afecten, en función de su edad y madurez. El menor podrá ejercer este derecho por sí o por representante.

ART. 13.- Se reconoce la libertad de expresión y de información a los menores de edad, sin más límite que el respeto de los derechos de los terceros y el orden público (cfr. art. 17).

ART. 14.- Se reconoce a los menores la libertad de pensamiento y religión, salvo las restricciones

previstas por ley para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.



TEMA A COMENTAR EN EL FORO

Atendido este derecho piense si estarían amparados por la libertad de pensamiento y religión los siguientes actos en España: a.) que una niña de religión musulmana desee llevar cubierta la cabeza en el colegio, con su chador; b.) que una niña sea sometida a ablación; c.) que un niño testigo de Jehová no sea sometido a una transfusión de sangre, con riesgo para su vida.

ART. 15.- Se reconoce la libertad de asociación y reunión de los menores.

ART. 16.- Se les reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar.

ART. 18.- Los Estados partes velarán por garantizar que ambos padres asuman las obligaciones de crianza y desarrollo del niño, velando siempre por su interés superior. Se deberá prestar asistencia a los padres y representantes legales para el desarrollo de sus funciones.

ART. 19.- Los Estados partes deberán adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para prevenir malos tratos o explotación de menores; y realizar programas sociales de prevención, investigación, tratamiento e intervención judicial.

ART. 20.- Los Estados deberán asumir la protección y asistencia especial de los niños privados de medio familiar.

ART. 21.- Se deberán establecer ciertas normas y principios para que la adopción de menores salvaguarde el interés superior del niño: encomendar su control a autoridades competentes; supeditar la adopción internacional a que el niño no pueda ser debidamente atendido en el país de origen y a que en el país de destino se considere la adopción como medio de cuidado del niño, y existan normas de protección de menores similares o superiores a las del país de origen.

ART. 22.- Se prevé la prestación de asistencia humanitaria y respeto de los derechos del menor refugiado, y se intentará localizar a sus familiares.

ART. 23.- Se deberá proteger y salvaguardar la dignidad del menor incapacitado mental o físicamente, fomentar su adaptación social y garantizar cuidados especiales. La asistencia deberá ser gratuita en la medida de lo posible.

ARTS. 24 a 26.- En el ámbito del derecho a la salud del niño, se prevé que esta debe empezar por la asistencia prenatal y postnatal de las madres; que se deberán adoptar medidas eficaces y apropiadas para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños; que el menor sometido a internamiento para el tratamiento de su salud física o mental debe estar sujeto a examen o control periódico; y el derecho de todos los niños a beneficiarse de la Seguridad Social.

ART. 27.- Se deberán adoptar las medidas necesarias para velar que el niño tenga un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual y social. En particular, los Estados partes tomarán medidas apropiadas y, en su caso, llevarán a cabo acuerdos internacionales para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan tal responsabilidad frente al niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero.

ARTS. 28 a 30.- En el ámbito del derecho a la educación del niño, se consagra el deber de salvaguardar el derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita; el deber de formar al niño en los valores consagrados en esta Convención y desarrollar sus aptitudes; y el deber de respetar a las minorías lingüísticas y religiosas.

ART. 31.- Derecho del niño al ocio y el esparcimiento.

ARTS. 32 a 36.- Prevén medidas de protección del niño frente a los distintos tipos de explotación.

ART. 32.- Protección del niño frente a la explotación económica y laboral. Desde este punto de vista prevé el establecimiento de una edad mínima para el acceso al mercado laboral, límite de horarios y sanciones adecuadas para prevenir los abusos.

ART. 33.- Protección frente al uso de estupefacientes y la utilización de menores en su tráfico.

ART. 34.- Protección del menor frente abusos sexuales.

ART. 35.- Protección frente al tráfico ilegal de menores.

ART. 36.- Protección frente a cualquier otra forma de explotación.

ARTS. 37 a 40.- Prevén la protección del menor en el ámbito penal.

ART. 37.- Prevé la protección del niño frente a la tortura y la existencia de un tratamiento penal adecuado, en el que la privación de libertad debe ser excepcional.

ART. 38.- Ha sido muy criticado por legitimar el reclutamiento de menores a partir de los quince años.

ART. 40.- Insiste en que el tratamiento penal de los menores debe perseguir la reintegración del niño y ser respetuoso con la presunción de inocencia y la protección de su intimidad, estableciéndose procedimientos e instituciones especiales para la atención de los menores que delincan y una edad mínima en la que el menor se considere inimputable.

C. NORMATIVA ESTATAL DE PROTECCIÓN DEL MENOR: LA CE Y LA LO 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.

A nivel nacional, la necesidad de mejorar la protección del menor se había hecho sentir en España, con anterioridad a la promulgación de la Convención de 1989. Fundamentalmente, a partir de la **Constitución de 1978** y más concretamente, en virtud de las siguientes previsiones:

- De entrada, el **ART. 10** destaca, con carácter general, que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (ostentándolos, por tanto, desde su nacimiento y durante su menor

edad) son el fundamento del orden político y de la paz social. Añadiendo en su párrafo 2º que las normas sobre derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados por España. Lo cual, es tanto como afirmar que con respecto a los menores, las normas relativas a los derechos fundamentales deben completarse con lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño de 1989, desde su ratificación por España.

- **ART. 14** dispone que los españoles son iguales ante la ley, sin que quepa discriminación por condiciones personales y, por tanto, por la edad. Lo que confirma que los menores de edad son titulares de los derechos consagrados en la CE.
- Pero, sobre todo, el **ART. 39** dispone que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; y en particular de los hijos, sin que quepa discriminación por filiación, y posibilitando la investigación de la paternidad. Por su parte, los padres deben asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Y, concluye, afirmando que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

A raíz de estas normas, y antes de ratificar la Convención de 1989, se sucedieron en España una serie de **normas destinadas a renovar nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de menores**:

- **Ley 11/1981**, de 13 de mayo, por la que se modifica el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.
- **Ley 13/1983**, de 24 de octubre, por la que se reforma el Código civil en materia de tutela.
- **Ley 21/1987**, de 11 de noviembre, por la que se reforma el Código civil en materia de adopción.
- **Ley Orgánica de 5 de junio de 1992**, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia de los juzgados de menores (actualmente derogada por la LO 5/2000, sobre responsabilidad penal de los menores).
- Finalmente, en 1990 se ratificó la Convención de Derechos del Niño de 1989 y algún otro tratado internacional sobre la materia (p. ej. el Convenio de la Haya sobre adopción internacional de 1993, se ratificó en 1995).

No obstante, aún se echaba en falta una norma que afrontara desde un punto de vista general y específicamente centrado en los menores, sus derechos y su protección. Con esa finalidad se aprueba la **Ley Orgánica 1/1996**, de Protección Jurídica del Menor, modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Esta Ley era una **norma ambiciosa**. Su objetivo era, de un lado, establecer "un estatuto del menor" y, de otro, reformar las instituciones de protección del menor, eliminando las incoherencias y desajustes a que las anteriores reformas parciales habían dado lugar. En definitiva, como dice la

Exposición de Motivos, perseguía "construir un amplio marco de protección del menor que vincule a todos los poderes públicos".

- Sin embargo ha sido una **ley muy criticada**: a.) el elenco de derechos que recoge es reiterativo, incompleto, abstracto y ambiguo; b.) en algunas cuestiones protege menos que el derecho precedente (p. ej., derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen; protección de datos personales; salud); c.) aunque su Exposición de Motivos dice que es necesario combinar protección y promoción del menor como sujeto activo, en su articulado no hace diferenciación alguna en atención a la evolución progresiva del menor; d.) y en lugar de clarificar la normativa relativa a la protección jurídica del menor, crea una dualidad normativa no siempre coherente (CC y LO 1/1996).
- Por lo que se refiere a su **contenido**, en primer lugar, hay que destacar que se aplica a todo menor de dieciocho años "que se encuentre" en España. No obstante, su articulado no hace mención alguna a la protección de: a.) el nasciturus (cfr. art. 24.2 d de la Convención de Derechos del niño); b.) los menores con discapacidades (cfr. art. 23 de la Convención de Derechos del Niño); c.) y en cuanto a los extranjeros, aunque en un principio parecen incluidos en su ámbito de aplicación, el art. 10.3 sólo les reconoce el derecho a la educación y a la asistencia sanitaria en situaciones de riesgo o desamparo (aunque en esta materia habrá que estar a lo dispuesto por la LO 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, y a la LO 8/2000, que la modifica; y en la Convención de 1989).

D. NORMATIVA AUTONÓMICA DE PROTECCIÓN DEL MENOR.

Por último, hay que destacar que junto a la normativa estatal e internacional, como las Comunidades Autónomas tienen conferidas competencias en materia de protección de menores tienen su legislación específica en materia de protección de menores. Es el caso de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía.

Autora: María del Carmen García Garnica

8. 3. Principios rectores de la protección jurídica del menor

LECCIÓN 2.

RAZÓN DE SER Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD.

3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.

Del estudio de las normas internacionales, nacionales y autonómicas relativas a la protección jurídica del menor se extraen **tres principios fundamentales**, que rigen dicha normativa.

A. EL RECONOCIMIENTO DE LA PLENA TITULARIDAD DE DERECHOS DEL MENOR.

Se reconoce al menor de edad, desde su nacimiento (art. 7 Convención de Derechos del Niño), un elenco de derechos, indisolublemente ligados al respeto de su dignidad como ser humano.

En cuanto a cuáles son tales derechos, me remito a lo ya expuesto, fundamentalmente de la mano de la Convención de Derechos del Niño, que hoy por hoy, continúa siendo el elenco más completo de derechos del mismo; así como a los recogidos en la CE (derecho a la vida y a la integridad física, al nombre, a la intimidad personal y familiar, etc.).

B. PROMOCIÓN DE LA CAPACIDAD Y DE LOS DERECHOS DEL MENOR.

Como señala el art. 2.2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva".

La Exposición de Motivos de esta Ley subraya este principio general de la normativa relativa a la protección jurídica del menor, al destacar que "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".

En realidad, se trata de la aplicación o extensión a los menores de edad de un principio que rige en nuestro Derecho con carácter general, y es el de interpretar restrictivamente las normas limitativas de la capacidad de obrar de toda persona y, por tanto, también de los menores de edad.

Apuntado el dato de que este principio no es nuevo en nuestro ordenamiento, la pena es que el legislador no aprovechara la ocasión que le brindaba la LO 1/1996, para desarrollar y concretar el tratamiento de esta cuestión, que recibe un tratamiento fragmentario e incompleto en nuestro ordenamiento (GULLÓN, LINACERO), como veremos en la Lección 4.

C. LA PROTECCIÓN INSTITUCIONAL DEL MENOR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Con el más alto nivel normativo, la CE encomienda a los poderes públicos velar por la protección de los menores de edad (art. 39).

Este principio no puede desvincularse del que, sin duda es el principio esencial en materia de protección jurídica del menor; el conocido como "**principio de protección del interés superior del menor**". Principio compartido por todas las normas que se ocupan de la materia (internacionales, estatales y autonómicas), así como por la jurisprudencia (p. ej. STS 12-2-1992).

El principio del interés superior del menor significa que en todas las actuaciones, públicas o privadas, en las que esté implicado un menor de edad deberá adoptarse aquella solución que resulte más beneficiosa para sus intereses y para la más adecuada protección de sus derechos.

El problema radica en que "el interés del menor" es un concepto jurídico abstracto e indeterminado. Su concreción se llevará a cabo en el caso concreto, dentro de la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia.

No obstante, algunas leyes autonómicas de protección jurídica del menor sí establecen criterios orientativos (p. ej. la Ley 8/1995, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes, de Cataluña), destacando que en su fijación deben tenerse en cuenta en particular los anhelos y opiniones de los niños y adolescentes, su individualidad en el marco social y familiar.

También los autores han intentado concretarlo, a fin de que no se convierta en una mera declaración de intenciones sin eficacia práctica. Desde este punto de vista se dice que este principio debe traducirse, de un lado y ante todo, en facilitar el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor en su desarrollo físico, ético y cultural, por encima de las apetencias de padres, tutores, curadores o Administraciones Públicas; y, por otro lado, supone adoptar aquella decisión más respetuosa con los derechos fundamentales del menor. En suma, se trata de velar por la salud corporal y mental del menor; por su perfeccionamiento educativo y moral; por prevenirle y apartarle, en su caso, de situaciones de riesgo o que degraden la dignidad humana (como drogas, alcohol, fundamentalismos, sectas, etc.); y por respetar sus vínculos afectivos.

En conclusión, este principio justifica soluciones discrecionales (adecuadas al caso concreto), pero no arbitrarias. Esto significa que las medidas que se adopten en relación a un menor deberán estar motivadas y ser racionales en relación a la apreciación de las circunstancias del caso concreto.



Lecturas recomendadas

- Convención de Derechos del Niño de 1989
- Los artículos relativos a los derechos del menor de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor Civil (BOE 17-1-1996)
- Los artículos relativos a los derechos del menor Ley 1/1998, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía (BOE núm. 150, 24-6-1998)



Enlaces de interés

- <http://www.un.org/spanish/>
- <http://www.boe.es>
- <http://www.andaluciajunta.es/BOJA>
- <http://www.defensor-and.es/defensor/flash/flash.htm>
- <http://www.dmenor-mad.es/>

1. El concepto jurídico de persona.



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

2. 1. Comienzo de la personalidad: el nacimiento.

LECCIÓN 3.

LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD.

1. COMIENZO DE LA PERSONALIDAD: EL NACIMIENTO

Como anticipamos en la Lección 1ª, la persona física comienza a existir y adquiere capacidad jurídica (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones), en el momento del **nacimiento**.
Conforme al art. 30 Cc, para que el feto se considere nacido, y por ende persona, son necesarios varios **requisitos** (lo que se denomina "viabilidad legal"): tener forma humana y vivir separado del seno materno más de veinticuatro horas.
No obstante, como también vimos en la lección 1ª, actualmente se tiende a entender que esos requisitos sólo son necesarios con respecto al ámbito patrimonial. De modo que el nacido no adquirirá derechos y obligaciones de contenido económico hasta que transcurran veinticuatro horas de su nacimiento. Sin embargo, en relación a los derechos personales (vida, nombre, intimidad, nacionalidad, etc.) lo correcto es reconocérselos desde el instante del nacimiento por imperativo del art. 7 de la Convención de Derechos del Niño.

Autora: María del Carmen García Garnica

3. 2. Prueba del nacimiento. La inscripción en el registro civil

LECCIÓN 3.

LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD.

2. PRUEBA DEL NACIMIENTO. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

El momento del nacimiento es importante de cara al comienzo de la personalidad jurídica, pero también porque es el momento a partir del cual se cuenta la edad de la persona, cuya determinación a menudo es esencial para aplicarle un régimen jurídico u otro. Básicamente, la edad determina el paso de la menor a la mayor edad, así como la posibilidad o imposibilidad de realizar ciertos actos jurídicos (p. ej., los menores de veinticinco años no pueden adoptar).

Por ello es esencial que el Derecho ofrezca medios que permitan probar de forma segura cuando tuvo lugar dicho nacimiento.

El **medio a través del cual se prueba el nacimiento de la persona**, así como el resto de circunstancias que conforman su estado civil (tales como su nacionalidad, su emancipación, su eventual incapacitación, su matrimonio, separación o divorcio, la identidad de sus hijos, su cambio de nombre o de sexo y, finalmente, su muerte) es el **Registro Civil** (art. 325 CC).

ART. 327 CC: "las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual solo podrá ser suplida por otra en el caso de que no haya existido o de que hubiesen desaparecido los libros del Registro o cuando ante los Tribunales se suscite contienda". Esto último significa que el contenido del Registro Civil está bajo la salvaguarda de los Tribunales, mientras éstos no declaren su falsedad o error, su contenido será oponible frente a terceros.

Están **obligados a practicar la inscripción del nacimiento** el padre, la madre, el pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del nacimiento, el jefe del establecimiento donde haya tenido lugar el parto o la persona que los haya recogido en el caso de abandonados (43 LRC). No es necesario la presentación del recién nacido en el Registro para efectuar la inscripción (art. 328 CC).

La realización de esta inscripción es muy sencilla.

Si se realiza dentro del plazo legal existente al efecto (entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al parto), basta la simple declaración del nacimiento, acompañada del parte técnico del médico que haya asistido el parto. Si no hay parte o hay declaraciones contradictorias, deberá comprobarse la certeza del hecho del parto: bien por el médico forense del Registro Civil correspondiente, bien por la declaración de dos testigos que hayan asistido al parto o tengan noticia cierta de él (art. 168 RRC). Hay que tener en cuenta que en caso de que quienes insten esta declaración mientan incurrirán en un delito de falsedad en documento público.

No obstante, si la declaración se hace después de los ocho días siguientes al nacimiento se deberá hacer por expediente del 343 RRC.

El **contenido de la inscripción de nacimiento** es: a.) fecha, hora y lugar del nacimiento; b.) sexo del nacido; c.) nombre del nacido; d.) y nombre de los progenitores si se conoce su identidad.

Autora: María del Carmen García Garnica

4. 3. Protección jurídica del concebido y no nacido

LECCIÓN 3.

LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD.

3. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO (EL NASCITURUS).

Aunque conforme al art. 29 CC el nacimiento determina el comienzo de la personalidad, este mismo precepto dispone que al concebido se le tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que posteriormente llegue a nacer con las condiciones del art. 30 CC.

PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL

Hay que destacar que esta regla de protección del concebido se pensó sobre todo para evitar que el hijo póstumo (es decir, el que nace con posterioridad a la muerte del padre) quedara privado de derechos hereditarios, frente a los hermanos ya nacidos. Es decir, se pensó fundamentalmente para proteger al nasciturus en el "ámbito patrimonial o económico".

Que esa era la preocupación principal del legislador, lo muestran los arts. 627 y 959 a 967 del CC. En el primero, se regula el régimen de las donaciones hechas a concebidos (señalando que podrán aceptarlas las personas que los representen legalmente, desde que se verifique su nacimiento); y los segundos establecen las **medidas que hay que adoptar cuando la viuda crea estar embarazada**:

- Debe ponerlo en conocimiento de los posibles herederos, dado que éstos podrán recibir menos o incluso perder su derecho a la herencia si nace el hijo.
- Se suspenderá el reparto de la herencia hasta el momento en que se verifique el parto o el aborto de ese hijo, o se compruebe que la viuda no estaba embarazada (o no del marido).
- Por último, el nacimiento también puede anular la eficacia de aquellas disposiciones a título gratuito realizadas en vida por el progenitor fallecido (donaciones), que perjudiquen sus derechos hereditarios.

Lo importante es que el nasciturus **"no adquiere derechos patrimoniales"** antes de nacer, sino que **se produce una especie de "reserva" de tales derechos a su favor**, hasta el momento en que tenga lugar su nacimiento y reúna las condiciones del art. 30 CC (cfr. art. 29 y el art. 627 CC).

PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO EN EL ÁMBITO PERSONAL

Constatado el hecho de que el CC al proteger al nasciturus pensó tan sólo en el ámbito patrimonial, la pregunta que surge es si también se le protege en el ámbito personal.

Esta pregunta se planteó, en particular, con ocasión de la despenalización de ciertos supuestos de aborto en 1985, discutiéndose si ello era constitucional o, por el contrario, inconstitucional por lesionar el derecho a la vida del concebido pero no nacido.

La clave de la cuestión estaba en determinar si el concebido tiene derecho a la vida o no.

El Tribunal Constitucional resolvió esta cuestión en la **Sentencia 53/1985, de 11 de abril**, afirmando que el concebido y no nacido no tenía personalidad jurídica y por tanto "no era titular del derecho fundamental a la vida". No obstante, entendió que **la vida**, en sí misma considerada, era un concepto evolutivo que comenzaba desde la gestación hasta la muerte, y durante todo ese período **era un "bien jurídico" que debía ser protegido**.

Ahora bien, la protección de ese bien jurídico, como la de cualquier otro bien jurídico o derecho constitucional, no es absoluta y en determinados casos se puede limitar. Es decir, puede ceder a fin de respetar los derechos fundamentales de otra persona, en este caso, de la madre. Por ello, es lícito que en los casos legalmente contemplados en el Código Penal la protección del feto, ceda ante la protección de los derechos fundamentales de la madre. Esos supuestos son:

- **Aborto eugenésico.**- el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas
- **Aborto terapéutico.**- existe peligro de muerte para la madre en caso de seguir adelante con el embarazo.
- **Aborto ético.**- el embarazo es fruto de una agresión sexual.

Lo que ocurre, es que mientras en otros ordenamientos jurídicos se considera que en todo caso el interés de la madre prevalece sobre el del feto a continuar su desarrollo biológico; en el Derecho español se considera que el interés de la madre no prevalece en todo caso, sino sólo en casos extremos (graves taras del feto, peligro de muerte de la madre o embarazo fruto de una agresión sexual). Fuera de esos casos, o de los plazos establecidos en ellos para practicar el aborto, si la madre atenta contra la vida del feto su conducta (hoy por hoy) es sancionable penalmente. Y, en todo caso, si una tercera persona distinta de la madre, y sin consentimiento de la misma, atenta contra la vida de dicho feto, será sancionada penalmente.

Por tanto, podemos concluir que también en la esfera personal se protege al feto.

PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL NASCITURUS:

LIMITADA FRENTE A LA MADRE.- los derechos fundamentales de la madre priman en los tres supuestos de aborto despenalizados en nuestro Derecho (eugenésico, terapéutico o ético).

ABSOLUTA FRENTE A TERCEROS.- serán sancionados penalmente si lesionan o atentan contra la vida del feto. El aborto tan sólo está despenalizado en tanto en cuanto sea una decisión libre de la madre.

Otra manifestación de la protección del feto en la esfera personal, es la recogida en la Convención de Derechos del Niño de 1989 (art. 24.2), cuando prevé como manifestación del derecho a la salud del niño, el deber de los Estados partes de asegurar una adecuada asistencia prenatal a las madres. En nuestro ordenamiento jurídico privado, la única norma que encontramos en este sentido destacable es el art. 964 CC, que reconoce a la viuda embarazada derecho a ser alimentada (gastos de manutención, asistencia sanitaria, necesidades básicas) a costa de los bienes hereditarios que haya dejado el marido y que puedan corresponder al hijo póstumo, si naciera y fuera viable. No obstante, el Código Penal de 1995 protege al feto frente al aborto, con la salvedad de los tres supuestos antes referidos, (art. 144 y ss. CP) y las lesiones o enfermedades ocasionadas intencionalmente o con imprudencia grave (arts. 157 y 158 CP), así como frente a las manipulaciones genéticas no terapéuticas (arts. 159 a 162).

P. ej., en España está actualmente penalizada la libre elección del sexo del hijo (salvo que ello sea necesario por razones terapéuticas), la clonación de seres humanos y la fecundación de óvulos para fines distintos a la procreación humana.

Otro ámbito en el que se presta en la actualidad gran atención a la protección del concebido y no nacido es en materia de reproducción artificial y experimentación en embriones y fetos humanos. De esta materia se ocupan la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida; y la Ley 42/1988 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Estas leyes diferencian entre el "preembrión" y el "embrión":

- Se llama "**preembrión**" a la masa de células resultantes de la fecundación de un óvulo durante los primeros 14 días que siguen al momento de la fecundación. Admitiéndose la investigación o experimentación sobre el mismo, siempre que no sean viables y con respecto a ciertos requisitos legalmente establecidos (cfr. art. 15.1 Ley 35/1988). Si son viables, sólo podrán ser objeto de experimentación con fines diagnósticos, terapéuticos o preventivos (art. 15.2 Ley 35/1988).
- Se considera "**embrión**" al óvulo fecundado a partir de los 14 días. A partir de ese momento, se le califica legalmente como nasciturus y por tanto como ser digno de protección (art. 12.2 Ley 35/1988). Por lo que sólo se admite su manipulación con la finalidad de asegurar o facilitar el derecho a la salud del futuro nacido.

Autora: María del Carmen García Garnica

5. 4. La extinción de la personalidad

LECCIÓN 3.

LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD.

4. LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD.

Conforme al art. 32 CC, la personalidad jurídica se extingue (y con ella la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona) por el hecho de **la muerte**. A ella se equipara, la declaración de fallecimiento, la cual tiene lugar cuando una persona ha estado desaparecida durante el tiempo legalmente previsto (cfr. arts. 193 y ss. CC).

El fin de la personalidad **también se hará constar en el Registro Civil a efectos de prueba**, dado que la muerte tiene importantes efectos jurídicos. A título ilustrativo, la persona ya no puede ser titular de derechos y obligaciones, por lo que se abre la sucesión aquéllos de fuera titular; ya no puede adquirir derechos de otras personas; y en el caso de los menores, su muerte será causa de la extinción de la institución jurídica a la que estuviera confiada su protección (ya fuera la patria potestad, la tutela, la curatela, la guarda administrativa, etc.).



Lecturas recomendadas:

Artículos 29, 30, 32 del Código Civil STC 53/1985, de 11/04/1985, en:

- <http://www.tribunalconstitucional.es>
- <http://derecho.org/comunidad/acamon/>

Autora: María del Carmen García Garnica

7. 1. El estado civil de la persona. El título de estado civil y su prueba.

LECCIÓN 4.

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR.

1. ESTADO CIVIL DE LA PERSONA. EL MEDIO DE PRUEBA DEL ESTADO CIVIL

En la medida en que la menor edad y la mayor edad son estados civiles (así lo afirmamos ya en la Lección 1ª), antes de continuar conviene precisar el concepto, clases y caracteres del "estado civil", de forma muy breve, para comprender el significado de tal afirmación.

En sentido jurídico, se entiende por "**estados civiles**" todas aquéllas circunstancias personales de cada individuo que determinan la atribución al mismo de un determinado estatuto jurídico: es decir, de un lado, la atribución al mismo de un determinado conjunto de derechos, facultades y deberes susceptibles de tratamiento unitario; y, de otro, aquellas que limitan o condicionan su capacidad de obrar.

Son circunstancias personales de carácter permanente o con cierta estabilidad; indisponibles e irrenunciables, y no susceptibles de transacción, ya que son cuestiones de orden público (cfr. arts. 6.2 y 1814 CC).

Reúnen tales caracteres las siguientes circunstancias:

- **La nacionalidad y la vecindad.**- en cuanto que determinan la pertenencia del individuo a una comunidad social y la aplicación al mismo de unas u otras normas jurídicas (cfr. art. 9.1 y 14.1 CC, respectivamente).
- **La filiación y el matrimonio.**- en cuanto determinan la adscripción a un determinado grupo familiar, haciendo surgir una serie de derechos y obligaciones entre los miembros del mismo.
- **La mayor y la menor edad, la emancipación y la incapacitación, y la prodigalidad.**- en tanto causas modificativas de la capacidad de obrar.

Dada la relevancia jurídica y, sobre todo, las consecuencias prácticas que derivan de cada uno de estos estados civiles, existe un interés público en conocerlos y en que exista certeza con respecto a los mismos.

- P. ej., si el que un contrato sea válido o no depende de que la persona con que yo contrate sea mayor de edad o emancipado, o no incapacitado, necesitareé disponer de instrumentos que me permitan conocer esos datos con certeza.
- P. ej., si los familiares más cercanos de una persona desvalida son los que deben ocuparse de su manutención y protección, con preferencia a terceras personas o a las instituciones públicas, debo tener los medios para conocer quiénes son sus familiares más directos.

Con este objeto, el **medio de prueba de los distintos estados civiles** de la persona es la inscripción en el Registro Civil. Sólo en su defecto, cabrán otros medios de prueba.

Y, en caso de que no haya correspondencia entre la realidad y la inscripción registral, será preciso para poder hacer valer el verdadero estado civil de la persona, impugnar por medio de una acción judicial la inscripción registral, pidiendo su cancelación y la rectificación del Registro.

Para ello, será preciso acreditar durante el juicio, a través de las pruebas de que se disponga cual es el estado civil real de una persona (el caso más frecuente de discordancia entre Registro Civil y realidad es el relativo a la filiación).

En principio, el contenido del Registro Civil es público para quienes tengan interés en conocerlo (p. ej., si un menor quiere celebrar un contrato con nosotros y dice que tiene capacidad para ello porque está emancipado, en el Registro Civil podremos comprobar si esa afirmación es cierta o no).

El medio para conocer su contenido es solicitar una certificación al Juez encargado del Registro Civil, que tiene el carácter de documento público (cfr. arts. 6 y 7 LRC). Aunque otro medio de prueba del contenido del registro, es el Libro de Familia, en el que se hacen constar el matrimonio y sus vicisitudes (separación, divorcio, nulidad o disolución, por fallecimiento de los cónyuges), la filiación de los hijos comunes y las vicisitudes de la patria potestad sobre los mismos, etc. (cfr. arts. 8 LRC y 36 RRC).

No obstante, esa publicidad no es absoluta. Hay determinados asientos relativos al estado civil de una persona a los que sólo puede tener acceso el propio interesado o quien tenga un interés legítimo y autorización especial para poder obtener dicha publicidad; porque se trata de circunstancias íntimamente ligadas al honor y la intimidad de la persona.

Conforme al art. 21 RRC, no se dará publicidad sin autorización especial (otorgada por el Juez encargado del Registro Civil, en base a la acreditación de un interés legítimo):

1. Del carácter adoptivo, no matrimonial o desconocido de la filiación de una persona; o circunstancias que revelen tal carácter; ni la fecha del matrimonio que conste en el folio de nacimiento si fuese posterior a éste o ha tenido lugar dentro de los seis meses anteriores al alumbramiento; del cambio de apellido Expósito u otros análogos, que revelen la paternidad desconocida de una persona, o fueran inconvenientes.
2. De la rectificación de sexo de una persona.
3. De las causas por la que se declare la nulidad, separación o divorcio de un matrimonio; o la privación o suspensión de la patria potestad de un progenitor respecto de sus hijos.
4. En general, de los documentos archivados en relación a las circunstancias anteriores o a circunstancias que puedan resultar deshonorosas para una persona, o que estén incorporados en expediente que tenga carácter reservado.
5. Del legajo de abortos. (A este respecto, pueden cfr. las RsDGRN 7-9-1998; 4-7-2000)

A efectos organizativos, el **Registro Civil se divide en cuatro secciones** que son llevadas en libros distintos:

1. **La de nacimientos.** Al margen de la inscripción de nacimiento de cada persona, se hará referencia por medio de "notas marginales" a los asientos que se practiquen en otras secciones del Registro Civil en relación a dicha persona (p. ej., las modificaciones de su capacidad, el cambio de nombre o apellidos, la adopción, la emancipación, el cambio de vecindad, etc.). De este modo consultando la inscripción de nacimiento, se tendrá noticia de esas otras circunstancias que conforman su estado civil y de donde se encuentran recogidas.
2. **La de matrimonios y sus incidencias.**
3. **La de defunciones.**
4. **La de tutelas y representaciones legales.** En ella se inscriben las resoluciones judiciales sobre los distintos cargos de protección jurídica del menor (y en su caso, del incapacitado): tutor, curador, defensor judicial (art. 215 y 218 CC).

Autora: María del Carmen García Garnica

8. 2. Estados civiles resultantes de la edad

LECCIÓN 4.

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR.

2. ESTADOS CIVILES RESULTANTES DE LA EDAD.

A. LA MAYORÍA DE EDAD Y LA MINORÍA DE EDAD

La edad, es el tiempo que ha vivido una persona a contar desde el día de su nacimiento.

Su importancia desde el punto de vista jurídico radica en que de esta circunstancia dependen los estados civiles de mayor y menor de edad, fundamentales en orden a establecer el grado de capacidad de obrar de una persona, así como la necesidad de que esté o no sometida a la protección de otras personas o de los poderes públicos.

A efectos del cómputo de la edad, no importa la hora de nacimiento (aunque sí hemos visto que es importante a otros efectos, conforme a lo dispuesto en el art. 30 CC, y que debe constar en el Registro Civil), sino el día de nacimiento (cfr. art. 315, párrafo 2º, CC).

LA MAYORÍA DE EDAD.- es el estado civil que adquiere la persona, por ley y de forma automática, al cumplir dieciocho años (12 CE y art. 315 CC).

A partir de ese momento el Derecho atribuye a la persona el grado máximo de capacidad de obrar. De modo que desde ese momento puede ejercitar por sí sola todos los derechos y obligaciones de que sea titular; salvo aquellos actos que precisen, según ley, una capacidad de obrar "reforzada" -tales como la adopción que exige ser mayor de veinticinco años- (art. 322 CC). Y, además, deja de estar sometida a la representación legal o la asistencia de terceras personas (la mayoría de edad determina la extinción automática de la patria potestad, la tutela, la curatela; salvo que la persona haya sido incapacitada por sentencia judicial durante la minoría de edad).

LA MINORÍA DE EDAD.- es el estado civil que ostenta la persona desde su nacimiento hasta que cumple dieciocho años.

Sus características principales son, de un lado, que aunque la persona menor de edad tiene capacidad jurídica, tiene limitada su capacidad de obrar (cfr. Lección 1ª). Ello, porque dada su corta edad se presume que carece de capacidad de entender y querer el alcance de sus actos (capacidad natural), y por tanto de capacidad para realizar válidamente actos jurídicos por sí misma. Y, por otro lado, necesita estar sometido a la protección de terceras personas, que se ocupen de su manutención, de su formación, y de representarlos y administrar sus bienes.

B. ESTATUTOS JURÍDICOS INTERMEDIOS ENTRE LA MENOR Y LA MAYOR EDAD: LA EMANCIPACIÓN Y EL BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD

No obstante, entre la mayor edad y la menor edad, la persona puede pasar por estados civiles intermedios que le equiparan al mayor de edad (con alguna salvedad), a pesar de no haber cumplido aún dieciocho años. Esos estados civiles son la "emancipación" y el "beneficio de la mayor edad".

EL ESTADO CIVIL DE "EMANCIPADO" lo pueden adquirir los menores de edad, sujetos a la patria potestad de sus padres, de una de las siguientes formas (art. 314 CC):

1. *Por el matrimonio del menor* (art. 48 CC).- teniendo en cuenta que el menor puede casarse a partir de los catorce años, con dispensa judicial, que se otorgará con justa causa y una vez oídos el menor y sus padres y guardadores.
2. *Por concesión de los que ejerzan la patria potestad* (art. 317 CC).- para que tenga lugar de esta forma la emancipación, es preciso que presten su consentimiento a la emancipación el menor con más de dieciséis años y los titulares de la patria potestad, bien en escritura pública, bien en comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil.
3. *Por concesión judicial* (arts. 320 CC y 176 RRC).- El Juez podrá conceder la emancipación a los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres:
 - cuando quien ejerce la patria potestad contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona distinta del otro progenitor;
 - cuando los padres vivieren separados;
 - cuando concorra cualquier otra circunstancia que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Además, hay que destacar que la emancipación no tendrá efectos contra terceros, mientras no conste en el Registro Civil (art. 318 CC).

EL BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD.- es el equivalente a la emancipación, para aquéllos supuestos en que el menor con más de dieciséis años, estuviera sujeto a tutela y no a patria potestad. Este estado civil lo concederá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, a solicitud del menor (art. 321 CC).

Distinto a los dos supuestos anteriores es el caso del **MINOR DE VIDA INDEPENDIENTE.**- Conforme al art. 319 CC, se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viva independientemente de éstos.

Los efectos de esta situación son, por tantos, equiparables a los de la emancipación o la mayor edad. La gran diferencia radica en que mientras aquéllos son estados civiles (no revocables, ni renunciables, ni susceptibles de transacción); este status del menor de edad no altera su estado civil y es revocable, en cualquier momento, por los padres.

Por lo que se refiere a los **EFFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN Y LA HABILITACIÓN DE LA MAYOR EDAD**, hay que destacar que el menor deja de estar sujeto a representación legal (a la patria potestad de sus padres y a tutela, respectivamente), y su capacidad de obrar se equipara a la de un mayor de edad, con las salvedades recogidas en el art. 323 CC (sobre esta cuestión, cfr. el epígrafe 4º de esta Lección).

Autora: María del Carmen García Garnica

9. 3. Capacidad jurídica del menor de edad

LECCIÓN 4.

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR.

3. CAPACIDAD JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD.

Los estados civiles de menor de edad, menor emancipado o habilitado de mayor edad y mayor de edad, no inciden en la capacidad jurídica.

La capacidad jurídica (la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones) se siempre una y la misma para toda persona; y se ostenta desde el nacimiento hasta la muerte.

P. ej., es tan capaz de ser titular de derechos y obligaciones (de adquirir una herencia, una donación, de ser titular de una cuenta corriente o dueño de una colección de obras de arte, etc.) tanto un niño de un año, como un hombre de sesenta años; tanto una persona en perfecto estado físico, como una persona en estado de coma, por poner ejemplos extremos. Otra cosa es que no todos esos sujetos puedan ejercitar por sí mismos sus derechos o administrar sus bienes. Ahí es donde afecta la mayor o menor de edad: en la capacidad de obrar.

Autora: María del Carmen García Garnica

10. 4. Capacidad de obrar y menor edad

LECCIÓN 4.

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR.

4. CAPACIDAD DE OBRAR Y MENOR EDAD.

A. CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD EN GENERAL.

A diferencia de lo que ocurre con los mayores de edad (art. 322 CC) y con los menores emancipados (arts. 323 y 324 CC), no encontramos una norma que delimite expresamente la capacidad de obrar del menor de edad con carácter general.

En una primera aproximación, la afirmación del art. 322 CC de que "el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas para casos especiales por este Código", podría llevar a concluir (sensu contrario) que el menor de edad carece de capacidad de obrar para realizar válidamente ningún acto de la vida civil, salvo los casos especiales que prevean las leyes. Además, esta conclusión parece confirmada por el art. 1263.1 CC, el cual dispone -en relación a la capacidad necesaria para celebrar contratos válidamente- que "no pueden prestar el consentimiento (contractual) los menores no emancipados".

Sin embargo, esta conclusión resulta contradicha, primero, por la práctica o la realidad social, porque son muchos los ámbitos en los que los menores de edad llevan a cabo negocios jurídicos con plena validez: p. ej., compra de objetos de escaso valor, contratos realizados para la satisfacción de sus necesidades cotidianas o para su ocio (transporte, cine, etc.). Y, en segundo lugar, porque el ordenamiento jurídico reconoce expresamente a los menores -como veremos a continuación- un campo de actuación que se va ampliando gradualmente conforme alcanzan determinadas edades, que vendrían a corresponderse con lo que extrajurídicamente cabe denominar como pubertad o adolescencia.

En atención a ello, actualmente la doctrina mayoritaria afirma, frente a la concepción tradicional que equiparaba al menor de edad con un incapaz, que el "menor es capaz de obrar, aunque su capacidad es restringida o limitada" (DE CASTRO, JORDANO FRAGA; GETE-ALONSO). Lo cual es coherente con uno de los principios que actualmente inspiran la normativa de protección de los menores: el **reconocimiento de la capacidad de obrar evolutiva del menor de edad** (cfr. la Exp. de Mot. y el art. 2.2 LO 1/1996, y la lección 2ª).

El problema es que esa capacidad general del menor para "llevar a cabo los actos y contratos ordinarios conforme al uso social y condiciones de madurez del menor" no encuentra apoyo de forma satisfactoria en el derecho positivo. Por lo que sería deseable una reforma en la que se recogieran expresa y claramente los límites de su capacidad de obrar. A pesar de ello, de las distintas normas del Cc y de la jurisprudencia se pueden extraer tres **ámbitos de capacidad de obrar de los menores de edad**:

- a.) El de los actos para los que tengan madurez suficiente, cuya válida perfección por menores está plenamente admitida desde un punto de vista sociológico y, por ende jurídico.
- b.) El de los actos para los que la ley establece una capacidad de obrar especial en favor del menor de

edad.

- c.) El de los actos relativos a sus derechos de la personalidad.

a.) Actos jurídicos socialmente admitidos

En primer lugar, y con apoyo legal en el artículo 162.2.1º del Código Civil, se admite unánimemente por la doctrina, así como por la jurisprudencia, la capacidad de los menores de edad para realizar válidamente por sí mismos aquellos actos para los que tengan madurez suficiente atendida su escasa entidad patrimonial, su sencillez o cotidianeidad (JORDANO FRAGA, LACRUZ BERDEJO, RAMOS CHAPARRO).

Se trata de lo que la doctrina suele denominar como "**capacidad para los actos mínimos o sin importancia**", la cual entraña la primera manifestación de la semicapacidad de obrar en el ámbito patrimonial del menor y la prueba del carácter esencialmente variable y graduable de la capacidad de obrar. En su virtud, los actos o contratos celebrados por el menor dentro de este ámbito material no son anulables, sino plenamente válidos.

Lo contrario -en palabras del propio Tribunal Supremo (cfr. STS 10-6-1991)- no sería acorde con la situación objetiva, los usos sociales, ni la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad, que impone el art. 3.3 del Código Civil; ni tampoco -cabe añadir- con el principio de "interpretación restrictiva" de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores establecido por la LO 1/1996.

b.) Supuestos de capacidad de obrar especial consagrados legalmente

En segundo lugar, está claro que el menor no emancipado podrá hacer todo aquello para lo que una disposición legal le habilite específicamente.

Así, a lo largo del Derecho positivo encontramos toda una serie de normas que prevén otras tantas **reglas especiales de capacidad**, legitimando excepcional y expresamente a los menores de edad no emancipados para actuar válidamente por sí mismos. En unas ocasiones, ello se hace en atención a una edad cronológica determinada; en otras, atendiendo a su grado de madurez; y en algún caso se alude a los menores en general. Se trata, en definitiva, de supuestos carentes de un criterio sistemático claro e, incluso, de una ratio legislativa uniforme.

CON REFERENCIA A UNA EDAD DETERMINADA:

CON MÁS DE 16 AÑOS:

- a.) Se reconoce al menor la capacidad para celebrar válidamente contratos laborales a los menores de edad (art. 6.1 del ET, a contrario). Aunque la legislación laboral establece una serie de limitaciones a la contratación de menores, en tanto personas necesitadas de una especial protección. En particular, prohíbe que los menores de dieciocho años realicen trabajos nocturnos; ni ciertas actividades reglamentariamente declaradas nocivas o peligrosas, tanto para su salud como para su formación profesional y humana; ni horas extraordinarias. Excepcionalmente, cabrá la intervención de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, previa autorización (por escrito y específica) de la autoridad laboral y siempre que ello no entrañe peligro alguno para su salud física ni para su formación profesional y humana; requiriéndose además el consentimiento del propio menor, si tuviera suficiente juicio.
- b.) El menor tiene facultad de llevar a cabo por sí mismo los actos de administración ordinaria de los bienes que haya adquirido con el rendimiento de su propio trabajo o industria (art. 164.2 CC); lo cual presupone implícitamente el reconocimiento por el propio Código Civil de la capacidad laboral del menor.
- c.) El art. 166 CC permite al menor dispensar en documento público la autorización judicial que la ley exige a los padres para realizar determinados actos de administración y disposición de sus bienes. d.) El menor puede solicitar y consentir su emancipación (arts. 317 y 320 CC).

CON MÁS DE 14 AÑOS:

- a.) El menor puede hacer testamento (art. 663.1), excepción hecha del testamento ológrafo, que queda

reservado a los mayores de edad (art. 688). Es decir, puede hacer testamento ante Notario.

- b.) El menor puede contraer matrimonio (y, con ello, emanciparse) con dispensa judicial. La cual se otorgará con ciertas cautelas, ya que se exige la concurrencia de requisitos de fondo que avalen esa dispensa, y que sean oídos, además del propio menor, sus padres o guardadores (arts. 46.1 y 48 CC). Al hilo de esta hipótesis, hay que destacar que el menor habilitado para contraer matrimonio también podrá otorgar por sí solo capitulaciones matrimoniales antes de celebrar el matrimonio (a pesar de no estar aún emancipado), cuando se limite a pactar el régimen de separación o el de participación. Aunque precisará la autorización de sus padres o del tutor en caso de que el contenido de las capitulaciones no se ciña a estos extremos, así como para hacer donaciones por razón de su matrimonio (cfr. arts. 1329 y 1338 CC).
- c.) Puede reconocer por sí solo la filiación de sus propios hijos, desde que tenga capacidad para contraer matrimonio; y, en caso contrario, previa aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. (art. 121 CC). Además, el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; y en caso de desacuerdo o imposibilidad de éstos, con la del Juez (art. 157 CC).
- d.) La especial importancia que el ordenamiento jurídico reconoce a la intervención del propio menor en todo aquello que afecte a su estado civil (p. ej., matrimonio, emancipación, filiación) se revela de nuevo en materia de nacionalidad (arts. 20 y ss. CC). Ya que la voluntad del propio menor, a partir de los catorce años y siempre que sea capaz de prestar una declaración por sí mismo, es requisito indispensable para la adquisición de la nacionalidad española, ya sea por opción, carta de naturaleza o residencia. Aunque tanto en el caso de la adquisición de la nacionalidad por opción, como por carta de naturaleza es necesario que la declaración o solicitud, respectivamente, la formule el propio interesado menor de edad con más de catorce años, pero "asistido por su representante legal". Y otro tanto ocurre en relación a la vecindad civil (art. 14 CC).

CON MÁS DE 12 AÑOS:

- a.) El consentimiento del menor es un presupuesto procesal indispensable para la válida constitución de su adopción (art. 177.1º CC), de la tutela (art. 231 CC), o para la formalización de su acogimiento (art. 173.2º CC). Es más, la Ley de Enjuiciamiento Civil legitima al propio menor sujeto a acogimiento, y sin alusión a edad concreta, para incoar el expediente de cesación judicial del acogimiento (art. 1828 LEC/1881).
- b.) Pero, sobre todo, el menor tiene derecho a ser oído antes de adoptar cualquier decisión que afecte a su persona. A lo largo del Código Civil encontramos una serie de aplicaciones particulares de esta previsión. Entre ellas, cabe destacar el art. 156 CC, conforme al cual el Juez deberá oír al hijo si tuviera suficiente juicio, y en todo caso si fuera mayor de doce años, para resolver los desacuerdos existentes entre los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad. Otro tanto prevé al art. 159 CC en relación a aquellos supuestos en que los padres vivan separados y, a falta de común acuerdo, el Juez deba decidir a cuál de ellos atribuir la custodia de los hijos menores de edad; así como el art. 92 CC, con

carácter previo a la adopción de las medidas judiciales relativas a los hijos que proceda adoptar en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio. A su vez, en sede de tutela, el art. 231 CC exige que el juez oiga al menor si tuviera suficiente juicio y siempre que sea mayor de doce años en el procedimiento de constitución de aquélla. Y el art. 273 CC dispone que en todos aquellos supuestos en que la actuación del tutor precise legalmente de autorización judicial, el Juez deberá oír -antes de adoptar su decisión- al Ministerio Fiscal y al propio tutelado, siempre que sea mayor de doce años o cuando sin tener esa edad lo estime oportuno. En todos estos supuestos lo determinante para que el menor deba ser oído es que tenga capacidad natural suficiente. Aunque el legislador prejuzga que esa capacidad se tiene a partir de una determinada edad (los doce años) y por debajo de ella confía su apreciación en el caso concreto al Juez.

SIN REFERENCIA A UNA EDAD DETERMINADA:

Centrándonos en el Código Civil y dejando al margen por el momento el análisis de leyes especiales, en primer lugar y **por lo que se refiere al ámbito patrimonial**, hay que destacar que aunque el consentimiento es uno de los elementos esenciales del contrato y el art. 1263.1º CC señala que no pueden prestar su consentimiento "los menores no emancipados"; sin embargo el contrato celebrado con un menor no es inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales, ni nulo. El art. 1301 CC lo sanciona con la anulabilidad y, aún ésta, sólo en interés del propio menor. Todo ello, además, sin referencia a edad cronológica determinada.

Además, el art. 1264 CC matiza que la incapacidad declarada en el artículo 1263 "está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece". De modo que este precepto deja abierta la posibilidad de que el contrato celebrado por un menor sea plenamente válido, y no meramente anulable, cuando así lo determine la Ley.

El artículo 443 CC consagra la posibilidad de que cualquier menor de edad adquiera la posesión de las cosas y de que su patrimonio se beneficie de los derechos que directa o indirectamente deriva de la misma. No obstante, el ejercicio de los derechos adquiridos de este modo por el menor, corresponderá a sus representantes legales.

Sin límite de edad, el art. 626 (a contrario) permite al menor aceptar actos puramente gratuitos.

Por otro lado y con carácter general, el párrafo 3º del art. 162 del Código Civil impone una importante limitación a los representantes legales del menor en relación a todos aquellos contratos que entrañen la realización de una prestación personal por el propio menor.

Ya que dispone que "**para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales** se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158" (p. ej., participar en un anuncio televisivo o posar en un reportaje vendido por sus padres a una revista). Esta previsión, impone analizar en cada caso concreto si el menor tiene o no capacidad natural (de entender y querer) suficiente, sin establecer un límite cronológico concreto a partir del cual sea preceptivo su consentimiento. Pero, sobre todo, pone de manifiesto que la representación legal de los menores de edad se encuentra particularmente recortada en todo lo relativo a la esfera personal de los mismos, desde el momento en que tengan suficiente juicio para adoptar decisiones por sí mismos.

En la misma línea, el art. 162.2.1º CC excluye de la representación legal de los padres **los actos relativos a los derechos de la personalidad de los menores no emancipados** que estén bajo su potestad, desde que éstos tengan suficientes condiciones de madurez para ejercitarlos por sí mismos. Esta excepción a la representación legal parece lógica, toda vez que los derechos de la personalidad (Lección 5ª), es decir, los derechos innatos a la persona y dirigidos a la salvaguarda de sus valores esenciales y su dignidad, por definición (aparte de irrenunciables, indisponibles, inalienables) son personalísimos. Es decir, no susceptible de representación en sentido estricto. Se ha criticado, no obstante, la inseguridad que supone hacer depender la capacidad del menor de su "grado de madurez", lo que dependerá de las características del concreto menor y del acto a realizar. Frente a lo cual, se propone como criterio general el de presumir dicha madurez a partir de los 16 años. De suerte que a partir de esa edad sólo el menor podría asumir la decisión, p. ej., de someterse a un tratamiento médico, decidir su educación religiosa, disponer de su intimidad o imagen, etc.

Por último, cabe aludir al **art. 154 CC** que, **a modo de norma de cierre**, dispone con carácter general, de un lado, que la patria potestad se debe ejercer siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos y, de otro y como colorario de lo anterior, que los menores no emancipados, aunque están sujetos a la representación legal de sus padres, deberán ser oídos por éstos antes de adoptar decisiones que les afecten si tuvieren suficiente juicio.

CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD (NO EMANCIPADO)

REGLA GENERAL.- Los actos realizados por un menor son anulables, en interés del menor (arts. 1301 y ss. CC).

EXCEPCIÓN.- Son plenamente válidos los actos jurídicos celebrados por menores de edad:

- a.) que estén admitidos por los usos y la jurisprudencia, por su cotidianeidad, escasa entidad económica o por ser acordes con el grado de madurez y la capacidad de obrar evolutiva del menor.
- b.) aquéllos cuya válida celebración por menores de edad esté expresamente contemplada por la Ley (capacidad de obrar especial)

- c.) los actos de ejercicio de sus derechos de la personalidad, que sean acordes con su grado de madurez.

CONCLUSIÓN.- Con carácter general, se observa una mayor flexibilidad a la hora de reconocer al menor de edad capacidad de obrar en aquellos actos jurídicos que afectan a su esfera personal (matrimonio, filiación, nacionalidad, vecindad, derechos de la personalidad, emancipación); que en los actos de carácter patrimonial, ámbito donde prima la protección de la seguridad del tráfico jurídico y de los terceros que celebren negocios jurídicos o contratos con él.

B. CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR EMANCIPADO Y DEL HABILITADO COMO MAYOR DE EDAD.

La emancipación y la habilitación de mayor edad **son estados civiles intermedios entre la menor y la mayor edad**, en el que al menor de edad se le considera como si fuera mayor de edad, pero con determinadas restricciones o limitaciones.

En los actos jurídicos relativos **al ámbito personal**, el emancipado y el habilitado de mayor edad tienen la misma capacidad de obrar que un mayor de edad. P. ej., pueden, por sí solos, cambiar de estado civil, adoptar decisiones relativas a intervenciones médicas, consentir intromisiones en su honor o intimidad, etc.

En el **ámbito patrimonial** también se les equipara a los mayores de edad, salvo en los supuestos contemplados en el art. 323 CC, en los que el menor emancipado o habilitado necesitará actuar con la asistencia (es decir, complemento de su capacidad de obrar, que no representación legal) de sus padres o, en su defecto, de un curador. De modo que sin esa asistencia, el acto jurídico realizado por el menor será válido, pero anulable.

Concretamente, el art. 323 CC señala, en relación tanto al menor emancipado como al habilitado de mayor edad, que "hasta que llegue a la mayor edad no podrá... tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador".

Además, el art. 324 CC precisa que si el menor emancipado estuviera casado, para realizar esos actos sólo precisará el consentimiento del otro cónyuge si es mayor de edad o, en otro caso, el de los padres o curadores de ambos. En todo caso y en la medida en que estas normas son restrictivas de la capacidad de obrar, deberán ser interpretadas restrictivamente.

Además de estas restricciones, podemos encontrar alguna otra dispersa en otros preceptos del CC. Conforme a ellos, el menor emancipado o habilitado de mayor edad "no puede":

1. Ser tutor ni curador, porque no está en pleno ejercicio de sus derechos civiles (arts. 241 y 291 CC)
2. Ser defensor del desaparecido ni representante del ausente (arts. 181 y 184 CC)
3. Otorgar testamento ológrafo (art. 688 CC)
4. Aceptar por sí solo una herencia pura y simplemente, sino a beneficio de inventario, al no tener la libre disposición de sus bienes (art. 992 CC).



Enlaces de interés:

http://www.mju.es/registro_civil/registro_civil.htm

<http://www.spainconsul-ny.org/consula.do!/regcivil.htm>

<http://pro.wanadoo.fr/ambassade.espagne/Consulado/rc.html>

<http://www.igsap.map.es/cia/dispo/25302.htm>

Autora: María del Carmen García Garnica

12. 1. Introducción

LECCIÓN 5.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL MENOR.

1. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, **la concepción actual de la protección jurídica del menor de edad se basa, en dos pilares** (lección 1):

- En primer lugar, en la consideración del **menor como persona** (puesto que el nacimiento determina la personalidad) y, por ello, titular de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a todo ser humano, como exigencia del respeto a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Es decir, *e/*

menor es titular -cuando menos, y sin perjuicio de que pueda ser titular de otros derechos de contenido económico o patrimonial- de los derechos fundamentales o de la personalidad reconocidos a todo ser humano en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por España.

- Y, en segundo lugar, el menor no se considera como un mero sujeto pasivo que tiene el derecho a ser objeto de una protección y cuidados especiales, sino **también como sujeto activo**, capaz de participar en la sociedad y de convertirse en *protagonista de su propio desarrollo, en la medida en que su edad y grado de madurez así lo permitan.*

Teniendo en cuenta esos dos principios, es preciso adecuar el régimen jurídico general relativo al contenido y garantías de los derechos de la personalidad, previsto para todo ciudadano, a las especiales exigencias de protección de los menores de edad. El objetivo será hallar un equilibrio entre la posibilidad de que el menor ejercite por sí mismos estos derechos en función de su grado de madurez (así lo prevé, en términos generales, el art. 162.1.2º CC -vid. lección 4ª-) y la necesaria protección que, por razón de su edad e inexperiencia, precisan los menores de edad.

Autora: María del Carmen García Garnica

13. 2. Concepto y caracteres de los derechos de personalidad.

LECCIÓN 5.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL MENOR.

2. CONCEPTO Y CARACTERES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A. CONCEPTO Y RAZÓN DE SER DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

En primer lugar, cabe **definir los derechos de la personalidad**, como aquellos derechos subjetivos en virtud de los cuales se reconocen a su titular las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona (vida, integridad física, intimidad, honor, propia imagen, libertad ideológica y de expresión, etc.). Dicho de otro modo, la personalidad, cualidad que ostenta la persona humana desde que nace hasta que muere (conforme a lo dispuesto en los arts. 29, 30 y 32 CC), lleva aparejada una serie de valores esenciales e inherentes que integran la dignidad propia de tal condición y que el ordenamiento jurídico debe proteger.

La razón de ser última de estos derechos se encuentra en el principio general de tutela de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, consagrado en el art. 10 de la CE.

El **origen de esta categoría de derechos** se cifra a finales del siglo XIX, con el propósito de proteger los valores más esenciales de la persona, no sólo frente a los poderes públicos, sino también en sus relaciones con los demás particulares, como respuesta a la falta de adecuada tutela civil de la persona existente hasta ese momento.

Pero, su consolidación definitiva no tiene lugar hasta bien entrado el siglo XX, a raíz de la convicción de la necesidad de proteger a la persona que siguió a los grandes conflictos bélicos del siglo pasado y la consagración del "Estado social". Además, en este momento las Constituciones modernas los elevan al rango de derechos fundamentales, dispensándoles la máxima protección jurídica.

Aunque hay que matizar que no todos los derechos fundamentales son derechos de la personalidad, ya que algunos consagran derechos y libertades públicas que protegen los valores esenciales de la organización política de la sociedad, y no los valores esenciales de la persona.

B. CARACTERES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Como derechos que recaen sobre los valores más esenciales de la persona, que configuran su propia dignidad como tal, los derechos de la personalidad tienen una serie de caracteres peculiares -que los distinguen de otros derechos, y en particular, de los de carácter patrimonial o económico (los derechos personales o de crédito y los derechos reales).

Concretamente, la doctrina coincide en afirmar como **rasgos propios de estos derechos** (v. gr., BELTRÁN DE HEREDIA, CASTÁN TOBEÑAS, Díez-PICAZO y GULLÓN, HUALDE, LACRUZ BERDEJO, MONTÉS PENADÉS, PUIG BRUTAU):

- a.) son **derechos innatos a la persona**, que los ostenta desde que nace hasta que muere;
- b.) son **derechos absolutos**, en el sentido de que son oponibles frente a todos, no en el sentido de que su contenido sea ilimitado, ya que éste cederá en la medida necesaria para respetar los derechos de la personalidad de los demás, el orden público, la moral o la ley;

- c.) son **derechos irrenunciables**, su renuncia sería contraria al orden público y por tanto el art. 6.2 CC sanciona su ineficacia;
- d.) son **derechos indisponibles**, aunque el ordenamiento jurídico reconoce a su titular algunos - aunque limitados- poderes de disposición y renuncia a los mismos, que flexibilizan este carácter;
- e.) son **derechos inembargables**, dada su inherencia a la persona y su carácter extrapatrimonial (aunque su lesión sí sea compensable económicamente);
- f.) y son **derechos imprescriptibles**, es decir, no se extinguen por su no uso, sino tan sólo con la muerte de su titular.

Autora: María del Carmen García Garnica

14. 3. Enumeración y clasificación de los derechos de personalidad.

LECCIÓN 5.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL MENOR.

3. ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

No es posible hacer una enumeración cerrada o inmutable de los derechos que integran esta categoría, dada la variabilidad histórica de los valores esenciales de la persona que en cada momento necesitan ser objeto de atención específica por el legislador (p. ej., en el siglo XX con ocasión de los avances de la informática y la invasión de la intimidad de las personas que puede tener lugar a través del manejo y almacenamiento de los datos relativos a las personas, se ha estimado necesario reconocer como nuevo derecho de la personalidad el "derecho a la protección de los datos personales" o "libertad informática"; por otro lado, el cambio de las convicciones sociales y morales ha permitido afirmar la existencia de un "derecho al cambio de sexo", como nuevo derecho de la personalidad, en tanto su objeto es proteger la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad).

No obstante, **es tradicional agruparlos en dos categorías según la esfera de la persona a la que se refieran**. Se habla así de bienes y derechos de la personalidad pertenecientes a la esfera física o corporal de la persona y de los relativos a la esfera moral o espiritual de la misma (CASTÁN TOBEÑAS, Díez-PICAZO y GULLÓN, HUALDE SÁNCHEZ, LACRUZ BERDEJO).

A LA ESFERA FÍSICA O CORPORAL, pertenecen básicamente: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho sobre las partes separadas del propio cuerpo (ej. donación de órganos) y la libertad en su vertiente física.

A LA ESFERA MORAL O ESPIRITUAL DE LA PERSONA, pertenecen: el derecho al nombre o a la identidad personal, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, el derecho a la protección de los datos personales, la mayor parte de las libertades (en particular, la libertad ideológica y religiosa) y, en su caso, el controvertido derecho moral de autor.

Esto presupuesto, y sin ánimo exhaustivo, cabe hacer alusión al concepto de los más elementales derechos de la personalidad:

a.) Los derechos a la vida y a la integridad física.

Ambos derechos persiguen la salvaguarda de la persona en sí misma, en su vertiente existencial y física, la cual sirve de presupuesto y razón de ser del resto de los derechos de la personalidad.

Se hallan proclamados al más alto nivel normativo en el art. 15.1 CE: "todos tienen derecho a la vida". Además, el art. 10.1 CE prohíbe que "en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Y abole la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

Aunque hemos destacado, con carácter general, que los derechos de la personalidad son irrenunciables e indisponibles, conviene matizar que las partes del cuerpo y los órganos vitales de la persona son limitada y condicionadamente disponibles (donación de órganos, esterilización, etc.). La validez de estos actos de disposición de la integridad física está subordinada al respeto de los límites generales de la autonomía privada (es decir, al respeto a la ley, la moral y el orden público); ello, bien porque persigan la mejora de la salud propia o la de los demás, bien porque persigan la realización de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

b.) Derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

Si a través de los anteriores derechos se ampara la "esfera física" de la personalidad, a través de los derechos al honor, la intimidad y la imagen se tutela su "esfera espiritual".

Al igual que los anteriores, estos derechos se encuentran consagrados al más alto nivel normativo, en el artículo 18.1 de la CE ("se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"); y su régimen jurídico se desarrolla en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Hay que precisar que no nos encontramos ante un sólo derecho, sino ante tres derechos independientes, cuyo contenido y forma de lesión es diverso; sin perjuicio de que en ocasiones una misma conducta pueda atentar simultáneamente contra varios o todos ellos.

El **derecho al honor** tiene un aspecto subjetivo, consistente en la estimación que cada persona tiene de sí misma; y un aspecto objetivo, relativo a la consideración en la que le tienen los demás. En coherencia con lo cual, la LO 1/1982 no nos define este derecho, pero nos dice que constituye intromisión ilegítima en el honor "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o

atentando contra su propia estimación" (art. 7.7).

El **derecho a la intimidad** ha sido definido de forma descriptiva por el Tribunal Constitucional como aquél, vinculado a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE, por el que se ampara la "existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana".

Su contenido tiene una vertiente negativa (de exclusión) y una positiva (de libertad). La primera consiste en el "reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia y en la que puede prohibir el acceso a otros"; ya que "a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar". La segunda supone una facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona, la facultad de disponer de los mismos. La forma de lesión de este derecho es diversa a la del honor, confirmando que se trata de derechos independientes, que tutelan distintos aspectos de la personalidad. De un lado, no sólo la divulgación o revelación de datos pertenecientes a la esfera reservada de la persona o de su familia supone una intromisión ilegítima en su intimidad, sino también el simple conocimiento o intrusión en dicho ámbito. Por otro lado, el hecho de que la divulgación de datos relativos a una persona no merme su propia estima, ni atente contra la consideración social de la misma, no excluye que suponga un atentado frente a su intimidad.

Además, y conforme a la doctrina del TC, la veracidad de la información divulgada juega de forma diversa en cuanto a uno y otro derecho. Pues, mientras que la falsedad integra el supuesto de hecho de la difamación y la veracidad excluye la ilegitimidad de la lesión del honor (es lo que se conoce como exceptio veritatis); sin embargo, la certeza de los datos relativos a la esfera reservada de la persona que hayan sido divulgados sin su consentimiento no excluye la lesión a la intimidad, sino que por el contrario constituye el presupuesto de la misma. Todo ello, sin olvidar que no sólo el consentimiento de su titular constituye causa de justificación de la intromisión en el derecho a la intimidad, sino también el interés público de los datos divulgados (art. 8 LO 1/1982).

Por último, a través del **derecho a la imagen** se protege a la persona "respeto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreducible a toda persona"; imprescindibles para su propio reconocimiento como individuo. También este derecho tiene una doble vertiente negativa y positiva. La primera se concreta en la posibilidad de prohibir a terceros la obtención, reproducción o divulgación por cualquier medio de la imagen de una persona sin su consentimiento; salvo que su propia y previa conducta o las circunstancias en que se encuentre justifiquen el descenso de las barreras de reserva de la misma y hagan que prevalezca el interés ajeno o público. La segunda consiste en la libertad o facultad exclusiva de su titular de difundir la propia imagen y disponer de ella. La lesión de este derecho, en ocasiones llevará aparejada la de los anteriores, aunque no necesariamente. Así, por ejemplo, mientras que la publicación de la imagen de una persona captada en un lugar privado o que revele datos relativos a la esfera reservada de la misma podría lesionar conjuntamente la imagen y la intimidad personal; sólo se lesionará el derecho a la propia imagen cuando, sin consentimiento del interesado, se divulgue una fotografía captada en un lugar abierto al público o durante un acto público, sin que el fotografiado sea una persona de notoriedad pública por su cargo o profesión, ni su imagen sea meramente accesoria a la información gráfica de un suceso o acaecimiento público.

La LO 1/1982 confiere al titular de estos tres derechos un papel activo en la delimitación del ámbito legalmente protegido. Más concretamente, la Ley dispone que la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen quedará conformada no sólo por la ley y los usos sociales, sino también "atendiendo al ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia" (art. 2.1). Es decir, la LO 1/1982 admite que la autorización o el consentimiento del titular de estos derechos legitime ciertos actos y conductas que, en abstracto, supondrían una intromisión ilegítima en el contenido esencial de los mismos.

c.) El derecho al nombre.

El derecho al nombre es uno de los derechos básicos de la persona (art. 7 Convención de Derechos del Niño), tanto desde el punto de vista de la protección de su dignidad personal, como por el interés público de individualizar a cada persona. El nombre no sólo es un distintivo de cada persona, sino que también evoca aspectos esenciales de la persona en cuanto a su estimación social y moral, y sus vínculos familiares o su estado civil, en tanto denota filiación.

Por todo ello, su protección es protección de la personalidad, desde el punto de vista de su individualidad física, moral y social.

En Derecho español, el nombre de una persona se compone del nombre propio y de dos apellidos.

La imposición del **NOMBRE PROPIO** en principio corresponde a los padres y es libre, sin más límite que la prohibición de utilizar nombres que objetivamente perjudiquen a la persona; los aumentativos ni los diminutivos, salvo que hayan adquirido sustantividad; los que hagan confusa la identificación o induzcan a error en cuanto al sexo; ni imponer más de dos nombres simples (Juan Pedro) o de uno compuesto (p. ej. Juan de Dios o María del Mar) [art. 192.1 RRC].

No obstante, si al promoverse la inscripción del nacimiento no se manifiesta el nombre del nacido o pretende imponérsele un nombre inadmisibles, el propio encargado del Registro Civil le impondrá uno según su criterio, si pasados tres días desde el requerimiento realizado a quienes promuevan la inscripción no hubieran dado nombre al niño.

Por último, la legislación del Registro Civil autoriza el cambio de nombre propio al Juez de Primera Instancia encargado del Registro Civil, siempre que haya justa causa y no haya perjuicio para terceros, en los siguientes casos: 1) nombre impuesto con infracción de las normas establecidas; 2) nombre propio no coincidente con el usado habitualmente; 3) nombre extranjero que tiene traducción a una de las lenguas usadas en España (p. ej. cabe cambiar los nombres de Javier o Jorge, a su equivalente catalán de Xavier o Jordi, y viceversa). Pero los cambios no surten efecto hasta que se inscriban al margen de la inscripción de nacimiento.

Por lo que se refiere a los **APELLIDOS**, tradicionalmente, en nuestro Derecho el primero del hijo ha sido el primero del padre y el segundo el primero de la madre. Actualmente, sin embargo, para evitar discriminaciones se admite que los padres alteren este orden, con el único requisito de que lo hagan igual para todos los hermanos; o bien, que lo altere el hijo al llegar a la mayoría de edad.

Si el hijo sólo tiene declarada la filiación de un progenitor (generalmente la madre): el hijo llevará sus dos apellidos; pudiéndose alterar su orden. Y si se ignora por completo su filiación, el encargado del Registro Civil le impondrá unos apellidos de uso corriente, que no revelen su origen desconocido (ej. Expósito).

Además, el Juez encargado del Registro Civil puede cambiar los apellidos en los siguientes casos: 1.) los que revelen origen desconocido (ej. Expósito) por otro que pertenezca al peticionario o por uno de uso corriente; 2.) los impuestos con infracción de normas establecidas; 3.) la conservación por el hijo no matrimonial de los apellidos que venía usando antes de la determinación de su filiación, siempre que haga la solicitud en los dos meses siguientes a la inscripción de dicha filiación o, a su mayoría de edad; 4.) adecuación gráfica al español de la fonética de apellidos extranjeros.

Es competencia del Ministerio de Justicia autorizar el cambio de apellidos, cuando el apellido en la forma propuesta constituye una situación de hecho no creada por el interesado, para modificar apellidos contrarios al decoro, o para evitar la desaparición de un apellido español (ej. para unir apellidos). Será necesario que el apellido que se trata de unir o modificar pertenezca legítimamente al peticionario (es el caso, del segundo apellido del padre, madre o abuelos), y provenga de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar.

El cambio se extiende a los hijos y descendientes que expresamente lo consientan.

La protección del derecho al nombre se puede hacer a través de la acción de impugnación de la utilización indebida del nombre de una persona por otra. La sentencia prohibirá el uso del nombre ajeno y obligará a la reparación de los perjuicios que se acrediten si

intervino culpa o dolo. Y también a través de acción de reclamación, frente a quien lo desconoce o niega a otro el derecho a usar su nombre. En tal caso, la mejor prueba es, lógicamente, la inscripción del nombre que se pretende hacer valer en el Registro Civil. Por la vía penal, el art. 401 CP sanciona la usurpación del estado civil de otra persona.

Autora: María del Carmen García Garnica

15. 4. Protección jurídica de los derechos de la personalidad

LECCIÓN 5.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL MENOR.

4. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

La lesión de los derechos de la personalidad puede ser sancionada por el Derecho a través de distintas vías:

POR LA VÍA PENAL.- La infracción del deber de respeto a la persona y sus valores esenciales, es decir, las lesiones contra la mayoría de los derechos de la personalidad se tipifican como conductas delictivas en el CP, sancionables por los Tribunales penales. Siendo muchas de ellas perseguibles de oficio, y llevando consigo no sólo la imposición de la pena correspondiente al autor/es de la lesión, sino también la indemnización de los daños causados.

A título ilustrativo, la lesión a la vida se tipifica en los delitos de homicidio, asesinato y aborto; la lesión a la integridad física se tipifica en el delito o la falta de lesiones; la lesión al honor y la intimidad se protege a través de los delitos de injurias y calumnias; etc.

POR LA VÍA CIVIL.- Existe también una tutela estrictamente civil de los derechos de la personalidad que corresponde a los Tribunales civiles.

Fundamentalmente, a través de esta tutela civil se trata de poner fin a la conducta lesiva y obtener la indemnización de los daños y perjuicios causados por la lesión de los derechos de la personalidad, bien porque los hechos no constituyan delito o bien porque la acción de responsabilidad civil derivada del delito no se haya ejercitado en la vía penal.

La eliminación de la fuente del daño puede consistir, p. ej., en retirar la publicación donde se divulga una noticia que atenta contra la intimidad o el honor de una persona; destruir los ejemplares existentes; exigir la publicación de la sentencia condenatoria en el mismo medio en que se produjo la lesión.

En cuando a la indemnización, el daño a reparar puede ser económico (lesión contra la fama de una persona que le afecta en su profesión) y puede ser un daño moral (el daño o sufrimiento que ocasiona a la persona la lesión a un derecho de la personalidad: p. ej., la vergüenza que sufre una persona por la difusión de una noticia cierta pero relativa a su intimidad o incierta y lesiva a su honor). La indemnización será proporcional a la difusión y gravedad del daño causado (p. ej., no es lo mismo contar datos relativos a la intimidad de una persona en una cena con amigos; que en un artículo periodístico).

POR LA VÍA CONSTITUCIONAL.- En la medida en que hemos destacado que los derechos de la personalidad se declaran y protegen en la actualidad con el máximo rango normativo en la CE, como derechos fundamentales, tienen la protección que la CE dispensa a tales derechos: sus lesiones se juzgarán a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad ante los Tribunales ordinarios (civiles o penales); y por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, una vez agotada la vía judicial ordinaria.

Autora: María del Carmen García Garnica

16. 5. El ejercicio y protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad. remisión a la jurisprudencia

LECCIÓN 5.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL MENOR.

5. EL EJERCICIO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LOS MENORES DE EDAD. REMISIÓN A LA JURISPRUDENCIA.

Que los menores son titulares de los derechos de la personalidad desde su nacimiento es algo que está fuera de toda duda: porque tienen capacidad jurídica y porque estos derechos son innatos a todos ser humano, como exigencia impuesta al respeto de su dignidad y de sus valores más esenciales.

El problema se plantea en relación a su ejercicio, sobre todo teniendo en cuenta que uno de los caracteres peculiares de esta clase de derechos es el de ser personalísimos, lo que significa que -en principio- sólo su titular está legitimado para ejercitarlos, sin que sean susceptible de representación.

En coherencia con ello, hay que recordar que para el ejercicio de los derechos de la personalidad, desde el año 1981 el CC recoge

una **regla especial de capacidad de obrar**. Se trata del art. 162.2.1º CC (vid. Lección 4ª) que exceptúa del ámbito de actuación de los representantes legales de los menores de edad, "los actos relativos a derechos de la personalidad ... que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo".

- En coherencia con ello, y como regla general, todos los actos de disposición de la propia vida o de la propia integridad física, dada su relevancia, exigen plena capacidad de obrar: es decir, ser mayor de edad, no incapacitado. Así, p. ej., no se admite a un menor de edad consentir su esterilización (art. 156 CP) o la donación en vida de órganos o tejidos, a excepción de la médula ósea, por no suponer una lesión irreversible a su integridad física, dado su carácter regenerable (art. 7 Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de Tejidos Humanos).
- No obstante, cfr. la capacidad del menor para consentir actos médicos consagrada en 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.
- Cfr., también la capacidad para consentir intromisiones en su honor, intimidad o propia imagen reconocida al menor de edad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en las normas citadas, léase y comente, las siguientes sentencias: STC 154/2002, de 18 de julio; STS, S. 1ª, 19 de julio de 2000; STC 197/1991, de 17 de octubre; SAP Madrid de 20 de noviembre de 1995; STS 27-2-1980, en relación con la SAP Salamanca de 14-7-1999.

Sólo cuando el menor de edad carezca de madurez suficiente, o cuando por la trascendencia del acto en cuestión así lo imponga la Ley, podrán ejercitar sus derechos de la personalidad sus representantes legales.

Además, aún en este caso, los representantes legales deberán ejercitar los derechos de la personalidad del menor **dentro de ciertos límites**, dado que se trata de derechos especialmente vinculados a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de su titular. Concretamente, su capacidad para ejercitar los derechos de la personalidad del menor estará supeditada al dato de que tal ejercicio sea "objetivamente beneficioso para el menor" o la "pasividad claramente desaconsejable".

Así, p. ej., el artículo 3.2 de la LO 1/1982, de protección jurídica al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, supedita al previo control del Ministerio Fiscal (y, en su caso, a autorización judicial) el ejercicio de estos derechos por el representante legal del menor de edad. Se pretende evitar, de este modo, que los padres o tutores puedan malbaratar la intimidad o la imagen del menor carente de capacidad natural por razones económicas, con menoscabo para los intereses personales de aquél.



Ver actividades



Autoevaluación

Antes de continuar, realice los ejercicios de autoevaluación correspondientes a los módulos I y II, para comprobar que ha asimilado y comprendido correctamente sus contenidos básicos.

Autora: María del Carmen García Garnica

2. 1. La filiación. Concepto y clases

LECCIÓN 6.

LA FILIACIÓN Y SUS CLASES.

1. LA FILIACIÓN: CONCEPTO Y CLASES.

La protección del menor edad, en principio y con carácter general, se encomienda a su familia y, más concretamente, a sus padres. Sólo en defecto de éstos (o si ejercen mal los deberes que legalmente les corresponden frente a sus hijos menores de edad), habrá que encomendar a otras personas la protección del menor.

Esto presupuesto, **la relación que determina la pertenencia de un menor a una determinada familia es la "filiación".**

De modo que si tuviéramos que dar un concepto de la filiación como relación jurídica diríamos que **se trata "de la relación de parentesco existente entre padres e hijos, de la cual derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones, entre ambos".**

Este conjunto de derechos y deberes da lugar a un estatus personal y familiar particular, constituye un estado civil y, por tanto, deberá ser inscrito en el Registro Civil, junto a la inscripción de nacimiento.

Atendido el concepto de filiación, **es importante no confundir la relación jurídica de filiación y sus efectos, con la patria potestad** (lección 7ª):

- **La filiación es la relación de parentesco existente entre padres e hijos;** la cual permanece indefinidamente (incluso después de la muerte de los interesados), mientras no se determine judicialmente una filiación contradictoria o se establezca una nueva filiación por adopción.
- **La patria potestad, es la potestad-función que tienen los padres de asumir la protección y representación legal de sus hijos menores de edad o, excepcionalmente, de sus hijos mayores de edad incapacitados.**
- **Por tanto, aunque no hay patria potestad sin filiación, puede existir filiación sin patria potestad:**
 - a.) porque los hijos se hayan emancipado o hayan llegado a la mayoría de edad, y ya no precisen representación legal;
 - b.) porque los padres hayan sido privados de la patria potestad, bien por no ejercerla correctamente (p. ej. en caso de abandono de los hijos por parte de sus padres), bien por imposibilidad para ejercerla (p. ej., padre incapacitado por enfermedad).

Los **CARACTERES de la filiación** son los siguientes (PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS):

- A. Es una **cualidad personalísima**. Ello explica que como regla general, también sea personalísimo el ejercicio de las acciones y facultades legales para la determinación de la filiación y no quepa su ejercicio por terceras personas.
- B. Como consecuencia de lo anterior: es una **cualidad inalienable, irrenunciable e indisponible; e imprescriptible** (sin perjuicio de que en ocasiones la acción judicial para instar su reclamación o impugnación esté sujeta a caducidad).
- C. **Influye a través de la determinación de los apellidos en la identificación de la persona** (art.

109 CC).

- D. Como consecuencia de lo anterior, **se trata además de una cuestión de orden público**, por lo que la autonomía de la voluntad está ceñida a las facultades legalmente prescritas; el Ministerio fiscal tiene una especial intervención en su determinación; hay un régimen particular de las acciones y procedimientos relativos a la mismas; y es preceptivo que quede constancia oficial de la misma en un instrumento idóneo (el Registro Civil).

Por su origen, hay distintos **TIPOS DE FILIACIÓN** (art. 108.1 CC), aunque todos ellos surten los mismos efectos por imperativo constitucional (art. 14 y 39.2 CE):

- A. **La filiación biológica.**- es la que existe entre procreantes y procreados. Aunque ésta no siempre es jurídicamente relevante: bien porque ésta ya no exista jurídicamente, o bien porque no se conozca (así ocurrirá, cuando el hijo haya sido abandonado y se desconozca la identidad de ambos progenitores; cuando la filiación declarada en el Registro Civil no coincida con la real, p. ej., por haberse inscrito el hijo a nombre del marido, siendo en realidad otro su padre biológico; o cuando el hijo haya sido dado en adopción).
- B. **La filiación por adopción.**- se trata de una relación de filiación de origen estrictamente jurídico, sin base biológica, aunque sus efectos jurídicos se equiparan a los de la biológica. Es una filiación puramente formal, donde lo no biológico y lo funcional desplazan a lo natural. Padre y madre no son los que corresponden por naturaleza, sino los que asumen la función y responsabilidad de padres, a partir del acto jurídico de constitución de la adopción.
- C. Además, en atención a la relación existente entre los progenitores, y con especial importancia en relación a la filiación biológica, **la filiación puede ser matrimonial o no matrimonial**, según que los padres estén o no casados entre sí, respectivamente.
- En la actualidad, ambas clases de filiación tienen los mismos efectos (ya que lo contrario vulneraría el art. 14 CE), pero esta distinción sigue teniendo importancia desde el punto de vista jurídico, ya que conlleva ciertas peculiaridades en cuanto al régimen jurídico de la prueba y determinación de la filiación.

Por lo que se refiere a los **CARACTERES DEL SISTEMA DE FILIACIÓN ESPAÑOL**, cabe destacar que, frente a la regulación de la filiación consagrada en el CC de 1889, que se basaba en el trato desigual de los hijos "legítimos" (matrimoniales) y los "ilegítimos" (extramatrimoniales), con mayor discriminación dentro de estos últimos de los "no naturales" (aquéllos cuyos padres adolecían de algún impedimento para contraer matrimonio entre sí, en el momento de la concepción), a los que se les negaba todo derecho frente a su progenitor y la posibilidad de que se declarara su filiación; en la actualidad, el régimen jurídico de la filiación en España tiene dos pilares:

- A. **El art. 14 CE que consagra como derecho fundamental la igualdad** "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento".

- B. El **art. 39 CE**, conforme al cual **"los poderes públicos** aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia", y **"asegurarán 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 la "ley posibilitará la investigación de la paternidad"**. En virtud de lo cual, actualmente se admiten toda clase de pruebas, incluidas las biológicas en los juicios de filiación.

En coherencia con ello, la Ley de 13 de mayo de 1981 acometió la reforma del CC en materia de filiación para adecuar su redacción a los mandatos constitucionales.



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

3. 2. Efectos o contenidos de la relación de filiación. Distinción entre filiación y patria potestad

LECCIÓN 6.

LA FILIACIÓN Y SUS CLASES.

2. EFECTOS O CONTENIDO DE LA RELACIÓN DE FILIACIÓN. DISTINCIÓN ENTRE FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD.

La relación jurídica de filiación es una de las más ricas del Derecho privado, ya que **sus consecuencias se proyectan en numerosas áreas jurídicas**, no sólo en Derecho de familia (alimentos, patria potestad, etc.), sino también en el Derecho de la persona (nacionalidad, vecindad civil, etc.); Derecho de sucesiones (sobre todo en la sucesión forzosa e intestada); Derecho penal (con tipos especiales como el parricidio o estupro, el secuestro de menores); y administrativo (incompatibilidades de funcionarios); etc.

Al hablar de sus efectos, hay que tomar como punto de partida la equiparación actualmente vigente de los efectos de todas las clases de filiación (arts. 14 CE y 108.2 CC). No obstante, hay que matizar que la igualdad del régimen jurídico de los distintos tipos de filiación no es absoluta: hay normas distintas para la determinación de la filiación matrimonial y la no matrimonial, en atención a que sus presupuestos son distintos; y, para proteger al hijo, también existe alguna especialidad en el caso de la filiación incestuosa (art. 125 CC). En lo demás, y por lo que se refiere propiamente a los efectos de la filiación ya determinada, la igualdad plena es la regla. Además, **conviene insistir en algo que destacamos al principio: que los efectos de la filiación, en principio, son independientes del hecho de que los padres ostenten o no la patria potestad.**

EFECTOS DE LA FILIACIÓN

Hechas estas precisiones, entre los principales efectos de la filiación hay que destacar los siguientes (arts. 109 y 110 CC):

- A. **APELLIDOS.-** La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil (arts. 109.1 CC; 53 y ss. LRC; 192 y ss. RRC). **En principio, el primer apellido del hijo será el primero del padre y el segundo el primero de la madre.** No obstante, desde 1981 se permite al hijo alterar el orden de sus apellidos al alcanzar la mayoría de edad, para evitar la discriminación del apellido materno y su desaparición; y tras la reforma de la LRC operada por la Ley 40/1999, **se admite que el cambio de orden de los apellidos lo lleven a cabo tanto los propios padres al practicar la inscripción del nacimiento del hijo, como éste al llegar a la mayoría de edad** (Lección 5ª).
- B. **DEBER DE VELAR Y ALIMENTAR.-** El art. 110 CC dice que **el padre y la madre, aunque no ejerzan la**

patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Y el art. 160 CC señala que, **"aunque no ejerzan" la patria potestad tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores**, salvo que por resolución judicial y en interés del menor se le prive de este derecho. **Además, si el progenitor ostenta la patria potestad del hijo menor de edad o mayor incapacitado, estas obligaciones deberán completarse con lo dispuesto en el art. 154 CC** (Lección 7ª).

Hay que destacar, además, que entre padres e hijos existe (al igual que entre otros parientes) un derecho-deber de prestarse alimentos en caso de necesidad, recíproco y que, en principio, perdurará a lo largo de toda su vida, consagrado en el art. 143 CC.

- C. **DERECHOS LEGITIMARIOS EN LA HERENCIA.**- El CC dispone que los hijos tienen derecho por ley y de forma imperativa a repartirse entre ellos parte de la herencia del padre. Concretamente, constituyen la legítima de los hijos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre (art. 808 CC). Asimismo, los padres ostentan este derecho con respecto a la herencia del hijo, si éste fallece antes que ellos sin descendencia. La legítima de los padres recae sobre la mitad de la herencia; salvo que el hijo estuviera casado, en cuyo caso tan sólo les corresponderá un tercio de su patrimonio.

EXCLUSIÓN DE LOS EFECTOS LEGALES DE LA FILIACIÓN

Conforme al art. 111 CC, **cuando el progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación por sentencia penal firme** (es decir, por abusos o agresión sexual) **y cuando la filiación haya sido determinada judicialmente con su oposición** (p. ej., madre soltera que ha tenido que entablar un juicio para que se declare la paternidad del hijo), se producirán los siguientes efectos en contra de dicho progenitor:

- A. **"Quedará privado de la patria potestad y demás funciones tuitivas"** (tutela, curatela, guarda, defensa judicial) con respecto del hijo. **Aunque, sin embargo, no quedará eximido** de los deberes legales correspondientes a las mismas, y en particular **de las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos**, en todo caso mientras sea menor de edad (art. 110 CC), y en caso de necesidad a partir desde que el hijo alcance la mayoría de edad (arts. 142 y ss. CC).
- B. **"Quedará privado de los derechos legales que le correspondieran por ley respecto del hijo o sus descendientes, así como de sus herencias"**.- Es decir, el padre perderá el derecho a reclamar alimentos al hijo en caso de necesidad, así como los derechos legitimarios que le correspondieran en la herencia del mismo; **aunque tales derechos (de alimentos y sucesorios) sigan subsistiendo a favor del hijo, frente al padre**. Es decir, quiebra la reciprocidad de estos derechos, subsistiendo tan sólo en favor del hijo frente al padre; pero no a la inversa.
- C. **"En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal"**.

Estas sanciones podrán ser levantadas por voluntad del hijo, una vez alcanzada la plena capacidad; **o por decisión de su**

representante legal aprobada judicialmente, en atención al interés del hijo.



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

4. 3. La determinación legal de la filiación por naturaleza o biológica

LECCIÓN 6.

LA FILIACIÓN Y SUS CLASES.

3. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA O BIOLÓGICA.

A. CONSIDERACIONES GENERALES.

Por **DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN** se entiende la constatación jurídica o formal del hecho biológico de la procreación.

Pero ¿cómo se logra esa correspondencia entre la filiación formal y la biológica?

En el caso de la "filiación materna", la acreditación de esa correspondencia es fácil, ya que se exterioriza de forma objetiva y cierta a través del hecho del parto, y se hace constar normalmente en la propia inscripción de nacimiento en el Registro Civil.

Más difícil, sin embargo, es atribuir la "filiación paterna", ya que el hecho de la paternidad no es de fácil demostración por naturaleza, y requiere otros actos -aparte del hecho estrictamente biológico- para acceder al mundo jurídico.

No obstante, dada la importancia pública y social de la filiación, ésta ha de quedar fijada de forma segura y clara. No vale a tal fin cualquier medio ni cualquier declaración, sino que la ley provee expresamente de ciertos mecanismos (presunciones entre otros) para suplir la dificultad de prueba del hecho biológico de la paternidad.

Los medios de determinación de la filiación **se recogen en los arts. 115 y 120 CC**, todos ellos son mecanismos jurídicos de constatación formal de la filiación biológica, y pueden clasificarse en:

- A. **MEDIOS EXTRAJUDICIALES.**- cuando la determinación de la filiación tiene lugar por medio de la *inscripción del nacimiento en el Registro Civil* (art. 115 y 120.4 CC), en base a una *presunción legal de paternidad* (arts. 116 y 117 CC), en base al *reconocimiento voluntario y formal de la paternidad* (arts. 118 y 121 y ss. CC), o por *resolución recaída en expediente del Registro Civil* (art. 120.2 CC).
- B. **MEDIOS JUDICIALES.**- cuando la filiación se determina *mediante sentencia judicial firme, por la que se resuelva la acción interpuesta para reclamar y/o impugnar una determinada filiación* (art. 115.2 y 120.3).

En todo caso, cualquiera que sea el medio de determinación de la filiación escogido hay que destacar que no es título constitutivo, sino declarativo de la misma. La filiación ya existía y estos medios sólo la han constatado formalmente. De ahí que conforme el art. 112 CC la filiación produzca sus efectos desde que tiene lugar y su determinación legal tenga efectos retroactivos, salvo que la Ley disponga lo contrario. Además, una vez determinada una filiación ésta es excluyente de cualquier otra, mientras que la primera no sea debidamente impugnada y se acredite otra contradictoria (art. 113.2 y 114; 134.2 CC).

B. LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN.

El CC se ocupa de forma separada de los requisitos necesarios para la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial y no matrimonial, dado que sus presupuestos son distintos.

B.1. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

La filiación matrimonial es aquella que tiene lugar cuando el padre y la madre están casados entre sí (art. 108 CC), al margen de que el hecho de que el matrimonio haya sido previo o posterior a la concepción del hijo o, incluso, a su nacimiento. Estas circunstancias tan sólo tienen alguna trascendencia en cuanto a los requisitos necesarios para la determinación extrajudicial de esta filiación (arts. 116 y ss. CC), pero no en cuanto a sus efectos, ni en cuanto a su determinación judicial. La filiación matrimonial **normalmente se determina de forma extrajudicial**, mediante la inscripción del nacimiento junto a la del matrimonio de los padres en el Registro Civil. **No obstante, en caso de conflicto o negativa de la filiación por parte del**

progenitor, nada impide que su determinación se lleve a cabo judicialmente (p. ej., cuando el marido que se había sometido a una vasectomía niega la paternidad del hijo, pero la madre tiene la certeza de que él es el padre; cuando no se cumplan los requisitos que hacen presumir legalmente la paternidad del marido, por haber nacido el hijo fuera de los plazos establecidos a tal efecto; o bien, en virtud de la sentencia penal en la que se declare la filiación y fijación de alimentos a favor del hijo habido a resultas de la agresión sexual de la esposa por el marido separado, art. 193 CP).

Los **REQUISITOS para la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial** son: a.) maternidad de mujer casada; y b.) que la generación se deba al marido.

De estos elementos, es fácil acreditar la maternidad, por el hecho objetivo del parto. De modo que **la MATERNIDAD accede al Registro civil por los títulos en cuya virtud se realiza la inscripción de nacimiento** -generalmente el parte de nacimiento emitido por el hospital o el médico que atendió el parto- (arts. 41 y 47 LRC; 167 y 168 RRC), que están obligados a realizar determinadas personas (arts. 42 y 43 LRC).

Más difícil, por su naturaleza, es probar que **la PATERNIDAD** del hijo corresponde al marido. No obstante, **dado que sería absurdo exigir que en todo caso el marido se someta a una prueba biológica, y dado que lo normal es que si la mujer está casada el hijo sea del marido, la paternidad de éste se presume legalmente** (sin perjuicio de que el marido que tenga dudas acerca de su paternidad, pueda impugnarla judicialmente, en los términos que veremos a continuación), **en los supuestos recogidos en los arts. 116 y 118 CC:**

A. Cuando el hijo haya nacido tras la celebración del matrimonio.

En principio, es indiferente que la concepción del hijo haya sido previa o posterior al matrimonio. No obstante, esta presunción legal de paternidad del marido tiene menos fuerza si el hijo ha nacido antes de los 180 días (6 meses) siguientes a la celebración del matrimonio.

Por eso, en este supuesto se concede al marido la facultad excepcional de poder impugnar "extrajudicialmente" su paternidad (sin necesidad de acudir a juicio), a través de declaración auténtica formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto, siempre que no hubiera reconocido la paternidad expresa o tácitamente, ni hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio; a no ser que en este último caso la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo (art. 117 CC).

B. Cuando el hijo haya nacido antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los padres. En tanto tiempo máximo de duración normal del período de gestación.

No obstante, aun faltando la presunción de paternidad del marido por haber transcurrido más de 300 días desde la separación legal o de hecho de los padres, el hijo podrá inscribirse en el Registro Civil como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos (art. 118 CC).

Al margen de los supuestos anteriores (de presunción legal de la paternidad del marido), **también se atribuye extrajudicialmente la filiación matrimonial al hijo, en caso de matrimonio posterior a su nacimiento de los padres cuya filiación extramatrimonial ya estuviera legalmente determinada como extramatrimonial** (art. 119 CC).

P. ej., así ocurriría cuando un hombre casado tiene reconocida la paternidad de un hijo extramatrimonial, y con el tiempo se divorcia y contrae matrimonio con la madre de este hijo; o cuando una pareja de hecho con hijos, decide contraer matrimonio. Automáticamente, al inscribirse en el Registro Civil el matrimonio de los padres, la filiación de los hijos comunes (antes extramatrimonial) se transformará en matrimonial.

B.2. LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Se trata de la filiación por naturaleza en que los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción ni en el del nacimiento, ni contraen matrimonio con posterioridad a éste.

Los mecanismos de determinación formal de la filiación no matrimonial son algo más complejos que los relativos a la filiación matrimonial, ya que no existen idénticos presupuestos y presunciones de convivencia y relación sexual.

Conforme al art. 120 CC, esta filiación quedará determinada legalmente:

1. **Por el reconocimiento** ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
2. **Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.**
3. **Por sentencia firme.**
4. **Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo**, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

· **Se echa en falta una presunción legal de paternidad extramatrimonial** (a diferencia de los CC alemán y suizo, o la Ley catalana de filiación). Además, se reconocen ciertas facultades a la madre de dudosa constitucionalidad (SSTC 3-8-83, 20-5 y 7-7-87).

a.) Determinación extrajudicial de la maternidad no matrimonial.

La maternidad extramatrimonial se hará constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRC (art. 120.4 CC, en relación con los arts. 47 y ss. LRC; 183 y ss. RRC). Según la cual, se entiende como tal la inscripción realizada dentro de los 30 días siguientes al nacimiento. Después, la maternidad habrá de determinarse por expediente tramitado según la legislación del Registro Civil o reconocimiento ex art. 120.1 CC.

En este sentido, el art. 47 LRC presentaba el problema de que, a pesar de la máxima "mater semper certa est", permitir a la madre no casada desconocer la filiación de su hijo, mediante declaración formalizada ante el encargado del Registro Civil, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la inscripción del nacimiento del hijo.

Sin embargo, esta facultad de la madre parece contraria al principio de igualdad de los hijos y a la libre investigación de su filiación que consagra la CE. Por lo que debería entenderse derogada. De hecho, así lo señala la STS de 21 de septiembre de 1999 ((FJ 5).

b.) Determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial, en general (paternidad y maternidad)

POR RECONOCIMIENTO (art. 120.1).

Aparte de su utilidad en algunos supuestos de determinación de la filiación matrimonial (vid. supra), el reconocimiento opera fundamentalmente para la determinación de la extramatrimonial.

El reconocimiento **consiste en la determinación de la filiación en base "a la declaración de voluntad emitida por el progenitor, a través de la cual reconoce y asume el hecho de su paternidad o maternidad biológica"**.

Esta declaración de voluntad SE CARACTERIZA por ser:

- A. **Un acto unilateral.**- una declaración única y no recepticia del reconocedor, que no precisa aceptación. Aunque en ocasiones, la ley supedita su eficacia al concurso de la voluntad de otras personas (arts 123, 124 y 126 CC).
- B. **Un acto personalísimo del reconocedor**, único habilitado para realizarlo. En particular, el art. 122 CC dispone que "cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro, a no ser que esté ya determinada legalmente".
- C. **Un acto formal y expreso.**- ya que para ser eficaz deberá realizarse en la forma y con los requisitos establecidos en los arts. 121 y ss. CC (los reconocimientos tácitos y los expresos sin forma, sólo son relevantes a efectos del art. 135 CC, en el marco de la declaración judicial de la filiación).
- D. **Un acto puro, no sometible a condición o término**, lo que sería incompatible con su naturaleza de declaración de ciencia y con la seguridad jurídica que debe rodear la determinación del estado civil de filiación.

E. **Un acto irrevocable.**- sin perjuicio de que sea impugnado en caso de vicio del consentimiento.

En cuanto a la **CAPACIDAD DE OBRAR necesaria para reconocer válidamente un hijo**, el art. 121 CC dispone que la tienen quienes puedan contraer matrimonio por razón de edad (es decir, **los mayores de edad, los menores emancipados y los mayores de catorce años con dispensa judicial**). El reconocimiento otorgado por incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Por lo que se refiere al **SUJETO PASIVO DEL RECONOCIMIENTO (EL HIJO)**, hay que destacar que en la actualidad son reconocibles todos los hijos extramatrimoniales sin distinción. No obstante, **el reconocimiento necesita algunos requisitos adicionales para ser válido y eficaz, que dependen de la situación del reconocido:**

A. **El reconocimiento de un hijo mayor de edad** (art. 123 CC).- necesitará el consentimiento expreso o tácito del propio reconocido.

B. **El reconocimiento de un hijo menor de edad o incapacitado** (art. 124 CC).- necesitará el consentimiento expreso de su representante legal (que normalmente será la madre) o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

Como excepción a la regla general, se exime de la necesidad del consentimiento del representante legal o de la aprobación judicial el reconocimiento que se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. De modo que estas dos formas de reconocimiento tienen un trato privilegiado.

No obstante, como excepción de la excepción, la inscripción de paternidad así practicada puede suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Aunque, en este caso, el padre podrá solicitar la confirmación de la inscripción, por medio de aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

C. **El reconocimiento de un hijo incestuoso** (art. 125 CC).- Si los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta y estuviera legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente la filiación del otro, previa autorización judicial que se otorgará con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz.

No obstante, una vez alcanzada por el hijo la plena capacidad, podrá invalidar esta determinación mediante declaración auténtica, si no la hubiere consentido.

Esta norma pretende evitar, en interés del hijo y de la familia en que se integraría, un posible rechazo social en atención a la índole de su filiación.

D. **El reconocimiento del hijo fallecido** (art. 126 CC).- Este reconocimiento sólo será eficaz si lo consienten sus descendientes por sí o por sus representantes legales. Ello cierra la posibilidad de reconocer al hijo fallecido sin descendencia (léase STS 2-10-2000).

En cuanto a los **REQUISITOS FORMALES DEL RECONOCIMIENTO**, en primer lugar, es necesario que no resulte acreditada legalmente otra filiación contradictoria determinada legalmente (art. 113.2 CC); ya que si existe filiación contradictoria determinada legalmente será necesario impugnar aquélla ante los Tribunales, para poder inscribir la filiación resultante del reconocimiento. Y, en segundo lugar, es preciso que el reconocimiento se realice en una de las formas previstas en el art. 120.1 CC:

- A. **Por declaración ante el encargado del Registro Civil.**- ésta puede tener lugar en "el acta de nacimiento" o "mediante declaración del padre o la madre en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro Civil, inscrita al margen y firmada por aquellos". Pero, en este caso, sólo si se realiza dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento no será preciso el consentimiento o la aprobación judicial (art. 124.2 CC).
- B. **En testamento.**- se ha impuesto al respecto la interpretación amplia, que admite testamento meramente formal (sin disposición de bienes) y sin alusión a forma. Es importante destacar que el reconocimiento de filiación hecho en testamento no pierde su fuerza aunque el testamento se revoque (art. 741 CC).
- C. **En documento público.**- Según el art. 186.1 RRC "son documentos públicos aptos para el reconocimiento la escritura pública, el acta civil de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación".

POR EXPEDIENTE REGISTRAL (art. 120.2 CC)

Se trata de un medio de determinación de la filiación paterna o materna, regulado en los arts. 49 LRC y 341 RRC.

Dice el art. 49 LRC que "**podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia (encargado del Registro Civil correspondiente), siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:**

1. que exista **escrito indubitado del padre o de la madre en el que expresamente reconozcan la filiación**
2. **cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre**, justificada por actos directos del mismo progenitor o de su familia
3. **respecto de la madre, siempre que se compruebe cumplidamente el hecho del parto y de la identidad del hijo.**

Formulada oposición, la inscripción de filiación sólo puede obtenerse en procedimiento judicial ordinario".

A este respecto, hay que destacar que la incoación del expediente se notificará personal y obligatoriamente a todas las personas interesadas, que podrán constituirse en parte y formular oposición, obligando a reclamar la filiación judicialmente (arts. 341 y ss. RRC). Tampoco cabrá este medio de determinación de la filiación cuando haya sido determinada una filiación contradictoria a la que se pretende (arts. 113 CC y 50 LRC).

En cuanto al tiempo hábil para su incoación "cualquiera que sea el tiempo transcurrido y aunque hayan muerto padre e hijo". Y, por último hay que destacar que, como toda filiación determinada extrajudicialmente, será impugnabile judicialmente.

C. LA DETERMINACIÓN Y/O IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN.

CONCEPTO Y CLASES DE ACCIONES DE FILIACIÓN.

Como su nombre indica, son aquéllas que tiene por objeto obtener de los Tribunales un pronunciamiento relativo a la filiación. Las acciones de filiación son de tres tipos:

- A. **Acciones de reclamación de filiación.**- cuando se pretende que el juez declare la filiación, que no está

determinada de otra manera.

- B. **Acciones de impugnación de filiación.**- cuando se pretende que el juez niegue la certeza de la filiación formalmente establecida por medios extrajudiciales.
- C. **Acciones mixtas o de reclamación-impugnación.**- a través de ellas no sólo se pretende que el juez declare que la filiación legalmente determinada es inexistente, sino que deje determinada una nueva filiación al mismo tiempo.

La ventaja de la filiación determinada por sentencia firme, a diferencia de la determinada por medios extrajudiciales, es que es inimpugnable, en virtud del principio de cosa juzgada (art.764 LEC).

DISPOSICIONES COMUNES SOBRE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN.
--

Las disposiciones generales sobre las acciones de filiación, antes recogidas en los arts. 127 a 130 CC (derogados), actualmente se recogen en la LEC/2000, que regula los procesos de filiación en el Título I de su Libro IV (arts. 748 a 755). De estos preceptos podemos extraer las siguientes peculiaridades procesales de estas acciones:

- A. **Legitimación activa.**- En principio, se trata de acciones personalísimas, que no podrán ser ejercitadas por representación, sino por el propio titular de la filiación que se reclama o impugna. Como excepción a esta regla se admite que las acciones correspondientes al hijo menor de edad o incapaz las ejerciten, indistintamente, su representante legal o el Ministerio Fiscal (art. 765.1 LEC); además, en caso de conflicto de intereses con el progenitor actuará en su lugar el defensor judicial. Y también se incluye aquí al nasciturus, al que se le tiene por nacido para los efectos favorables.

Por otro lado, y también como consecuencia de su carácter personalísimo, estas acciones no se transmiten con la herencia, aunque los herederos del actor sí pueden continuar el procedimiento ya incoado por él (art. 765.2 LEC).
- B. **Legitimación pasiva.**- En las acciones de reclamación de la filiación, ésta corresponderá, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, a las personas a las que se atribuya la condición de progenitores o de hijo; y en las acciones de impugnación de la filiación, a quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos (art. 766 LEC).
- C. **Exigencia de un principio de prueba para la viabilidad de la demanda.**- Para evitar el abuso de estas acciones, con el consiguiente perjuicio para las personas y familias afectadas, se exige un principio de prueba que acredite la seriedad de la pretensión procesal como requisito de admisibilidad de la demanda (p. ej. fotos, cartas, documentos que acrediten convivencia o una relación sentimental al tiempo de la concepción), sin que ello prejuzgue la decisión final (art. 767.1 LEC).
- D. **Principio de libre investigación de la paternidad y la maternidad, y admisibilidad de toda clase de pruebas.**- En la actualidad se admiten toda clase de pruebas en los procedimientos de filiación, incluida la biológica (cuya certeza ronda el 99.73%), ya sean pruebas hematológicas o de ADN.

A este respecto, hay que destacar que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios (art. 767.4 LEC).

Asimismo, aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo (art. 767.4 LEC).

E. Posibilidad de adoptar una serie de medidas cautelares de protección del hijo durante el proceso de filiación.- durante el procedimiento en que se impugne o reclame una filiación, el Juez podrá adoptar las medidas de protección de la persona y los bienes del hijo que estime oportunas (art. 768 LEC):

1. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor (para evitar que aprovechándose de su patria potestad, perjudique su patrimonio o le dañe física o psicológicamente).
2. Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior.
3. Como regla general, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los arts. 734 a 736 LEC. No obstante, cuando concurren razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y se mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los 10 días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el tribunal lo que proceda por medio de auto. Para la adopción de las medidas cautelares en estos procesos, podrá exigirse caución a quien las solicite.

C.1. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN.

a.) Reclamación de filiación matrimonial.

Aunque lo normal es que la filiación matrimonial se determine extrajudicialmente, también puede determinarse por sentencia judicial firme en proceso civil o penal.

Los supuestos en que puede tener utilidad la reclamación de la filiación matrimonial, son básicamente aquellos en que habiendo matrimonio, no concurren los requisitos para que juegue la presunción legal de paternidad (art. 116 CC) y no ha mediado el acuerdo de los padres para determinar la filiación matrimonial del hijo (art. 118 CC); o bien, el padre ha desvirtuado la presunción de paternidad en la forma y plazo previstos en el art. 117 CC, pero la madre tiene la convicción de que la paternidad corresponde a su marido.

P. ej., si en un encuentro ocasional de un matrimonio separado, la mujer queda embarazada, pero el marido niega a reconocer la paternidad del recién nacido; la mujer, que sostiene no haber mantenido relaciones sexuales con ninguna

otra persona, podría ejercitar una acción de reclamación de filiación frente al que aún es su marido, e instar el sometimiento del mismo a una prueba de paternidad, a fin de acreditar su paternidad.

El CC distingue dos supuestos según haya habido o no posesión de estado, ya que esta circunstancia que hace cambiar la legitimación activa para el ejercicio de esta acción.

LA **POSESIÓN DE ESTADO** es la situación fáctica en la que se encuentra quien de hecho y de modo estable ostenta signos suficientes del goce de tal estado de filiación, le corresponda o no efectivamente. Es título de legitimación subsidiario para toda clase de filiación; es una circunstancia de la que depende la determinación de los legitimados para el ejercicio de las acciones de filiación; y es uno de los medios de prueba, a partir de los cuales podrá declararse la filiación "aunque no haya prueba directa de la generación o del parto" (art. 767.3 LEC). Conforme a la jurisprudencia sus elementos son: a.) el nomen o utilización del apellido del supuesto padre o madre por el hijo; b.) el tractatus o comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación dispensado por el padre/madre y/o su familia; c.) la fama o reputatio, es decir, el hecho de ser considerado socialmente en la opinión pública o el entorno social próximo a los afectados como hijo de la persona en cuestión; y d.) que esos requisitos se hayan dado de forma constante, durante cierto tiempo (SSTS 2-3-1994, 30-6-1980, 17-3-1995).

• **A.) ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN MANIFESTADA POR CONSTANTE POSESIÓN DE ESTADO (art. 131 CC).**

La **legitimación activa** corresponde a "cualquier persona con interés legítimo", porque cuando hay posesión de estado, al ser más verosímil la filiación, se amplía el número de legitimados para adecuar la filiación formal a la situación de hecho.

No lo está en principio el Ministerio Fiscal per se, sino sólo cuando actúe en representación del hijo ex art. 129 o actuando por un interés público. En cuanto a los demás, el interés legítimo puede ser moral o material, lo que puede justificar la legitimación de los que reclamen en calidad de herederos forzosos o abintestato.

No obstante, se excluye de esta extraordinaria ampliación de la legitimación los supuestos en que haya otra filiación legalmente determinada opuesta a la reclamada (acción mixta). En ellos, los legitimados son los mismos que en la acción de reclamación de filiación sin posesión de estado: padre, madre e hijo (SANCHO REBULLIDA).

Además, la posesión de estado facilita en este supuesto la declaración de la paternidad o maternidad reclamada, ya que sin perjuicio de que ésta se pueda probar por cualquier otro medio de prueba, la prueba del cumplimiento de la "posesión de estado" supone una prueba especial y muy fuerte de esa filiación. De modo que, si no se opone la parte contraria, bastará su prueba para que triunfe la acción.

• **B.) ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN SIN POSESIÓN DE ESTADO (art. 132 CC) Y LA ACCIÓN MIXTA DE RECLAMACIÓN/IMPUGNACIÓN (art. 131.2 CC).**

En este caso, sólo tienen **legitimación activa** el padre, la madre o el hijo. La acción es imprescriptible. Como excepción, si el hijo falleciere dentro de los 4 años siguientes a alcanzar la plena capacidad de obrar o dentro del año siguiente al descubrimiento de pruebas en que pueda fundar su demanda, la acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que quede para completar esos plazos.

COMO ASPECTOS COMUNES A AMBOS SUPUESTOS, hay que destacar que aunque el CC no alude a la legitimación pasiva, se afirma unánimemente que deben ser demandados necesariamente todos los sujetos de la relación de filiación que no sean parte actora (art. 15 Ley de filiación catalana; SSTs 22-7-91 y 14-5-92); así como el Ministerio Fiscal (SSTs 21-12-1989, 17-6-1992). Fallecido el legitimado pasivamente, lo estarán sus herederos (STs 19-1-1990).

b.) Reclamación judicial de la filiación no matrimonial.

· **LEGITIMACIÓN ACTIVA.**- De nuevo depende de que haya o no posesión de estado. Si hay posesión de estado está legitimada para accionar "cualquier persona", como en la filiación matrimonial (art. 131 CC).

Si no hay posesión de estado, aunque según el CC la acción sólo correspondería al hijo (art. 133), la jurisprudencia ha extendido la legitimación activa también a los progenitores. Además, si el hijo fuera menor o incapacitado podrán accionar en su nombre y representación tanto su representante legal como el Ministerio Fiscal (art. 129 CC).

Aunque la acción es imprescriptible para los implicados en la relación de filiación, si el hijo fallece antes del transcurso de 4 años desde que alcance la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que reste para completar esos plazos (art. 133.2 CC).

· **LEGITIMACIÓN PASIVA.**- Aunque el CC no dice nada al respecto, habrán de ser demandados todos los sujetos de la relación de filiación distintos al demandante (p. ej. si el padre reclama su paternidad, serán demandados tanto el hijo como la madre). Y, como en todas las acciones de filiación, será legitimado pasivo -cuando no sea actor- el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la **PRUEBA DE LA FILIACIÓN**, a falta de presunción legal en la filiación extramatrimonial, el art. 767.3 LEC dispone que se atenderá a los siguientes datos:

1. La prueba directa de la generación.- se trata de la prueba biológica positiva.
2. El reconocimiento expreso o tácito.- no es necesario en este caso un reconocimiento formal, siendo suficiente un reconocimiento expreso no solemne (p. ej. en escrito privado o ante testigos que lo acrediten), tácito (deducible de hechos concluyentes) o incidental (es decir, deducido de un acto que no tenía por objeto tal reconocimiento sino otra finalidad concreta).
3. La posesión de estado.- se trata de una cuestión de hecho que habrá de probarse en el juicio y de la que el juez podrá deducir la paternidad (vid. supra sus elementos).
4. La convivencia con la madre en la época de la concepción.- también ésta es una cuestión de hecho que habrá que acreditar a través de cualquier clase de prueba (documental, testigos, etc.). No está sujeta a plazo como ocurre en los arts. 116 y 117 CC en relación a la filiación matrimonial, pero estos podrían servir de criterio interpretativo.
5. Otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.- Con esta cláusula general de cierre se da cabida a aquellos hechos que no queden tipificados en los precedentes por faltar algún requisito (p. ej. la existencia de alguna relación sexual, sin convivencia, etc.).

C.2. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.

a.) Impugnación de la filiación matrimonial.

Sólo judicialmente podrá dejarse sin efecto la filiación matrimonial determinada conforme a Derecho, por medios extrajudiciales.

a.1.) Impugnación de la maternidad matrimonial.

Conforme al art. 139 CC, **la mujer podrá impugnar su maternidad "justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo"**. Asimismo, se impugnará la maternidad matrimonial en cualquier otro caso que otra mujer reclame la maternidad

(ej. pensemos en una madre de alquiler -práctica que es ilegal en España- que quiera recuperar a su hijo).

Los efectos del éxito de esta acción son particularmente significativos, ya que aparte de desvirtuar la filiación de la madre, llevará consigo el decaimiento de la presunción de paternidad y, por tanto, de la filiación matrimonial en su conjunto.

· **LEGITIMACIÓN ACTIVA:** aunque el art. 139 CC la ciñe a la madre, algunos autores entienden que no puede negarse la legitimación al resto de implicados en la relación de filiación -padre e hijo-, en coherencia con otros preceptos; la Ley 70 de la Compilación navarra o el art. 239 CC italiano.

LEGITIMACIÓN PASIVA: dado que la impugnación con éxito de la maternidad matrimonial comporta el derrumbamiento de toda la filiación, al apoyarse la paternidad matrimonial sobre dicha maternidad, deberán ser demandados siempre las otras dos personas implicadas en la relación que no sean parte actora (DE LA CÁMARA, GARCÍA CANTERO).

Serán **admisibles toda clase de pruebas**, incluidas las biológicas.

En cuanto al **plazo de ejercicio de esta acción**, mientras unos autores se inclinan por su imprescriptibilidad (ya que no se prevé caducidad legal), otros -como PEÑA- sugieren la aplicación analógica del plazo de caducidad del art. 140.2 CC (impugnación de maternidad no matrimonial) en aras a una mayor seguridad jurídica.

a.2.) Impugnación de la paternidad matrimonial determinada por presunción legal del 116 CC.

La acción de impugnación en este supuesto se regula en los arts. 136 y 137 CC.

LEGITIMACIÓN ACTIVA: se distinguen al respecto varios supuestos, siendo relevante en cuanto a la determinación de los legitimados para interponer esta acción, así como el plazo (caducidad) con que cuentan para ello, la existencia o no de posesión de estado:

1. En el año siguiente a la inscripción (o en su caso, desde que el marido o sus herederos conozca el nacimiento) están legitimados: el marido; sus herederos, si el marido fallece dentro de ese plazo o sin conocer el nacimiento; y, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, la madre que ostente la patria potestad o el Ministerio Fiscal.
2. En el año siguiente a que el hijo alcance la mayoría o la plena capacidad legal: el hijo; o sus herederos, si muere antes del transcurso de ese plazo.
3. Y, si faltan en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, podrán ejercitar la acción de impugnación "en cualquier tiempo", el hijo o sus herederos.

Los plazos de ejercicio de la acción son de caducidad. De modo que una vez transcurridos la filiación devendrá inatacable (aunque sea incorrecta), para proteger la estabilidad de las relaciones familiares. Sólo en relación al hijo o sus herederos, y en caso de que no haya posesión de estado, la acción es imprescriptible.

El verdadero progenitor carece de legitimación por esta vía, pudiendo impugnar la paternidad matrimonial sólo acumuladamente a su acción de reclamación de la paternidad conforme al art. 134 CC.

SE DEBERÁ PROBAR la no paternidad del marido, bien por no cohabitación marital, por infecundidad (S. 14-10-1985), mediante pruebas biológicas e, incluso, se ha llegado a estimar suficiente la prueba de cohabitación con personas distintas al marido en el período de concepción para desvirtuar la presunción legal del art. 116 CC (S. 8-7-1991).

a.3.) Impugnación de la paternidad matrimonial determinada conforme a los arts. 117, 118 y 119 CC.

En los casos de los arts. 117 (hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y, por tanto, concebidos antes del matrimonio), 118 (hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la separación legal o de hecho de los padres) y 119 CC (hijos nacidos y reconocidos como extramatrimoniales antes de la celebración del matrimonio de los padres, y que con ocasión de ésta adquieren la condición de matrimoniales), en los que hay determinación extrajudicial de la paternidad matrimonial a pesar de no jugar la presunción legal del art. 116 CC, también hay un régimen particular para la impugnación judicial de la paternidad.

El art. 138 distingue entre los casos en que la paternidad matrimonial fue determinada en base a un reconocimiento viciado por error, dolo o intimidación, y aquéllos en los que la impugnación se haga por otra causa.

1. Los reconocimientos que dieron lugar a la determinación de la filiación matrimonial (arts. 117, 118 y 119, en relación con el art. 120.1 CC) podrán ser impugnados por vicio del consentimiento conforme a lo dispuesto en el art. 141 CC.

La legitimación activa corresponderá a quien otorgó el reconocimiento sufriendo el vicio del

consentimiento, durante el año siguiente al reconocimiento o al cese del vicio de consentimiento; o a sus herederos, si aquél falleciere antes de transcurrir el año de caducidad de esta acción (art. 141 CC).

La legitimación pasiva, corresponderá en todo caso al hijo y al progenitor que no haya ejercitado la acción.

El objeto del proceso no es cuestionar la paternidad biológica, sino que es suficiente acreditar la existencia de un vicio del consentimiento (error, violencia, intimidación) que dió lugar al reconocimiento del hijo.

2. En caso de que en la causa de impugnación de la paternidad no sea un vicio del consentimiento (p. ej., el reconocimiento del hijo se llevó a cabo sin que el consentimiento estuviese viciado, pero posteriormente se descubre que el padre biológico del niño en realidad es otra persona), "la impugnación se atenderá a las normas contenidas en esta sección", es decir, a lo dispuesto en los arts. 136 y 137 CC.

b.) Impugnación de la maternidad o paternidad no matrimonial (art. 140)

Conforme al art. 140 CC (aplicable a la impugnación tanto de la paternidad, como la maternidad no matrimonial determinada extrajudicialmente), hay que diferenciar dos supuestos:

1. **Si no hay posesión de estado.**- la filiación paterna o materna podrá ser impugnada por todos aquellos a quien perjudique; sin expresión de plazo.

Se interpreta que son perjudicados no sólo quienes puedan concurrir con el supuesto hijo como herederos forzosos o abintestato, sino también los que deban compartir sus apellidos con él -abuelos, tíos, etc.- (SS. 20-1-1968, 19-4-1969).

2. **Si hay posesión de estado.**- la acción de impugnación sólo corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. Además, mientras el hijo sea menor o incapaz, podrán actuar por él su representante legal o el Ministerio Fiscal (art. 129 CC).

La acción caducará a los 4 años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. Aunque, en todo caso, los hijos también podrán ejercitarla durante el año siguiente a haber alcanzado la plena capacidad de obrar.

Además, conforme al art. 141 CC, también cabe impugnar la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento en caso de que éste se haya emitido mediando error, violencia o intimidación. La legitimación activa corresponde al reconocedor durante el año siguiente al reconocimiento o al cese del vicio de consentimiento; aunque en caso de muerte del reconocedor podrá ser ejercitada o continuada por sus herederos, durante ese mismo plazo.

Como lo que se impugna no es la certeza de la paternidad, sino la validez del reconocimiento, quedará abierta la posibilidad a los demandados de reclamar por reconvención la prueba y determinación judicial de la paternidad biológica del demandante.

C.3. ACCIÓN MIXTA DE RECLAMACIÓN-IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

Como consecuencia del principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias, consagrado en el art. 113.2 CC ("no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria"), **cuando pretenda reclamarse la (verdadera) filiación de una persona que ya tiene otra legalmente determinada, será preciso impugnar previa o simultáneamente, a través de una acción mixta de reclamación e impugnación, la filiación ya determinada legal y extrajudicialmente.**

Recordemos que si la filiación contradictoria a la que se pretende se hubiera determinado por sentencia firme, será

inimpugnable en virtud del principio de cosa juzgada (aún cuando sea errónea).

El régimen de la acción mixta será el propio de las acciones de reclamación de la filiación, conforme a lo dispuesto en el art. 134 CC (vid. supra, arts. 131 a 133 CC).

C.4. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN EN PROCESO PENAL.

Por último, conviene añadir que **la filiación no sólo puede quedar determinada en sentencia firme dictada en un procedimiento civil de filiación, sino también con ocasión de un procedimiento penal por agresión sexual, a raíz de la cual la mujer agredida concibió y dió a luz a un hijo.**

Así lo determina el art. 193 CP, conforme al cual "en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos". En coherencia con lo cual, el art. 190 RRC dispone que la filiación declarada en la sentencia penal será inscribible en el Registro Civil.



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

5. 4. La filiación por adopción

LECCIÓN 6.

LA FILIACIÓN Y SUS CLASES.

4. LA FILIACIÓN POR ADOPCIÓN.

A. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.

CONCEPTO

La **filiación adoptiva es aquella que tiene lugar, sin base biológica, en virtud de un acto jurídico (art. 108 CC). Si bien, una vez constituida, da lugar a una relación jurídica paterno-filial, con los mismos efectos que la de origen biológico.**

RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico actual de la adopción se contiene en los arts. 175 a 180 CC, reformados por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, que modificó la regulación preexistente de la adopción, basando su regulación actual en los principios de integración familiar y beneficio del adoptado.

- **El principio de integración familiar**, se traduce en la reserva de la adopción a quienes realmente necesitan integrarse en una unidad familiar, distinta a la biológica o de origen: los menores de edad. De modo que sólo en casos excepcionales cabrá adoptar a un mayor de edad (vid. infra).
- **El principio de primacía del interés del menor** tiene su reflejo en varios extremos de la regulación de la adopción. Básicamente, en la necesidad de contar con el consentimiento del propio menor, a partir de los 12 años, para la válida constitución de su adopción o acogimiento; en el hecho de que la adopción haya dejado de ser un simple negocio privado entre los adoptantes y los progenitores por naturaleza, al margen del control público, procurándose en la actualidad con carácter prioritario la adecuada selección de los adoptantes de forma objetiva. Este principio también se refleja en la atribución a instituciones públicas o privadas que colaboren con ellas, casi en exclusiva, la elaboración de las propuestas de adopción y, en

todo caso, la colocación de los niños en régimen de acogimiento familiar, con lo que se contribuye a la supresión de intermediarios poco fiables, bien o mal intencionados.

Además, esta reforma se aprovechó para regular otras formas de protección de menores e incapaces, en particular, "la guarda y el acogimiento de menores" que se encuentre en situación de desamparo -arts. 172 a 174 CC- (de ellas nos ocuparemos en la Lección 11^a). La regulación de la adopción también fue reformada por la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, sobre todo en su aspecto procedimental y en lo que se refiere a la adopción internacional. Todo ello, al objeto de mejorar la protección jurídica de los menores y adecuar la legislación española a los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por España (de un lado, la Convención e Derechos del Niño de 1989 y, de otro, el Convenio de la Haya, de 1993, sobre cooperación en materia de adopción internacional).

Hay que añadir que algunas Comunidades Autónomas tenían Derecho histórico sobre adopción que recogieron en sus Compilaciones y luego han desarrollado con normas autonómicas (ex art. 149.1.8 CE). Es el caso de Cataluña, Navarra y Aragón.

El resto de las Comunidades Autónomas, en base a la posibilidad de asumir competencias en materia de asistencia social en sus Estatutos de Autonomía (art. 148.1.20 CE) tienen normas administrativas en materia de protección de menores o atención a la infancia y la adolescencia (cfr., en particular, el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre acogimiento familiar y adopción de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía).

B. CAPACIDAD PARA ADOPTAR Y SER ADOPTADO.

CAPACIDAD PARA ADOPTAR (art. 175.1 CC)

Podrán ser adoptantes los mayores de 25 años. En la adopción por ambos cónyuges (o por los miembros de una pareja de hecho) basta que uno de ellos tenga esa edad. Pero, en uno y otro caso, **el adoptante deberá tener además 14 años más que el adoptando.**

El CC no prevé una edad máxima para adoptar, aunque el juez está facultado para denegar la aprobación de una adopción, cuando en atención a la edad del adoptante no la estime conveniente a los intereses del adoptando. Además, **el art. 18 Decreto 282/2002 de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía**, antes citado, **limita la adopción a que la diferencia de edad entre el adoptando y los adoptantes no sea de más de 42 años, salvo en los supuestos especiales del art. 18** (vid.).

CAPACIDAD PARA SER ADOPTADO (art. 175.2 CC)

Como regla general, sólo pueden ser adoptados los menores de edad no emancipados.

Como excepción, cabe adoptar a un mayor de edad o un menor emancipado cuando inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia (p. ej., por haber ostentado su tutela o guarda), iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los 14 años (ej. un tío que se ha hecho cargo de los hijos de un hermano fallecido en accidente como tutor, puede posteriormente adoptarlos).

Además, **el art. 175.3 CC prohíbe adoptar:**

1. a un descendiente (ej. nunca un abuelo a un nieto);
2. a un pariente de segundo grado en línea colateral por consanguinidad o afinidad (p. ej., el hermano mayor no puede adoptar a sus hermanos menores al quedar huérfanos todos ellos. Sí un tío a un sobrino, porque son parientes de tercer grado);
3. a un pupilo su tutor, mientras no haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

C. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN (art. 176 CC).

Conforme al art. 176.1 CC: **"La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad".**

De aquí se deduce que, desde la reforma de 1987, la adopción no es un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza. La adopción se constituye por resolución judicial, aunque ésta requiere como presupuestos procesales unos consentimientos; sin los que no se puede constituir la adopción, aunque su existencia no vincule al juez.

INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE DE ADOPCIÓN

El expediente de jurisdicción voluntaria de **constitución de la adopción se puede iniciar de dos formas distintas:**

A. Como regla general, mediante propuesta de la entidad pública con declaración de idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (art. 176.2 CC).

En la propuesta se indicarán: las condiciones personales, familiares, sociales y medios de vida del adoptante/s seleccionado/s, y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados; el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, si ha de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando.

B. Como excepción, se dispensa de la propuesta de la entidad pública, iniciándose el expediente de adopción mediante instancia de quien quiere adoptar en los casos del art. 176.2 CC. Esto es, cuando en el adoptando concorra alguna de estas circunstancias:

1. ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad;
2. ser hijo del consorte del adoptante;
3. llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo;
4. ser mayor de edad o menor emancipado.

Además, en los tres primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiera prestado ya ante el juez su consentimiento (art. 176.3 CC). Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento.

ELEMENTO VOLITIVO NECESARIO PARA FORMALIZAR LA ADOPCIÓN (ART. 177)

Antes de la reforma de 1987, el eje de la adopción lo constituía el consentimiento de las partes; sin embargo, tras dicha reforma su consentimiento ha pasado a ser simple presupuesto procesal de la decisión del juez, que ha pasado a ser lo esencial, haciendo perder a la adopción su carácter y naturaleza negocial.

La regulación vigente, distingue en relación al elemento volitivo tres supuestos, en atención a su origen y necesidad:

a. En primer lugar, es necesaria la concurrencia de ciertos "CONSENTIMIENTOS", como requisito sine qua non de validez de la resolución judicial de adopción (sin ellos, sería nula); aunque su concurrencia no es vinculante para el juez, que a pesar de ellos podrá denegar la constitución de la adopción solicitada.

Las personas que han de consentir la adopción, en presencia del juez, son **el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de 12 años** (art. 177.1 CC). Es decir, los sujetos que formarán parte de la relación jurídica de filiación resultante de la adopción.

b. En segundo lugar, son necesarios ciertos "ASENTIMIENTOS". Son declaraciones de voluntad similares al consentimiento, pero emitidas por personas que no van a ser parte en la relación jurídica de

filiación adoptiva. En coherencia con ella, su exigencia es más flexible, permitiéndose su ausencia en los casos señalados en el CC.

Las personas que deben asentir la adopción en la forma establecida en la LEC son (art. 177.2 CC):

1. **el cónyuge del adoptante (si no es también adoptante)**, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente;
2. **los padres del adoptando que no se hallare emancipado**, a menos que estuvieran privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para tal privación. Además, en el caso de la madre, no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto (a fin de darle un plazo de reflexión).

No será necesario el asentimiento cuando quienes deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

En cuanto a la forma de prestar el asentimiento, se admite que lo hagan antes de la propuesta de adopción (ante la correspondiente entidad o formalizado en documento público) o bien en presencia del juez. En el primer caso, es caducable (si la propuesta no se presenta ante el juez en el plazo de 6 meses), aunque renovable; así como revocable antes de su presentación ante la autoridad judicial.

- c. **Finalmente, en algunos supuestos, deberán "SER OÍDOS POR EL JUEZ"** simplemente (es decir, no será necesario que muestren su conformidad con la adopción, sino que expresen su opinión o punto de vista con respecto a la misma), determinadas personas (art. 177.3 CC):

1. **Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción** (STC 143/1990, 26 septiembre)
2. **El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores de hecho**
3. **El adoptando menor de 12 años, si tuviere suficiente juicio**
4. **La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante**, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

APROBACIÓN JUDICIAL. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Finalmente, **cumplidos todos estos requisitos y si el juez lo estima conveniente en interés del adoptando y en atención a la idoneidad de los adoptantes, dictará un auto declarando constituida la adopción**. Esta resolución judicial **deberá contener todos los datos necesarios para su inscripción en el Registro Civil**, al margen de la inscripción de nacimiento.

D. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.

La adopción **hace surgir una relación jurídica de filiación, cuyo contenido y efectos son los mismos que la filiación biológica (art. 108 CC)**.

Además, **como efecto peculiar, la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior -ya fuera biológica o adoptiva-** (art. 178.1 CC); salvo para lo relativo a los impedimentos matrimoniales (art. 178.3 CC) y a excepción de los supuestos recogidos en el art. 178.2 CC:

1. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido
2. Cuando uno sólo de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de 12 años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir (a pesar de la literalidad del CC, se interpreta que también cabe esta posibilidad cuando el adoptando sea menor de 12 años, sin que en tal caso sea necesario su consentimiento -SANCHO REBULLIDA-).

Por otro lado, la ruptura de los vínculos jurídicos con su familia anterior es compatible con la sucesiva determinación de la paternidad o maternidad biológica antes desconocida, pero sin que la determinación de la filiación biológica posterior a la adopción otorgue vínculos jurídicos; excepción hecha de lo relativo a los impedimentos matrimoniales (art. 180.4 CC) y del supuesto en que se determine la filiación de un progenitor de sexo distinto al adoptante y se solicite por ambos, y en su caso por el adoptado mayor de 12 años, el establecimiento de vínculos familiares con éste, junto a los del adoptante (178.2.2º CC).

EXCLUSIÓN DE EFECTOS DE LA ADOPCIÓN (art. 179 CC)

Es posible excluir los efectos de la adopción, sin extinguir la relación adoptiva, mediante resolución judicial firme, dictada a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordando que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes o en sus herencias (art. 179.1 CC). Se trata de una medida análoga a la dispuesta en los arts. 111 y 170 con respecto a la filiación biológica; que determina la exclusión unilateral de los efectos de la filiación (en este caso adoptiva), ya que se priva al adoptante de derechos frente al adoptado, pero se dejan subsistentes los derechos de éste frente al adoptante.

Una vez alcanzada la plena capacidad por el adoptado, y durante los dos años siguientes a ese momento, la anterior exclusión de efectos de la adopción sólo podrá pedirla él mismo (art. 179.2 CC).

Estas restricciones podrán dejar de producir efecto por determinación el propio hijo, una vez alcanzada la plena capacidad. Facultad que no se sujeta a plazo (art. 179.3 CC).

E. INEFICACIA Y EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

La adopción crea un *status familiae* irrevocable, que no cesa por muerte de los sujetos interesados (el adoptado sigue siendo hijo adoptivo del adoptante incluso tras la muerte de éste, o tras su propia muerte).

La adopción sólo se extingue en los siguientes supuestos:

1. Por constitución de una **nueva adopción**, tras la muerte del adoptante o la exclusión de sus funciones (art. 175.4 CC).
2. Por **resolución judicial, dictada a petición del padre o madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el art. 177 CC**; siempre que la demanda se interponga dentro de los 2 años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (art. 180.2 CC).

No obstante, la extinción de la adopción no determina la pérdida de la nacionalidad o vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente adquiridos (art. 180.3 CC).

F. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993.

Cada vez es más frecuente la adopción internacional, entendiéndose como tal el **supuesto en que el adoptado es trasladado desde su Estado de residencia al Estado de residencia de los adoptantes, con ocasión del establecimiento de la relación adoptiva; o adoptantes y adoptado tienen distinta nacionalidad.**

Los países más desarrollados recurren cada vez más a la adopción de niños de países en vías de desarrollo o que han atravesado o están atravesando graves crisis políticas y económicas, no sólo por lógicas razones demográficas (ya que en dichos países la tasa de natalidad es mayor que en los países más desarrollados), sino también porque las mayores dificultades sociales, económicas y políticas de tales países se reflejan en el incremento de niños susceptibles de adopción (por abandono, renuncia o muerte de sus padres).

Los países que actualmente reciben más solicitudes de adopción internacional para familias españolas son Rumania, Rusia,

China, Colombia, Ucrania, India, Bulgaria y Perú (datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, publicados en el periódico El País, el 18 de julio de 2001).

PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Al igual que en la adopción estatal, el principal principio informador es el de salvaguardar el "interés superior del niño". Lo cual se traduce fundamentalmente, "en concebir la adopción como la búsqueda de una familia para un niño, más que un niño para una familia" (ADROHER BIOSCA y ASSIEGO CRUZ).

Partiendo de este principio, hay que destacar los siguientes (art. 21 Convención de Derechos del Niño de 1989):

- **Principio de subsidiariedad:** sólo debe acudir a la adopción internacional cuando el niño no pueda ser "entregado a una familia adoptiva de su país de origen o atendido adecuadamente en dicho país".
- **Principio de control público.-** la adopción deberá ser constituida por autoridades competentes, a fin de evitar el tráfico ilegal de menores. Por esta misma razón se prohíbe que la adopción internacional dé lugar a beneficios financieros indebidos.
- **Principio de consentimiento.-** los padres o tutores del menor deberán haber dado su consentimiento a la adopción con conocimiento de causa, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario. Principio de equivalencia de garantías.- los Estados "velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen".
- **Principio de cooperación internacional.-** los Estados deben cooperar en esta materia a través de acuerdos internacionales. El más significativo es el Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (ratificado por España el 5 de noviembre de 2001).
- **Principio de respeto de la identidad personal del niño.-** se deberá prestar especial atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Asimismo, está comprobado que a partir de ciertas edades el cambio del nombre propio del niño puede ocasionar problemas psicológicos de identidad.

PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

El procedimiento previsto en el Convenio de la Haya, que en la práctica española se está adoptando con carácter general, **se inicia con la SOLICITUD DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE LOS FUTUROS ADOPTANTES, dirigida a la Autoridad Central competente en esta materia en el territorio de su residencia habitual.**

Acto seguido, las Autoridades competentes del Estado de recepción (en España, estas competencias corresponden a las Comunidades Autónomas), **inscriben a los solicitantes en el registro de familias solicitantes de adopción internacional y inician los trámites de COMPROBACIÓN DE SU IDONEIDAD Y APTITUD**, y de que han recibido un correcto asesoramiento; y también constatarán que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir en dicho Estado.

Si la Autoridad autonómica competente emite un certificado de idoneidad, la Autoridad competente en materia de adopción internacional del Estado de recepción elabora un INFORME QUE ENVÍA A LA AUTORIDAD CENTRAL DE ESTADO DE ORIGEN DEL NIÑO.

A partir de aquí se inicia otra fase del proceso de adopción, que tendrá lugar en el país de origen del menor. En primer lugar, la AUTORIDAD CENTRAL DEL PAÍS DE ORIGEN PREPARA UN INFORME SOBRE EL NIÑO QUE A SU JUICIO DEBE SER PREASIGNADO, garantizando la subsidiariedad de la adopción internacional. En dicho informe se indicará su identidad, adoptabilidad, medio social, evolución personal y familiar, historia médica personal y familiar; las condiciones de educación, étnicas, religiosas y culturales del menor; y comprobará que los consentimientos necesarios de personas, autoridades o instituciones se han prestado

correctamente (básicamente, que no ha existido compensación económica, que la madre ha dado el consentimiento después del nacimiento del niño, que el consentimiento es libre y está emitido por escrito, y que se conocen las consecuencias del mismo -arts. 4 y 16).

Tras esta inicial preasignación del niño por parte de la Autoridad Central de su país, se informa a la Autoridad competente del Estado de residencia de los adoptantes, para que den traslado del informe a éstos, para que manifiesten su ACEPTACIÓN O NO ACEPTACIÓN de la asignación del menor.

· **Si los futuros adoptantes manifiesta su conformidad, LAS AUTORIDADES CENTRALES ACORDARÁN QUE SE SIGA EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN, dependiendo los trámites siguientes del país de origen del menor:** en unos casos, la adopción será constituida ante la Autoridad extranjera y posteriormente reconocida en España; y, en otros casos, menos frecuentes, la adopción internacional se constituirá ante el Cónsul español en el país de origen del niño, o en España ante Juez español. Y, finalmente, se inscribirá en el Registro Civil.

Finalmente, cabe destacar que la adopción internacional, al igual que la nacional es irrevocable. De modo que **en caso de que fracase y no haya una correcta adaptación entre adoptantes y adoptado** (comenzando a producirse ya casos en España), **el menor será tratado igual que cualquier menor nacional.** En este supuesto, tan sólo cabrá privar de patria potestad a los adoptantes, declarar al menor en situación de desamparo y atribuir su tutela a la entidad pública autonómica correspondiente, hasta que se consiga su acogimiento por una familia o una nueva adopción, que ya se registrará por las normas del CC (vid. Lección 11). **Como única peculiaridad de este supuesto, hay que destacar que el Convenio de la Haya prevé la posibilidad en estos supuestos, como último recurso (es decir, si no se ha conseguido dar en adopción o acogimiento al menor), de "asegurar el retorno al Estado de origen si así lo exige su interés".**



Lecturas y enlaces de interés

<http://www.juntadeandalucia.es/asuntossociales>

<http://www.adopcion.org/nacional.asp>

http://www.mju.es/guia_adopcion.html

<http://www.adecop.org/portada.htm>

http://www.iin.oea.org/lecturas_sugeridas_doc_Derechos_del_Nino.pdf

<http://elmundosalud.elmundo.es/elmundosalud/2003/06/19/medicina/1056020068.html>

<http://www.fluvium.org/textos/documentacion/fam19.htm>

<http://www.gaybarcelona.net/actualidad/022002/pediatras.htm>



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

7. 1. La patria potestad. Concepto y régimen jurídico

LECCIÓN 7.

LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: LA PATRIA POTESTAD.

1. LA PATRIA POTESTAD: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

CONCEPTO

Una vez constatada la filiación de un niño (es decir, determinada legalmente la identidad de sus padres o al menos de uno de ellos -ya se trate de padres biológicos o de padres adoptivos), y durante su minoría de edad y hasta que tenga lugar su emancipación (por alcanzar la mayoría de edad o por alguna otra de las causas establecidas en el CC), el Derecho encomienda a los padres la protección del menor, a través de la institución de la patria potestad.

La patria potestad es, por tanto, la **PRIMERA Y PRIORITARIA FORMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD.** Sólo en su defecto (bien porque no existan o se desconozca la identidad de los padres, bien porque hayan sido privados de esta función por alguna de las causas que la Ley prevé para esta sanción), se adoptarán otras medidas de protección jurídica del menor.

RÉGIMEN JURÍDICO

La patria potestad se regula en los **arts. 154 y siguientes del CC**, los cuales han sido objeto de varias reformas.

La reforma más importante fue la llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, a fin de actualizar su regulación y adecuarla

a los arts. 14 y 39.3 CE.

En coherencia con el art. 14 CE, se termina con la discriminación que suponía para la madre la atribución en exclusiva de la patria potestad al padre. Sólo en su defecto (por no estar determinada la paternidad, por imposibilidad para ejercer sus funciones o por fallecimiento) la patria potestad se atribuía a aquélla. Frente a ello, a partir de 1981 la patria potestad se configura como función dual y compartida del padre y de la madre.

En segundo lugar, y en coherencia con el art. 39.3 CE ("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"), se acentúa el carácter tuitivo o de officium que ya en el CC tenía esta institución (sin perjuicio de algún residuo romano, como el usufructo paterno sobre los bienes de los hijos); y se erige en principio básico el respeto a la personalidad del hijo. Así, el art. 154 CC dispone que "la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad".

Por otro lado, se acentúa la intervención y vigilancia del Juez del recto ejercicio por los padres de la patria potestad, a fin de velar por la salvaguarda del interés superior del hijo. La intervención del Juez podrá tener lugar de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal (art. 158 CC).

Además, se introdujeron importantes novedades como la prórroga de la patria potestad de los padres sobre los hijos incapacitados, al llegar éstos a la mayor edad; y la rehabilitación de la patria potestad, cuando la incapacitación del hijo soltero y que convive con sus padres tiene lugar después de su mayor edad (art. 171 CC).

Tal vez, la única objeción que cabría hacer a esta reforma es la utilización de numerosos conceptos abstractos, pensando en introducir una mayor flexibilidad y mayor arbitrio judicial, que en ocasiones pueden producir cierta inseguridad jurídica.

En cuanto a las **reformas posteriores**, la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor, modificó el art. 158 CC para reforzar la presencia judicial en el control de esta institución; estableciendo la posibilidad de que actúe de oficio en todo procedimiento (civil, penal o de jurisdicción voluntaria) que afecte directa o indirectamente a un menor sometido a patria potestad.

SUJETOS

Por lo que se refiere a los sujetos de la patria potestad:

a.) De un lado, y desde 1981, **sus titulares son ambos progenitores** (art. 154 CC).

Aunque, para evitar rigideces y dificultades en el ejercicio de la patria potestad, no se exige que éste sea conjunto o mancomunado (es decir, no se exige la necesaria actuación de ambos progenitores, en todo y para todo). Por el contrario, se trata de una potestad de titularidad conjunta, pero ejercicio solidario, ya que conforme al art. 156 CC "la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro". Añadiendo que "serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situación de urgente necesidad".

b.) De otro, **están sujetos a la patria potestad los hijos menores de edad no emancipados** (art. 154 CC) y, como excepción, los hijos mayores de edad incapacitados, que sean solteros y convivan con los padres (art. 171 CC).



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

8. 2. Distinción entre titularidad, ejercicio y atribución de la guarda custodia

LECCIÓN 7.

LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: LA PATRIA POTESTAD.

2. DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD, EJERCICIO Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Como regla general la titularidad de la patria potestad, corresponde conjuntamente a ambos progenitores (art. 154 CC).

También su ejercicio se presume, en principio, conjunto. Concretamente, el art. 156, párrafo 3º CC, señala que "respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro".

Esto es importante porque, como regla general, el acto realizado por uno sólo de los progenitores, sin el consentimiento del otro (o cuyo contenido no se corresponda con el consentimiento prestado) podrá ser anulado por el progenitor que no prestó su consentimiento, por aplicación analógica de los art. 1322 CC y 1301 CC (SEISDEDOS).

Sentada estas premisas, conviene señalar que **en supuestos excepcionales, bien la titularidad de la patria potestad, bien tan sólo su ejercicio (sin afectar a la titularidad conjunta) corresponde a uno sólo de los padres**. De modo que los actos realizados por uno sólo de ellos, en ejercicio de la patria potestad, son plenamente válidos y no anulables. Veamos cuáles son esos supuestos:

A. SUPUESTOS DE TITULARIDAD Y EJERCICIO CONJUNTO, EN LOS QUE ACTÚA UNO SÓLO DE LOS PADRES VÁLIDAMENTE

a.) ACTUACIÓN INDIVIDUAL, CON CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO DEL PROGENITOR NO ACTUANTE.- Se trata de la manifestación del carácter solidario (y no mancomunado) del ejercicio de la patria potestad, y tiene como consecuencia el hecho de que a efectos jurídicos el acto realizado por uno de los padres con el consentimiento del otro se considere como conjunto y, por tanto, plenamente válido.

La determinación de cuando nos encontramos en este supuesto no planteará problemas cuando el progenitor no actuante haya

expresado su consentimiento de forma expresa, al acto en cuestión.

Las dudas se plantean a la hora de determinar cuándo hay consentimiento "tácito" del progenitor no actuante.

A este respecto, la doctrina entiende como consentimiento tácito aquél que "se deduce por la vía del razonamiento lógico de los actos o conducta del progenitor no actuante, de la reiteración de un mismo acto por un progenitor sin oposición del otro, o del a aceptación, por no oposición, de éste" (LACRUZ BERDEJO).

Frente al silencio del CC, el art. 139 Código de Derecho de Familia de Cataluña dispone con más detalle que: "Salvo que la autoridad judicial lo disponga de otro modo, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza, para variar el domicilio del hijo o hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual y para disponer de su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias. Se entiende tácitamente conferido el consentimiento una vez transcurrido el plazo de treinta días desde la notificación que se realice con la finalidad de obtenerlo sin que el padre o la madre que no ejerce la potestad no plantee el desacuerdo, conforme a lo establecido en el artículo 138".

b.) ACTUACIÓN INDIVIDUAL, DE CONFORMIDAD AL USO SOCIAL Y LAS CIRCUNSTANCIAS.- Esta excepción tiene su lógica en el hecho de que el legislador es consciente que exigir en términos absolutos la actuación conjunta de ambos progenitores sería irrealizable. Por lo que admite el ejercicio exclusivo por uno sólo de los padres de los actos ordinarios de la vida social: p. ej., dar dinero al menor para que se compre ropa; autorizarle a salir al cine con un amigo, etc. Aunque esta excepción deberá interpretarse de forma restrictiva (SERRANO ALONSO).

c.) ACTUACIÓN INDIVIDUAL EN SITUACIÓN DE URGENTE NECESIDAD.- Al igual que el supuesto anterior, el supuesto de hecho de esta excepción a la actuación conjunta de ambos padres está indeterminado; y, por tanto, en caso de controversia entre los padres, corresponderá decidir si se daba la situación de urgencia a la autoridad judicial.

En cualquier caso, este supuesto también debe ser interpretado de forma restrictiva, ciñéndolo a aquellos supuestos en que no sea posible esperar a recabar el consentimiento de uno de los padres sin grave perjuicio para la persona o los bienes del menor.

P. ej., así ocurriría si en caso de accidente están graves uno de los progenitores y el menor, y hay que decidir la realización de una intervención quirúrgica al menor.

d.) ATRIBUCIÓN JUDICIAL DE LA FACULTAD DE DECIDIR A UNO DE LOS PROGENITORES.- La titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad presentan el inconveniente del riesgo de desacuerdo entre los cotitulares. Para solucionar este problema, el art. 156 CC dispone que "en caso de desacuerdo (no reiterado y no entorpecedor del ejercicio de la patria potestad), cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio y en todo caso si fuere mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre". Ello en relación al objeto de la controversia en cuestión, y sin perjuicio de que para el resto de actos y decisiones permanezca el ejercicio dual de la patria potestad.

Se observa, pues, que el juez es el competente para dirimir los conflictos entre los titulares de la patria potestad, sin más requisitos que oírlos y en su caso al hijo. La resolución del juez carece de recurso; pero no versa sobre el fondo de la cuestión, sino sobre la atribución de la facultad de decidir a uno de los padres.>/p<

e.) SUPUESTO EN QUE UNO DE LOS PROGENITORES TIENE UN INTERÉS OPUESTO AL DEL HIJO EN ALGÚN ASUNTO.- En caso de que haya un conflicto de intereses en algún asunto entre el hijo y uno sólo de los padres, el art. 163 CC atribuye al otro progenitor, por Ley y sin necesidad de especial nombramiento, la representación del menor o el complemento de su capacidad. Pero, si el conflicto de intereses se diera con ambos padres, deberá nombrarse al menor un defensor judicial (vid. lección 11ª).

B. SUPUESTOS DE TITULARIDAD CONJUNTA DE LA PATRIA POTESTAD, PERO ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO A UNO SÓLO DE LOS PADRES.

Hay otra serie de supuestos en los que la actuación individual de uno de los padres, no es que sea válida, sino que es la única posible; por habérsele atribuido a él en exclusiva el ejercicio de la patria potestad, como excepción a su ejercicio conjunto.

a.) EN CASO DE QUE LOS PROGENITORES VIVAN SEPARADOS.- Cuando los padres del menor no conviven, bien porque se trata de una filiación no matrimonial en la que los padres no viven juntos, bien porque los padres se han separado (judicialmente o de hecho) o divorciado, conforme al art. 156, párrafo 5º, CC la patria potestad la ejercerá el progenitor con quien conviva el menor. No obstante, a instancia fundada del otro progenitor, el Juez podrá disponer que la patria potestad se ejerza conjuntamente o distribuir su ejercicio entre ambos padres. Aunque de aquí se deduce que lo que no cabe, en ningún caso, es atribuir el íntegro ejercicio de la patria potestad al progenitor no convivente.

Este precepto se completa con el art. 159 CC que señala que en caso de desacuerdo de los cónyuges, será el Juez quien decida el progenitor a cuyo cuidado quedarán los hijos menores de edad; medida que se adoptará previa audiencia de los hijos mayores de doce años y, en su caso, de los que sin alcanzar esta edad tuvieran suficiente juicio.

b.) EN CASO DE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL EJERCICIO A UNO DE LOS PADRES.- Cuando los desacuerdos de los padres en el ejercicio de la patria potestad sean reiterados o concurra cualquier otra circunstancia que entorpezca gravemente el ejercicio conjunto de la patria potestad, el Juez podrá atribuir su ejercicio total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Aunque esta medida será temporal: se prolongará durante el tiempo fijado por el Juez, que no podrá nunca exceder de dos años (art. 156, párrafo 2º, CC).

c.) EN CASO DE AUSENCIA (LATU SENSU), INCAPACIDAD O IMPOSIBILIDAD DE UNO DE LOS PADRES.- El art. 156, párrafo 4º, CC dispone que en estos supuestos la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro progenitor, por imperativo legal (p. ej., uno de los progenitores está en estado de coma).

En caso de que el otro progenitor reaparezca o recupere su capacidad, el ejercicio de la patria potestad volverá a ser conjunto de

manera automática.

C. SUPUESTOS DE TITULARIDAD Y EJERCICIO INDIVIDUAL DE LA PATRIA POTESTAD.

a.) DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN SÓLO RESPECTO DE UNO DE LOS PROGENITORES.- En los supuestos en los que sólo se haya determinado legalmente la maternidad o la paternidad, o se haya adoptado al menor por una sola persona, tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad corresponderán en exclusiva a ese progenitor.

b.) EN CASO DE EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD A UNO DE LOS PROGENITORES.- Si uno de los progenitores, como sanción, es privado de la patria potestad con respecto a sus hijos, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial (cfr. arts. 170, 111 y 92 CC); la titularidad y el ejercicio de la misma recaerán exclusivamente sobre el otro progenitor.

No obstante, no podemos olvidar que en los casos de exclusión de la patria potestad, subsisten respecto del progenitor una serie de deberes para con el hijo; derivados no de la patria potestad, sino de la relación jurídica de filiación. En particular, la obligación de velar por el hijo y prestarle alimentos, así como el derecho a relacionarse con él, salvo que se le prive de este derecho por resolución judicial (cfr. arts. 111 in fine y 160 CC).

c.) EN CASO DE EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DE UNO DE LOS PROGENITORES.- Si la patria potestad se extinguiera respecto de uno de los progenitores, por muerte o declaración de fallecimiento del mismo, la titularidad y el ejercicio de la misma recaerán sobre el progenitor sobreviviente.



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

9. 3. El contenido de la patria potestad

LECCIÓN 7.

LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: LA PATRIA POTESTAD.

3. EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

El contenido de la patria potestad se recoge, en síntesis, en los arts. 154 y 155 CC. El primero señala que la patria potestad atribuye a los padres los siguientes deberes y facultades: 1º) el de velar por los hijos sometidos a ella, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2º) el de representarlos y administrar sus bienes.

A su vez, el art. 155 CC atribuye a los hijos la obligación de obediencia y respeto a sus padres, así como la de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

Centrándonos en los **deberes y facultades de los padres**, cabe hacer las siguientes puntualizaciones sobre los mismos:

a.) El deber de velar por los hijos.- se trata de un concepto jurídico indeterminado que viene entendiéndose como la generalización de los deberes paternos a los que a continuación alude separadamente el art. 154 CC.

b.) El derecho y deber de tener en su compañía a los hijos.- Como señala LACRUZ "la compañía es algo más que la inmediatez física la identidad de techo; entraña una comunicación afectiva e intelectual y, respecto de los padres, exige buen ejemplo y cariño ambiental". Por lo que es compatible con separaciones físicas transitorias, justificadas por razón de enfermedad, estudios, vacaciones, etc., siempre que sean acordadas o consentidas y compensadas con el mantenimiento de la comunicación por otros medios.

El incumplimiento de este deber por uno o ambos padres, además de poder ser motivo de pérdida de la patria potestad (art. 170 CC), puede llegar a ser constitutivo de un delito de abandono de familia (vid. Lección 13ª).

c.) El deber de alimentos.- En cuanto al deber de alimentos que recae sobre los padres hay que distinguir dos supuestos: de un lado, el deber de alimentos que imperativamente existe con respecto a los hijos menores de edad; y de otro, el deber de alimentos que eventualmente podrá existir frente a los hijos mayores de edad o menores emancipados, en caso de que éstos se encuentren en estado de necesidad y los padres tengan medios económicos suficientes para atender dicha necesidad, sin merma de su propia subsistencia (arts. 142 y ss.).

El deber de alimentos que tienen los padres frente a los hijos menores de edad no se ciñe a los casos en que sea necesario para salvaguardar su subsistencia; y subsiste aún cuando el progenitor haya sido privado de la patria potestad (art. 111 CC); o cuando a raíz de la nulidad, separación o divorcio de los progenitores, uno de ellos no conviva con los hijos comunes (art. 92 CC).

Es más, el art. 158.1º CC faculta al Juez para acordar, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, "las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres".

Además, el incumplimiento del deber de alimentos está sancionado penalmente y puede ser causa de la privación de la patria potestad (vid. Lección 13ª).

d.) El deber de educar y procurar una formación integral de los hijos.- deberá ejercitarse siempre de conformidad con la personalidad del menor (art. 154 CC). La cual deberá tenerse tanto más en cuenta, cuanto mayor sea el menor (art. 162.2.1 CC).

e.) La representación legal de los hijos.- En la medida en que los menores de edad, con carácter general, carecen de capacidad de obrar, deberán actuar por ellos otras personas: sus representantes legales. No obstante, como vimos en la lección 4ª, el alcance de la

representación legal no es absoluto. Conforme al art. 162 CC se exceptúan de la representación paterna:

1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

f.) La **administración de los bienes de los hijos**. - En principio, corresponde legalmente a los padres administrar los bienes de sus hijos, con la misma diligencia que si fueran propios y debiendo de cumplir ciertas cautelas para garantizar los derechos del menor (arts. 167 y 168 CC). No obstante, se excluyen de la administración de los padres los bienes recogidos en el art. 164 CC:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa.
2. Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad.
3. Los que el hijo mayor de 16 años haya adquirido con su trabajo e industria. Estos serán administrados por el propio hijo, aunque para los actos que excedan de la administración ordinaria necesitarán el consentimiento de los padres.



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

10. 4. Extinción y pérdida de la patria potestad

LECCIÓN 7.

LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: LA PATRIA POTESTAD.

4. EXTINCIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Tiene lugar en aquellos supuestos en que el ordenamiento jurídico considera que uno o ambos de los progenitores deben de ser privados de la patria potestad sobre sus hijos.

Los supuestos en que ello puede tener lugar son los siguientes:

- a. **Por adopción del hijo** (art. 169.3 CC).- como sabemos, la adopción determina la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia anterior y, por tanto, también de la patria potestad de sus padres originarios. sin perjuicio de que ahora la ostenten sus padres adoptivos.
- b. **Como sanción y, sobre todo, medida de protección del hijo**, "el padre o la madre pueden 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 criminal o matrimonial" (art. 170 CC).

En particular, así ocurrirá cuando el progenitor haya sido condenado penalmente por atentar contra la libertad sexual de sus hijos ("a causa de las relaciones a que obedezca la generación") o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición (art. 111 CC). Así como cuando infrinja los deberes que legalmente le competen respecto a sus hijos, tales como el de prestarles alimentos o tenerlos en su compañía. No obstante, "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" (art. 170 in fine CC).

LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

A diferencia de los supuestos anteriores, la extinción de la patria potestad tiene lugar en los casos en que aquélla desaparece definitivamente del mundo jurídico, tanto para el hijo como para los padres.

La extinción de la patria potestad tendrá lugar por imperativo legal, de forma automática, en los supuestos del art. 169 CC:

1. Por la **muerte o declaración de fallecimiento** de los padres o del hijo.
2. Por la **emancipación** (ya sea por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por alguna otra de las causas legalmente establecidas).
3. Por la **adopción del hijo**.



Lecturas recomendadas

Sentencia del Tribunal Supremo de 23-9-2002

<http://www.juntadeandalucia.es>



Ver actividades

Autora: María del Carmen García Garnica

12. 1. Consideraciones generales

LECCIÓN 8.

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

1. CONSIDERACIONES GENERALES: EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO, EL PRINCIPIO DEL FAVOR FILII, EL CONTROL JUDICIAL Y LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

El objeto de esta Lección es analizar cómo incide en las relaciones entre padres e hijos (y, por tanto, en la protección jurídica de los éstos legalmente encomendada a los padres a través de la patria potestad) la ruptura de la relación de pareja de los progenitores, ya estuvieran unidos en matrimonio, ya se tratara de una pareja de hecho estable; y qué medidas existen para que dicha ruptura sea lo menos traumática posible para los hijos e incida lo menos posible en el cumplimiento de los deberes que ambos padres tienen sobre los hijos comunes, al margen de que convivan o no con ellos.

Es evidente que **la separación de los padres afectará a la relación de ambos con los hijos**. Pues, a partir de ese momento los deberes de los padres de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, administrar sus bienes y representarles legalmente, no se podrán ejercer conjuntamente o, al menos, no de forma pacífica.

Llegados a este punto, y a fin de que los hijos menores no sean utilizados ante la crisis de los padres como "moneda de cambio", el

Derecho debe intervenir para salvaguardar en todo momento tanto el interés superior del menor, como el cumplimiento de los derechos y deberes que legalmente corresponden a ambos progenitores sobre los hijos. Para ello, el CC dispone toda una serie de medidas, inspiradas en los siguientes principios:

- a. en primer lugar y ante todo, cualquier medida que se adopte en relación a los hijos deberá atender al **principio del interés superior del menor**.
- b. en segundo lugar, y en coherencia con lo anterior, **el menor deberá ser oído** antes de adoptar cualquier decisión que afecte a su persona, desde que tenga suficiente juicio para emitir su opinión, y en todo caso si es mayor de doce años.
- c. en tercer lugar, las medidas adoptadas en relación a los hijos, así como su cumplimiento, estarán bajo la **salvaguarda de los Tribunales y del Ministerio Fiscal**.

Esto presupuesto, a continuación veremos como incide la crisis de los padres en una serie de cuestiones elementales: en el ejercicio de la patria potestad; en la guarda y custodia de los hijos menores de edad; en el derecho-deber de todo padre de relacionarse con sus hijos; en la forma de contribuir a los alimentos de los hijos menores de edad; y en la atribución de la vivienda familiar.

Autora: María del Carmen García Garnica

13. 2. Titularidad y ejercicio de la patria-potestad (remisión)

LECCIÓN 8.

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

2. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA-POTESTAD (REMISIÓN)

En principio, **la crisis matrimonial de los padres no tiene porqué incidir en la titularidad de la patria potestad**.

De modo que ésta seguirá siendo conjunta, salvo que con ocasión del procedimiento matrimonial o de otro procedimiento judicial paralelo se constate un incumplimiento grave y reiterado de los deberes derivados de la patria potestad por parte de uno o ambos cónyuges, determinando que se le/s prive de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad (así podrá ocurrir, p. ej., en caso de abandono de familia por alguno de ellos, existencia de malos tratos o agresiones sexuales a los hijos, incapacidad para asumir los deberes que entraña la patria potestad debidos a enfermedad o drogadicción, et).

No obstante, aun cuando la ruptura de la pareja no incida en la titularidad de la patria potestad, **sí incidirá en la atribución de su ejercicio** (Lección 7ª). En principio, éste se atribuirá en exclusiva al progenitor al que se le atribuya la convivencia de los hijos. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (art. 156, párrafo 5º CC).



Ver actividades



Realizar los ejercicios de autoevaluación del módulo III

Autora: María del Carmen García Garnica

14. 3. Atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad

LECCIÓN 8.

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

3. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

Es evidente que, una vez separados los padres, **los hijos no podrán convivir simultánea y permanentemente con ambos progenitores.**

Por ello, una de las primeras cuestiones que **ha de decidirse** en relación a los hijos, ante la crisis matrimonial o de pareja de los padres, es **con cuál de ellos convivirán los hijos menores de edad** (a cuál se le atribuye la guarda y custodia). Ya que de esta decisión depende, en gran medida, el contenido del resto de las medidas que se adopten (atribución de la vivienda familiar, régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, contribución por éste a los alimentos de los hijos, et. De entrada, y como acabamos de destacar, es al progenitor custodio al que corresponderá en principio (salvo que los padres o el Juez acuerden otra cosa) el ejercicio de la patria potestad. Lo cual resulta lógico, toda vez que este progenitor estará en mejores condiciones para adoptar las decisiones referentes al menor, que el no conviviente.

A este respecto, hay que destacar que este punto es uno en los que -para variar- el discriminado tradicionalmente ha sido el hombre, ya que el CC disponía que le guarda y custodia de los hijos menores de 7 años se atribuiría en todo caso a la madre. En la actualidad, por el contrario, y en virtud del principio de igualdad, la custodia de los hijos menores de edad podrá atribuirse indistintamente al padre o a la madre (si bien es cierto que aún hoy se sigue apreciando cierta inercia a favor de las madres).

En coherencia con ello, encontramos en la jurisprudencia ejemplos de atribución al padre de la guarda y custodia de los hijos menores de edad: en un supuesto en el que la madre abandonó el domicilio familiar para trasladarse con su compañero sentimental a otra ciudad (SAP Barcelona 20-3-1998); por encontrarse la madre afectada de una enfermedad mental de carácter crónico, irreversible y progresiva (SAP Barcelona 12-4-1999); por antecedentes psicopatológicos de la madre (SAP Barcelona 13-9-1999).

En todo caso, la decisión de con cuál de los progenitores deben convivir los hijos menores de edad se confía, en primer lugar, a los propios padres. Pero, si éstos no llegan a un acuerdo, será el Juez quien decidirá, siempre conforme al criterio del beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad; para lo cual, el Juez podrá oír a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años (art. 159 CC).

Aunque la resolución judicial no ha de basarse necesariamente en los deseos de los hijos, máxime si por ser de corta edad no aportan fundamentos razonables acerca de sus preferencias, ni sobre la conveniencia de estar con uno u otro progenitor (SSAP Barcelona 4-3-2000, 2-4-1998); lo normal es tener su voluntad tanto más en consideración cuanto más próxima es su edad a la mayoría de edad, aproximadamente desde los quince o dieciséis años, por presuponerseles ya un raciocinio y conocimiento suficiente para valorar las circunstancias de hábitat que les sean más favorables (SAP Barcelona 5-10-1999).

Los únicos **criterios orientativos** a la hora de adoptar la decisión judicial relativa a la atribución de la guarda y custodia de los menores que recoge el CC son:

- a. De un lado, el indeterminado de **atender al interés superior del menor**. Lo que impondrá atender a sus preferencias, en la medida de lo posible; intentar no alejar al menor del entorno en el que éste integrado afectiva y socialmente; atender a las circunstancias personales de cada uno de los padres (de estabilidad familiar, laboral, económica, psicológica, et.

En definitiva, primará el mantenimiento del niño en el "núcleo familiar más idóneo" para su desarrollo personal. Se procurará que no tenga carencias afectivas o materiales graves; que su situación sea de normalidad; y no cambiar el statu quo, que supone una situación consolidada y favorable, por la simple mejoría de la situación del progenitor no custodio.

- b. Por otro, lado, el párrafo 4º del art. 92 CC dispone que **se procurará no separar a los hermanos**. Aunque esta exigencia no es imperativa o de obligado cumplimiento. Así, por ejemplo, el hecho de que el hijo mayor elija irse con uno de los progenitores, no implica que necesariamente la custodia de los demás hijos se atribuya al mismo. Pero, en tal caso se procurará que los hermanos pasen juntos los periodos vacacionales (SSAP Barcelona 22-1-1998, 4-10-1999).

El régimen de guarda y custodia inicialmente adoptado es susceptible de modificación, a petición del hijo o del progenitor no

custodio, siempre que sea fundada y no caprichosa.

A este respecto, hay que destacar que, en principio, si la situación de hecho es positiva para el menor, la mejora de la situación (de salud, sentimental, económica, et del otro progenitor no será suficiente para el cambio del régimen de guarda y custodia. Ello, porque prima ante todo el interés del menor, para el cual normalmente es más favorable la permanencia en la situación consolidada, ambiental, social y afectivamente; siempre que no sea perjudicial.

No obstante, podemos encontrar en la jurisprudencia casos típicos de cambio de la atribución de la custodia como los siguientes: cuando el progenitor al que se le atribuyó en un principio la guarda y custodia de los hijos está afectado por continuas depresiones a raíz de la ruptura de su relación (SAP Barcelona 4-3-1998); cuando los hijos sienten rechazo a una nueva relación sentimental entablada por el progenitor custodio (AAP Barcelona 27-5-1998); cuando el progenitor custodio hace constantes delegaciones de sus deberes en los abuelos, con graves incumplimientos en las funciones de vigilancia, atención y cuidado de los hijos (SAP Barcelona 3-6-1998); cuando los continuos cambios de residencia, por motivos laborales, del progenitor custodio provoquen inestabilidad en el menor y en su rendimiento escolar (SAP Barcelona 18-5-1999); como sanción al progenitor custodio que entorpece o incumple reiteradamente el régimen de visitas establecidas en favor del otro progenitor (SAP Barcelona 10-6-1999).



Ver actividades



Realizar los ejercicios de autoevaluación del módulo III

Autora: María del Carmen García Garnica

15. 4. Regimen de visitas: pactos usuales

LECCIÓN 8.

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

4. RÉGIMEN DE VISITAS: PACTOS USUALES

El art. 160 CC dispone que "el padre y la madre, 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".

A través de este derecho, se trata de salvaguardar el derecho-deber de los padres de convivir con el menor, a fin de mantener y desarrollar una adecuada relación de afectividad entre ellos.

Por esta razón, una vez rota la convivencia de los progenitores **se ha de establecer un régimen de visitas a favor del progenitor al que no se le haya atribuido la custodia de los hijos menores de edad** (art. 94 CC).

Sólo **excepcionalmente el progenitor no custodio podrá ser privado de este derecho**.

A este respecto, el art. 160 CC añade que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados", así como que en caso de oposición a las mismas "el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias".

P. ej. la SAP Barcelona 13-7-1998, en el caso de una menor que, con 14 años, sólo conocía al padre por fotografía, estimó que no procedía fijar a favor de éste un régimen de visitas mientras no demostrada interés por la hija en ejecución de sentencia, previendo que en tal caso su fijación sería de forma progresiva; en otros casos el rechazo mostrado por los hijos en informes psicológicos ha llevado a estimar desaconsejable imponerle coactivamente un régimen de visitas, que podría ocasionar un rechazo irreversible a la figura del padre (SAP Barcelona 30-9-1999).

También **excepcionalmente cabe la suspensión del régimen establecido**, cuando por circunstancias sobrevenidas se considere conveniente para apartar al hijo de un peligro o evitarle perjuicios (cfr. art. 94 in fine CC).

P. ej., por peligro de secuestro del hijo, como medida cautelar; por incoación de una causa criminal por presunto delito de agresión sexual del padre a una de las hijas; por el carácter violento del padre, condenado penalmente por agredir a la madre; por circunstancias que determinen que se considere perjudicial para el desarrollo personal del menor; la relación conflictiva con el hijo (cfr. SSAP Barcelona 24-2-1998; 26-4-1999; 22-9-1999; 6-5-1999).

Finalmente, **en casos excepcionales se puede adoptar un régimen especial de visitas**.

De un lado, durante los primeros años de vida del niño, pueden restringirse las visitas o establecerse un régimen de visitas sin pernocta, por no estimarse convenientes para un niño de tan corta edad los cambios de domicilio (SSAP Barcelona 12-6-1998; 16-3-1999).

Por otro lado, en caso de que la convivencia del hijo con el padre no custodio entrañe algún peligro se puede adoptar un régimen de visitas controlado y vigilado; en particular, a través de los denominados "Puntos de Encuentro Familiares", lugares acondicionados para llevar a cabo las visitas de los padres en supuestos conflictivos.

P. ej., ello puede ser oportuno en caso de que el padre adolezca de alguna patología psicológica, con alteraciones de personalidad y trastornos depresivos, que aconsejen establecer un régimen de visitas restringido y controlado para evitar riesgos a los hijos menores de edad; cuando hay antecedentes o riesgo de malos tratos o abusos sexuales contra el hijo; para evitar que el padre tenga que recoger o entregar a los hijos en el domicilio en el que viven habitualmente con la madre, e incluso para procurar que desconozca su ubicación, en casos de antecedentes de malos tratos o amenazas contra la madre; etc. (SSAP Barcelona 12-2-1998; 22-7-1998; 9-3-1999).

Finalmente, **cuando los hijos ya son adolescentes, es posible fijar un régimen de visitas flexible o libre**, previo acuerdo de padres e hijos (SAP Barcelona 13-7-1998).

Pero dejando a un lado los supuestos especiales (de privación, suspensión o control de las visitas), **en la generalidad de los casos los caracteres del régimen de visitas son los siguientes.**

En primer lugar, *la fijación del régimen de visitas se encomienda a los propios padres*, en el Convenio Regulador (art. 90.A CC).

Aunque la validez del acuerdo de los padres está supeditada a la aprobación del Juez, que sólo la otorgará si los pactos alcanzados no son dañinos para los hijos ni gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90 párrafo 2º CC).

Si los padres no llegan a un acuerdo (o el alcanzado no es aprobado), el régimen de visitas lo fijará el Juez de forma discrecional, conforme a las circunstancias de cada caso concreto, aunque motivando las causas de su mayor o menor extensión.

En todo caso, lo usual es atribuir al progenitor no custodio la visita del menor los fines de semana alternos durante todo el año; y la mitad de los períodos vacacionales.

Generalmente, previendo que unos años el primer período corresponderá a un progenitor, y al año siguiente a la inversa; o atribuyendo la facultad de elegir el período vacacional alternamente a los progenitores.

La recogida y entrega de los hijos suele hacerse en el domicilio familiar habitual de los mismos, salvo cuando medien circunstancias conflictivas. Aunque cuando los padres viven en lugares distantes (p. ej. distintas provincias), se puede prever que uno recoja al niño al principio del período de visita y el otro lo recoja al término de la misma, a fin de repartir los viajes.

Con estos parámetros, un ejemplo de cláusula usual de un Convenio Regulador es el siguiente: "Se fija un régimen de visitas a favor del padre los fines de semana, alternos, desde el viernes a las dieciocho horas hasta el domingo a las veinte horas, y la mitad de las vacaciones escolares, debiendo los hijos ser recogidos y entregados en la casa de la esposa, correspondiendo el primer plazo, los años pares al padre y los impares a la madre".



Ver actividades



Realizar los ejercicios de autoevaluación del módulo III

Autora: María del Carmen García Garnica

16. 5. La pensión alimenticia de los hijos

LECCIÓN 8.

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

5. LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS: OBLIGACIÓN DE AMBOS PROGENITORES DE CONTRIBUIR AL MANTENIMIENTO DEL HIJO. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS ¿HASTA CUÁNDO?

Los deberes con respecto a los hijos son independientes de la situación de crisis de los padres (art. 92, párrafo 1º CC), ya que dependen de la relación paterno-filial. Aunque lógicamente aquella situación interferirá en la forma en que se lleve a cabo su cumplimiento.

La obligación de prestar alimentos a los hijos compete a ambos progenitores. Lo que ocurre es que, en principio, se entiende que el progenitor custodio cumple con esta obligación con el hecho de tener al hijo en su compañía. Sin embargo, el progenitor no custodio deberá satisfacer a tal fin una pensión alimenticia, es decir, una suma periódica de dinero en este concepto. Su cuantía la fijarán de común acuerdo los progenitores (art. 90.C) o, en su defecto, el Juez.

Cuantía de la pensión y forma de pago:

- a. Aunque los alimentos engloban una pluralidad de conceptos, relativos todos ellos a las necesidades básicas de la persona (sustento, habitación, vestido, atención sanitaria, educación), la pensión se

concretará en una suma unitaria y no en atención a cada una de esas partidas; y se satisfará en 12 mensualidades, al margen de los periodos de visitas, en que los hijos estén en compañía del progenitor obligado a su pago. Todo ello, a fin de evitar discusiones sobre su cálculo y devengo.

En todo caso, la pensión de alimentos a favor de los hijos se fijará con independencia de la que corresponda, en su caso, satisfacer al cónyuge; aunque no se tiene que fijar individualizadamente para cada hijo menor.

- b. Su cuantía será actualizable, de forma periódica. Normalmente, conforme al Índice de Precios al Consumo (IPC) y, en su caso, conforme a las variaciones de los ingresos del obligado a satisfacer esta pensión.
- c. Los gastos extraordinarios, se satisfarán con independencia de ella.
- d. La pensión de alimentos se satisfará por meses anticipados y el Juez podrá establecer las medidas convenientes para asegurar su efectividad (p. ej., ordenar el embargo de la parte correspondiente del sueldo del padre). Además, su incumplimiento está sancionado penalmente (Lección 13ª).

La EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS establecida en favor de los hijos podrá tener lugar:

- a. **Por imposibilidad económica del alimentante.**- No obstante, la jurisprudencia es muy rigurosa en la apreciación de esta causa de extinción de la pensión de alimentos, cuando el alimentista es un hijo menor de edad. Por ello, son habituales en la jurisprudencia afirmaciones tales como la de que "la pensión alimenticia de los hijos menores de edad debe ser fijada en todo caso, aunque no se acredite la existencia de una fuente de ingresos del progenitor o aunque carezca de medios", "la pensión de los hijos menores es de ineludible fijación y cumplimiento", basta en alguna sentencia que el padre "se encuentre en edad de trabajar y no tenga imposibilidad física para ello".

No obstante, podrá reducirse su cuantía en caso de dificultad económica del obligado al pago. Si bien, la jurisprudencia no suele aplicar tal reducción cuando el cambio de circunstancias económicas ha sido voluntario (p. ej., en caso de cambio voluntario a peor empleo).

Es discutido si merece esta sanción la formación de un nuevo núcleo familiar o la adquisición de nuevas cargas familiares (p. ej. por nacimiento de un nuevo hijo). Entendiéndose, al menos, que no es causa automática de reducción de la cuantía de la pensión.

- b. **Por cambio de las circunstancias económicas del alimentista (del hijo).**- En caso de que el hijo perciba ingresos, si es mayor de edad normalmente se extinguirá, o al menos se suspenderá, el pago de la pensión de alimentos.

No obstante, siendo el hijo menor de edad, la jurisprudencia declara "de ineludible fijación y cumplimiento" la obligación de alimentos; afirmándose que el deber de alimentos derivado de la patria potestad no está supeditado al estado de necesidad del alimentista, como ocurre con el genérico deber

de alimentos entre parientes de los arts. 142 y siguientes del Cc.

Así, p. ej, encontramos sentencias en las que se ha negado la posibilidad de eximir al padre de esta obligación por tener la hija menor de edad las necesidades cubiertas con los ingresos que percibía de las rentas del patrimonio que le fue cedido por los propios progenitores, ni en atención a la percepción por el hijo menor de edad de una pensión asistencial en atención a su minusvalía; o de una beca de estudios.

Aunque, lógicamente, estas circunstancias se tendrán en cuenta en la fijación de la cuantía de la pensión.

- c. **La mayoría de edad del hijo**, con la consiguiente extinción de la patria potestad, **no es causa per se de extinción de la pensión alimenticia** a cargo del cónyuge no convivente. No obstante, lo que sí cambiará en este caso es el fundamento jurídico de esta obligación, que ya no será un deber derivado de la patria potestad (art. 154.1 CC), sino una manifestación del deber de alimentos entre parientes consagrado en los arts. 142 y siguientes CC.

Ahora bien, el hijo mayor perderá la pensión en caso de que deje de convivir en el domicilio familiar; si percibe ingresos de su trabajo, incluso aunque continúe estudiando; o por contraer matrimonio.

Los Tribunales también consideran causa de extinción de la pensión del hijo mayor de edad, el que éste haya acabado su formación y no tenga impedimento alguno para trabajar, aún cuando aún no tenga empleo; así como el que no intente encontrar trabajo, a pesar de estar cualificado para ello.

Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime en cuanto a la posibilidad de extinguir la pensión del hijo mayor de edad que prolonga excesivamente sus estudios y su consiguiente independencia, debido a su falta de rendimiento escolar.

Su INCUMPLIMIENTO tiene diversas consecuencias jurídicas:

- a. De un lado, es **causa legal para la separación contenciosa** (v. gr., así lo dispone la SAP Barcelona 26-7-1999) y, en la medida en que entrañe una violación grave y reiterada de los deberes del padre respecto de los hijos, puede entrañar la pérdida de la patria potestad sobre los mismos (art. 170 CC).
- b. Por otro lado, el incumplimiento del deber de alimentos es **sancionable penalmente** (arts. 226 a 228 CP, dentro del título dedicado a los "Delitos contra los deberes familiares").

En particular, el art. 227 dispone que "1. El que dejare de pagar durante 2 meses consecutivos o 4 meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos en favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana.

2.- Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier prestación económica

establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado. anterior. 3.- La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas". Por su parte, el art. 228 CP señala que estos delitos en principio sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; pero cuando el agraviado sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

 Ver actividades

 Realizar los ejercicios de autoevaluación del módulo III

Autora: María del Carmen García Garnica

17. 6. Atribucion de la vivienda

LECCIÓN 8.

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

6. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA

En cuanto a la adjudicación de la vivienda familiar a uno de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho tras su ruptura hay que distinguir, de un lado, la atribución de la propiedad de la misma; y de otro, la atribución de su uso, que es independiente de lo anterior.

Lo primero, dependerá de la liquidación del régimen económico de la pareja; lo segundo, dependerá normalmente, de las posibilidades económicas del cónyuge no propietario de disponer de otra vivienda (art. 96, párrafo 3º CC).

Ahora bien, en caso de que haya hijos implicados en la ruptura -y sobre todo, si son menores de edad-, la atribución del uso de la vivienda se hace, con carácter general, en consideración a ellos, y no a las circunstancias de los progenitores, "al considerarse el suyo el interés más digno de protección". De modo que, **con carácter general, el uso de la vivienda familiar se atribuirá a los hijos y, por ende, al progenitor al que se le atribuya la custodia de los mismos** (art. 96, párrafo 1º CC; SSAP Barcelona 30-6-1998 y 12-1-1999).

No obstante, no se trata de una norma imperativa. El art. 96 CC admite que los progenitores acuerden otra cosa (siempre bajo el control del Juez); y en ningún caso esta norma legitimará el abuso de derecho. Por lo que si en el caso concreto el cónyuge custodio tiene resueltas la necesidad de vivienda, podrá atribuirse el uso del domicilio familiar al no custodio.

 Ver actividades

 Realizar los ejercicios de autoevaluación del módulo III

Autora: María del Carmen García Garnica

18. 7. Derechos del menor de 16 años

LECCIÓN 8.

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

7. POSIBILIDAD DEL MENOR DE MÁS DE 16 AÑOS DE PEDIR LA EMANCIPACIÓN A LOS PADRES O AL JUEZ EN

CASO DE CRISIS DE SUS PROGENITORES O CIRCUNSTANCIAS QUE ENTORPEZCAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Llegados a este punto, sabemos que en caso de crisis de la pareja, lo normal (salvo casos excepcionales de malos tratos, abusos físicos, abandono, et es que los hijos menores de edad sigan sujetos a la patria potestad de ambos, aunque su ejercicio tenga que adaptarse a la separación física de los padres, mediante la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores y el establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

No obstante, es evidente que este régimen puede dificultar el ejercicio de la patria potestad y ser fuente de tensiones y desacuerdos a este respecto. En coherencia con ello, hay que recordar que desde los 16 años el menor puede pedir la emancipación, y por consiguiente la extinción de la patria potestad, pasando a regir su persona y sus bienes como un mayor de edad con las excepciones del art. 323 del CC, tanto a sus padres como a la autoridad judicial.

Por tanto, el menor puede lograr la emancipación de una de estas dos formas:

- a. **Por concesión de los padres.** - es decir el menor puede solicitar a sus progenitores que le emancipen. Si estos están de acuerdo, podrán formalizar la concesión de la emancipación, bien ante Notario en escritura pública, que deberán inscribir en el Registro Civil; o bien mediante comparecencia ante el propio Juez encargado del Registro Civil (arts. 317 CC y 176 RRC)
- b. **Por concesión judicial.** - aún cuando los padres no estén conformes con la solicitud del menor, éste puede solicitar y conseguir la emancipación por resolución judicial (previa audiencia de los padres), en los siguientes casos: a) cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta al otro progenitor; cuando los padres vivieren separados; cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad (art. 320 CC).

En ambos casos, para que la emancipación sea eficaz frente a terceros, **deberá inscribirse en el Registro Civil.**



Ver actividades



Realizar los ejercicios de autoevaluación del módulo III

Autora: María del Carmen García Garnica

2. 1. La sustracción de menores por sus padres: medidas civiles y penales

LECCIÓN 12.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

1. LA SUSTRACCIÓN DE MENORES POR SUS PADRES: MEDIDAS CIVILES Y PENALES.

En los casos de crisis familiar de los padres (ruptura del matrimonio o de la pareja de hecho) no es infrecuente que el progenitor que se ve privado de la guarda y custodia de los hijos menores de edad pretenda llevárselos consigo, incumpliendo el régimen de guarda y custodia y visitas pactado por los padres o establecido por el Juez. Este problema es lo que se conoce como sustracción de menores por su progenitor.

Recientemente, a través de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CP y el CC, en materia de sustracción de menores, se ha dado una respuesta específica a este problema en nuestro Derecho.

De un lado, esta Ley ha introducido **en el ámbito civil, una serie de medidas cautelares, a fin de prevenir la sustracción del menor.** Tales medidas son las siguientes (art. 103.1 CC):

1. **Prohibición de salida del menor del territorio nacional**, salvo autorización judicial previa.
2. **Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo**, si ya lo tuviera.
3. **Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.**

Además se prevé que estas medidas podrán ser adoptadas por el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal (art. 158.3 CC).

A su vez, **si estas medidas preventivas no surtieran efecto, se sancionará penalmente la sustracción del menor** (art. 225 bis CP).

- El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor **será castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad** por tiempo de 4 a 10 años.
También se le sancionará con estas penas si induce al menor a infringir el régimen de custodia establecido judicial o administrativamente (art. 224 CC).
- No obstante, **se exime de pena al sustractor que comunique el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente el cuidado del menor, dentro de las 24 horas siguientes a la sustracción, con el compromiso de restituir al menor inmediatamente; o cuando la sustracción no haya durado más de 24 horas.**
- **Si la restitución se realiza dentro de los 15 días siguientes a la sustracción** la pena de prisión será tan sólo de 6 meses a 2 años.
- Por el contrario, **cuando el menor se haya trasladado al extranjero o fuese exigida alguna condición para su restitución** la pena de prisión será aplicada en su mitad superior.
- Se sancionará igualmente a los ascendientes (ej. abuelos) y parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que lleven a cabo la sustracción del menor.

Autora: María del Carmen García Garnica

3. 2. Especial consideración a la sustracción internacional de menores

LECCIÓN 12.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. MEDIDAS A ADOPTAR PARA EL RETORNO DEL MENOR SUSTRÁIDO.

Se denomina sustracción internacional de menores o secuestro internacional, a los supuestos en los que el progenitor que no tiene atribuida la custodia de sus hijos menores (o que teme que no se le atribuirá) traslada al menor a otro país contra la voluntad del otro progenitor.

En la práctica, este tipo de sustracción es muy frecuente en los casos de ruptura de matrimonios de distinta nacionalidad.

Como hemos señalado antes, la LO 9/2002 introduce en el CC medidas cautelares para evitar este supuesto (privación al menor del pasaporte y prohibición de salir del territorio nacional); y, en caso de que éstas no sean efectivas, prevé que la pena aplicable por sustracción de menores se aplicará en su mitad superior (art. 225 bis.3 CP).

No obstante, el mayor problema que plantea este supuesto es, a menudo, la dificultad de descubrir donde se encuentran el progenitor y el menor sustraído. Ya que desconociendo su paradero, los mecanismos jurídicos existentes para intentar el retorno del menor serán inútiles.

En cualquier caso, **los instrumentos más eficaces contra los traslados ilícitos de menores al extranjero son los Tratados internacionales.**

De los suscritos por España hay que destacar tres: el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de su custodia (1980), y el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores (1997).

Centrándonos en el Convenio de la Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hay que destacar que este convenio, desde el convencimiento de los efectos perjudiciales que podría ocasionar al menor su traslado o retención ilícita (al alterar su equilibrio vital, es decir, las condiciones afectivas, sociales, etc., que rodean su vida), **prevé una serie de mecanismos para garantizar su inmediata restitución al Estado en el que tuviera su residencia habitual y para asegurar que los derechos de custodia y visita vigentes uno de los Estados partes sean respetados en los demás (art. 1); y si la sustracción del menor aún no se ha producido, pero existe el peligro de que tenga lugar, prevé medidas para prevenirla.** Todo ello, a través de la colaboración entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados partes, coordinada y canalizada a través de una Autoridad central en cada Estado.

Es importante destacar que el ámbito de aplicación del Convenio se ciñe a los menores de 16 años, por entender que a partir de esa edad el menor ya tiene una voluntad propia que no puede desconocerse ni por los padres, ni por las autoridades.

El procedimiento para lograr la restitución del menor es el siguiente

- a.) **Toda persona o institución que sostenga que un menor ha sido objeto de sustracción internacional, con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad central de la residencia habitual del menor o de cualquier otro Estado parte, para que con su asistencia se garantice la restitución del menor.**
- b.) **La solicitud de restitución del menor debe informar de los siguientes extremos:** identidad del demandante, del menor y de la persona que lo haya sustraído; la fecha de nacimiento del menor; los motivos en que legitiman al demandante para reclamar la restitución del menor; toda la información disponible sobre la nueva localización del menor y la persona con la que se supone que está; certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado de residencia habitual del menor (el modelo normalizado de solicitud puede consultarse en la web del Ministerio de Justicia).

- c.) **Cuando la Autoridad central española reciba una solicitud de restitución de un menor que tenía su residencia habitual en España**, y haya sido trasladado ilícitamente a otro Estado parte del Convenio, **remitirá la solicitud de restitución del menor a la Autoridad central de ese Estado. Si el menor ha sido trasladado ilícitamente a España desde otro Estado, el procedimiento a seguir para la restitución del menor desde España, es un procedimiento de urgencia**, caracterizado por los principios de flexibilidad y rapidez; regulado en los arts. 1901 a 1909 LEC/1881 (introducidos por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor). Este procedimiento **se tramitará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se encuentre el menor, con intervención del Ministerio Fiscal**. El Juez requerirá al sustractor, en el plazo de 24 horas desde que reciba la solicitud de restitución del menor, para que comparezca y restituya al menor al titular de su custodia. En los 6 días siguientes:

Si el sustractor comparece y accede a la restitución voluntaria del menor. - termina el procedimiento por auto, ordenando la entrega del menor al titular del derecho de custodia.

· *Si el sustractor no comparece.* - en los 5 días siguientes, el Juez dictará las medidas provisionales en relación al menor que estime convenientes; y resolverá si procede o no la restitución, atendiendo al interés del menor y si se da alguna de las causas que dispone para ello el Convenio.

Si el sustractor comparece, pero se opone a la restitución voluntaria. - La oposición deberá fundarse en las causas de denegación contempladas en el Convenio de la Haya; y el Juez deberá resolver, oídos los interesados y el Ministerio Fiscal y practicadas en su caso las pruebas pertinentes, si procede o no la resolución.

En los dos últimos supuestos, surge un interrogante: **¿cuáles son las causas de oposición a la restitución del menor admitidas en el Convenio de la Haya?**

Si al comenzarse el procedimiento de restitución el menor lleva sustraído menos de un año. - el Juez deberá ordenar la restitución inmediata del menor, salvo -en interés del menor- en los siguientes supuestos:

- a.) **cuando se demuestre que la persona que reclama al menor no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia** en el momento en que el menor fue trasladado, o consintió el traslado;
- b.) **cuando exista un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico;**
- c.) **cuando el propio menor, que haya alcanzado una edad y un grado de madurez adecuados para tener en cuenta su opinión, se oponga a su restitución;**
- d.) **cuando la restitución resulte contraria a los principios fundamentales del Estado en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales** (art. 13).

Si al comenzarse el procedimiento de restitución el menor lleva sustraído más de un año, cabe oponerse a la restitución **demostrando su integración en el nuevo medio** (art. 12).

En cualquier caso, contra el auto dictado por el Juez acordando o no la restitución del menor sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días.

Y cuando el Juez acuerde la restitución del menor, se conderá a la persona que trasladó o retuvo al menor al pago de las costas del procedimiento, así como de los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.



Lecturas y enlaces de interés

<http://www.derecho-familia.com/secciones/secuestros>

<http://www.seas.df.gov.br>

Autora: María del Carmen García Garnica

5. 1. Introducción a la protección Penal del menor

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR.

Aunque la protección jurídica del menor compete fundamentalmente al Derecho Civil (ya que esta rama del Derecho es la que regula las distintas instituciones de protección del menor: patria potestad, tutela, curatela, guarda, etc.; así como su capacidad de obrar y sus derechos de la personalidad); **el estudio de la protección "jurídica" del menor no estaría completo sin hacer referencia a la protección que dispensan al menor y a sus derechos las normas penales.**

En efecto, **la infracción de los deberes derivados de las relaciones paterno filiales (así como de las demás instituciones de protección del menor)** con respecto a la protección, custodia, alimentación y cuidado del menor de edad, **aparte de sus consecuencias jurídico privadas, ya estudiadas** (suspensión o privación de la patria potestad; pérdida del derecho de alimentos y de derechos hereditarios frente al hijo; suspensión del régimen de visitas; privación de la guarda y custodia del menor; etc.), **es sancionada penalmente.**

Más concretamente, el CP vigente (aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre; BOE 24-11-1995), dedica dentro del Libro II (Delitos y sus penas), el Título XII a los delitos contra las relaciones familiares (arts. 217 a 233). Y, dentro de él, el Capítulo III a "Los delitos contra los derechos y deberes familiares" (art. 223-233):

- Sección 1ª: Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio (arts. 223-224)
- Sección 2ª.- De la sustracción de menores (arts. 225-255 bis) -ya estudiada en la Lección 12ª-.
- Sección 2ª.- Del abandono de familia, menores o incapaces (arts. 226 a 233)

Autora: María del Carmen García Garnica

6. 2. Delitos contra los derechos y deberes familiares

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

2. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES.

Dejando a un lado la "sustracción de menores" (de la que nos hemos ocupado específicamente, en la Lección 12ª), el CP tipifica como delitos las siguientes infracciones de derechos y deberes familiares:

A. EL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA Y LA INDUCCIÓN DE MENORES AL ABANDONO DEL DOMICILIO.

Conforme al art. 223 CP, **el que teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando sea requerido por ellos**, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, sin perjuicio de que los hechos constituyan un delito más grave.

Conforme al art. 224 CP, **el que induzca a un menor o incapaz a abandonar el domicilio familiar, o el lugar donde resida con el consentimiento de sus padres, tutores o guardadores**, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años. Esta misma pena, se aplicará **al padre que induzca al menor a incumplir el régimen de custodia establecido por una autoridad judicial** (p. ej. en caso de separación de los padres) **o administrativa** (p. ej., en caso de que la Administración haya acordado la tutela administrativa del menor y su acogimiento familiar o residencial).

B. EL ABANDONO DE FAMILIA, MENORES O INCAPACES.

Conforme al art. 226 CP, **el que deje de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar** (p. ej., en caso de que se declare la situación de desamparo del menor sujeto a una de estas formas de protección) **o de prestar los alimentos entre parientes establecidos por los arts. 142 y siguientes del CC**, será castigado con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana; así como con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar entre 4 a 10 años, si el Juez lo estima conveniente.

Conforme al art. 227 CP, **el impago de la pensión de alimentos u otra prestación económica establecida en favor de sus hijos**, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de su matrimonio, o en proceso de filiación o de alimentos a favor de sus hijos, durante 2 meses consecutivos o 4 meses no consecutivos, será castigado con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana. Ello, sin perjuicio de la obligación de abonar las sumas adeudadas y reparar los daños causados.

El art. 228 CP añade que cuando la víctima de los delitos anteriores sea un menor de edad (un incapaz o una persona desvalida) no sólo serán perseguibles por la denuncia de su representante legal, sino también por denuncia del Ministerio Fiscal.

Conforme al art. 229 CP, **el abandono de un menor de edad por parte de la persona encargada de su guarda**, será castigado con la pena de prisión de 1 a 2 años. Si el abandono fuera realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de 18 meses a 3 años. Y la pena de prisión será de 2 a 4 años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como correspondiera si constituyera otro delito más grave.

No obstante, se aplicarán las penas inferiores en grado a las anteriores, cuando el abandono haya sido meramente temporal (art. 230 CP).

Conforme al art. 231 CP, **cuando los que tengan a su cargo la crianza o educación de un menor, lo entreguen a un tercero o a un establecimiento público sin el consentimiento de quien se lo hubiera confiado, o de la autoridad**, en su defecto, serán castigados con la pena de multa de 6 a 12 meses; y, con prisión de 6 meses a 2 años si con ello hubieran puesto en peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor.

Conforme al art. 232, **la utilización de menores para la mendicidad, aunque sea encubierta**, serán castigados con prisión de 6 meses a 1 año. Y si con este fin se trafica con menores de edad, se emplea en ellos violencia o intimidación, o se les suministran sustancias perjudiciales para su salud, la pena será de prisión de 1 a 4 años.

Por último, el art. 233 CP, señala que en los delitos recogidos en los arts. 229 a 232 el Juez o Tribunal podrá imponer también a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de 4 a 10 años; de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años, si ostentara la guarda del menor por su condición de funcionario público.

Por su parte, el Ministerio Fiscal instará a la autoridad competente la adopción de las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor (p. ej., privación a sus padres de la patria potestad y nombramiento de un tutor; declaración de la tutela administrativa y acogimiento del menor; etc.).

Autora: María del Carmen García Garnica

7. 3. Delitos relativos a la explotación de menores

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

3. DELITOS RELATIVOS A LA EXPLOTACIÓN DE MENORES.

Aparte de los ilícitos penales que pueden cometerse en el marco de la relación familiar, y con carácter general, se sanciona penalmente la explotación de menores.

A. LA UTILIZACIÓN O PRÉSTAMO DE MENORES PARA LA MENDICIDAD

Una de las formas de explotación de los menores (al margen de que la conducta la realicen sus padres, tutores o guardadores, o terceras personas), aunque se recoja en el marco de los delitos contra los deberes familiares, es la **utilización de menores para la mendicidad**.

Por ello, aunque ya nos hemos referido antes a este supuesto, conviene recordar también en este apartado que el art. 232 CP sanciona

la utilización y el préstamo de menores de edad para la práctica de la mendicidad con prisión de 6 meses a 1 año. Y, si para ello **se traficara con menores de edad o se empleare en ellos violencia o intimidación, o se les suministraran sustancias perjudiciales para su salud**, la pena de prisión será de uno a cuatro años.

B. LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES

Especial atención dedica el CP a los supuestos en que se atente contra la libertad e integridad sexual de los menores de edad. Son varios los supuestos que contempla el CP: desde la agresión, el abuso o el acoso sexual; hasta la exhibición sexual o difusión de pornografía entre menores de edad; la difusión o adquisición de pornografía infantil; hasta la inducción (con o sin violencia) de un menor de edad a la prostitución o realización de actos de exhibición sexual.

a. Los delitos de agresiones, abusos y acoso sexuales de menores.

Agresiones sexuales.- El art. 178 CP tipifica como agresión sexual el atentado contra la libertad sexual de otra persona, realizado con violencia o intimidación; si, además, existe acceso carnal o introducción de objetos por vía anal o vaginal, nos encontraremos con el tipo agravado de violación (art. 179 CP).

Esto presupuesto, las penas de uno y otro supuesto se verán agravadas -entre otros supuestos-, "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años" (art. 180.3 CP); y/o "cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco" con la víctima (art. 180.4 CP).

Abusos sexuales.- El art. 181 CP tipifica como agresión sexual la realización, sin violencia ni intimidación y sin consentimiento de la víctima, de actos que atenten contra la libertad o indemnidad de otra persona.

A tales efectos, se consideran en todo caso abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de 13 años, sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare (art. 181.2 CP). También tienen esta consideración aquellos supuestos en los que el consentimiento se haya obtenido por el responsable prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (art. 181.3).

Si, además, concurrieran las circunstancias del art. 180.3 y 4 CP (víctima menor de 13 años o ejecución del delito por persona que se prevalezca de una relación de superioridad con la víctima), la pena se aplicará en su mitad superior.

Por último, también se sanciona como abuso sexual, los actos que se realicen contra la libertad sexual de menores de edad con una edad comprendida entre los 13 y los 16 años, mediando engaño; aplicándose las mismas agravantes antes referidas (art. 183 CP).

Acoso sexual.- El art. 184.1 CP tipifica como delito de acoso sexual solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada y habitual, cuando tal comportamiento provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La pena prevista para este delito se verá agravada cuando el culpable del acoso se haya prevalido de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o de la amenaza expresa o tácita de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que ésta pueda tener en el ámbito de dicha relación (art. 184.2). Y, en particular, cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación (art. 184.3).

b. Exhibicionismo y provocación sexual frente a menores de edad

Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, cuando la víctima o el sujeto pasivo haya sido un menor, se sancionan en los arts. 185-186:

Exhibicionismo.- Conforme al art. 185 CP, el que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses.

Difusión y exhibición de pornografía.- A su vez, el art. 186 CP sanciona con prisión de 6 meses a 1 año, o multa de 6 a 12 meses, a quien, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces.

c. Prostitución y corrupción de menores.

Asimismo, se sancionan penalmente los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (arts. 187-190 CP).

El art. 187.1 CP tipifica como **delito inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de menores de edad**. La pena prevista para este delito se aplicará en su mitad superior, con inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, cuando los autores del delito se prevalezcan de su condición de autoridad, agente o funcionario público. A su vez, se aplicará la pena superior en grado a la prevista en los caos anteriores, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

A su vez, el art. 189.1 CP tipifica como **delito**, con una pena de prisión de 1 a 3 años:

a.) **la utilización de menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos**, tanto públicos como privados, **o para elaborar cualquier clase de material pornográfico**, así como la financiación de cualquiera de estas actividades.

b.) **la producción, venta, distribución, exhibición, o facilitación de estas actividades por cualquier medio, de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad**, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

En todos estos supuestos se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades (art. 189.2).

Este precepto también sanciona penalmente a **quien haga participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad** (art. 189.3).

El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de 6 a 12 meses (art. 189.4). Además, en este supuesto, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes para privarle de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar (art. 189.5).

d. Disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Dentro de las disposiciones comunes a los delitos citados en este epígrafe, el art. 192.1 CP señala que **"los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior;** siempre que esta circunstancia no esté específicamente prevista en el tipo de que se trate.

Además, **el Juez o Tribunal podrá imponerles razonadamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio**, por el tiempo de 6 meses a 6 años (art. 192.2 CP).

Autora: María del Carmen García Garnica

8. 4. La protección del derecho a la intimidad de los menores de víctimas de un delito

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

4. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE UN DELITO.

Para concluir esta aproximación a la protección penal del menor de edad, hay que destacar que nuestro ordenamiento jurídico no se limita a sancionar específicamente aquellos supuestos en los que la víctima del delito sean menores de edad, en coherencia con la especial necesidad de protección de los mismos. Por otro lado, dedica **una especial atención a la protección de la intimidad del menor víctima de una conducta delictiva, a fin de evitar que este hecho le marque socialmente y afecte a su futuro desarrollo de la personalidad y a su futura integración social.**

Para ello, la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, encomienda al Ministerio Fiscal una labor activa para prevenir los riesgos que entrañan las intromisiones en la intimidad de los menores que hayan sido víctimas de un delito, sobre todo por parte de los medios de comunicación, incluso cuando ello se realice con el consentimiento de sus representantes legales.



Enlaces de interés

Sobre la infancia como víctima de delitos:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2003/07/08/sociedad/1057694617.html>

http://www.rnw.nl/informarn/html/act021015_pornografiainfantil.html

Autora: María del Carmen García Garnica

10. 1. Antecedentes sobre el tratamiento de la delincuencia de menores

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

1. ANTECEDENTES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA DE MENORES.

El **tratamiento legal del menor infractor ha experimentado una importante evolución a lo largo del siglo XX**, observándose a partir de los años ochenta un cambio significativo del **principio rector de dicha normativa: la primacía de lo tutelar frente a lo penal**.

Los **hitos fundamentales de esa evolución** son los siguientes:

- **a.) La Ley de Tribunales Tutelares de Menores y su Reglamento de 1948.**- estas normas adoptan un modelo paternalista y sin las garantías existentes en otras jurisdicciones. Los Jueces apenas tenían más requisito que el de ser "un buen padre de familia". Y el Tribunal, dado su carácter "tutelar", **servía tanto para atender a los menores que delinquieran, como a los necesitados de protección, así como para recluir a los menores "vagos" o de "conducta licenciosa"**. Todo ello desde la concepción del menor como ser vulnerable y en desarrollo, necesitado de la función tuitiva de los poderes públicos.
- **b.) La Constitución de 1978.**- **Ese modelo se hace insostenible** tras la entrada en vigor de la CE de 1978, que reconoce a toda persona (incluidos los menores) que sea objeto de un proceso judicial una serie de derechos fundamentales que salvaguardan su libertad personal y su derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. arts. 17, 24 y 25 CE).
No obstante, hasta la aprobación en 1985 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga a que los Jueces sean profesionales de la carrera judicial, no se comienza la adaptación de la jurisdicción de menores a los principios constitucionales. Concretamente, la DA 1ª de esta Ley ordenaba al Gobierno remitir en el plazo de un año a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación de menores; aunque se tardarían quince años en cumplir ese mandato.
- **c.) Ley 21/1987, de reforma parcial del CC y la LEC.**- Esta Ley reforma el Código Civil y se priva de competencia en materia de protección de menores a los Juzgados de menores (antes denominados Tribunales Tutelares).
- **d.) En 1991, la STC 36/1991, de 14 de febrero, declara inconstitucionales algunas normas de la Ley de 1948. Para evitar el consiguiente vacío legal, se promulga la LO 4/1992, que regula el procedimiento para enjuiciar a menores infractores de entre 12 y 16 años.** Poco después, en moción aprobada el 10 de mayo de 1994, el Congreso de los Diputados insta a regular de una vez las lagunas normativas existentes en materia de menores infractores.
- **e.) Con la aprobación en 1995 del nuevo CP, la mayoría de edad penal (antes fijada en los 16 años) se equipara a la civil, estableciéndose en los 18 años.** Pero, a falta de regulación de la problemática relativa al tratamiento penal de los menores de esa edad, se dejan transitoriamente en vigor los preceptos del CP de 1973 relativos a los menores de 18 años.

- **f.) Finalmente, en el año 2000 y con quince años de retraso** (en relación al mandato contenido en la DA 1ª de la LOPJ de 1985), **se aprueba la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor.**

Esta Ley, ya antes de su entrada en vigor, experimentó dos modificaciones: una, por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo; y otra, por la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que también se modifica la LOPJ.

Esta Ley aborda por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de forma unitaria la problemática del menor infractor: tanto desde el punto de vista del Derecho sustantivo, como del Derecho procesal y de ejecución. **Su objetivo es dar una respuesta al conflicto social y jurídico creado por el mayor de 14 años y menor de 18 que realiza conductas tipificadas como delictivas en la legislación penal.**

 Ver actividades

 Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

11. 2. Normativa internacional

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL.

La **Ley 5/2000** (LORPM, también denominada abreviadamente como Ley del menor) **se dicta en el marco de un modelo internacional de Derecho penal juvenil**, construido a partir de las normas y directrices que en materia de Justicia de Menores han elaborado tanto las Naciones Unidas, como el Consejo de Europa.

Las normas de Naciones Unidas (NU) de interés en la materia son:

- La Convención de NU sobre los derechos del niño, de 29 de noviembre de 1985
- Las Reglas mínimas de las NU para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.
- Las Directrices de NU para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990
- La Resolución 45/113, de 14 de diciembre, de 1990, de la Asamblea General de las NU, sobre reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Las normas del Consejo de Europa de interés en la materia son:

- La Resolución del Comité de Ministros de Europa (78) 62, sobre transformación social y delincuencia juvenil de 29 de noviembre de 1978.
- La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de diciembre de 1987.

Los caracteres básicos de ese modelo internacional de Justicia de menores son los siguientes:

- **a.) En cuanto al procedimiento.- que se sustancie en un ambiente desformalizado, a fin de evitar traumatizar o estigmatizar al menor** (para ello, deberán promoverse soluciones informales, basadas en los principios de intervención mínima y oportunidad; y restringirse el recurso a la prisión preventiva a aquellos casos en que sea absolutamente necesaria). Todo ello, sin perjuicio, del deber de asegurar a los menores acusados de hechos delictivos un proceso justo, con reconocimiento y respeto efectivo de las garantías procesales básicas (tales como la presunción de inocencia, la asistencia letrada, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar y el derecho de apelación a una instancia superior).
- **b.) En cuanto a la sanción aplicable al menor infractor.- se fomenta la creación de un catálogo amplio de medidas alternativas a la privación de libertad.** Ésta se utilizará como último recurso y por el más breve plazo posible y, además, se cumplirá en centros distintos a los destinados a adultos. En todo caso, la medida adoptada deberá ser proporcionada, tanto a las circunstancias y gravedad de la infracción, como sobre todo a las necesidades y circunstancias del propio menor.
- **c.) En cuanto a los funcionarios, autoridades y profesionales que intervengan en las distintas fases de los procedimientos de menores (jueces, abogados, policías, trabajadores sociales, etc.)- se reclama que tengan una formación especializada en Derecho de menores y en delincuencia juvenil.**



Ver actividades



Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

12. 3. Tratamiento de la cuestión en la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

3. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA LO 5/2000, DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

Esta Ley establece el régimen de la responsabilidad penal y civil derivada de la comisión de una conducta tipificada en el CP como delito por un menor de 18 años, (bajo el principio rector del "interés superior del menor") y, en ciertas ocasiones, por un mayor de edad pero menor de 21 años.

No obstante, **la LORPM establece distintos tratamientos normativos en función de la edad del infractor, conforme a los siguientes tramos de edad** (teniéndose en cuenta siempre la edad que se tuviera en el momento de comisión de los hechos, no la que se tenga en el procedimiento):

- **a.) Menores de 14 años.-** La Ley declara que los menores de esta edad no son responsables penalmente. Por tanto, en caso de que lleven a cabo una conducta delictiva **no serán sancionados penalmente, sino que deberán adoptarse las medidas civiles de protección de menores, recogidas en el CC y en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que se estimen convenientes** (seguimiento del menor en situación de riesgo social; declaración de su situación de desamparo del menor, con la consiguiente asunción de su tutela por la Administración y constitución de un acogimiento familiar o residencial; nombramiento de un tutor; etc.). Para ello, el Ministerio Fiscal testimoniará los hechos y circunstancias del menor a las entidades públicas encargadas de la protección de menores en el respectivo territorio, a fin de que promuevan las medidas protectoras que consideren convenientes.
- **b.) Menores de 14 años y 18 años.-** Los menores comprendidos en esas edades son los destinatarios naturales de esta ley. Dentro de ellos, **se distinguen a su vez dos tramos de edad:** de un lado, los menores con edades comprendidas **entre los 14 y los 16 años** y, de otro, los menores con edades comprendidas **entre los 16 y los 18 años**.
Para los primeros, las medidas aplicables no podrán exceder de 2 años; mientras que para los mayores de 16 años podrán durar hasta 5 años, o 10 en casos excepcionales.
Aunque **el art. 25 LORPM, en principio, excluye en estos procedimientos la acusación particular;** cuando el delito haya sido cometido por un mayor de 16 años, con violencia o intimidación o habiendo generado un grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas, sí se admite la acusación particular. Ésta no podrá solicitar una medida, pero sí intervenir en la proposición de pruebas para inculpar al menor y en la fase de Audiencia.
- **c.) Jóvenes entre 18 y 21 años.-** Excepcionalmente, la Ley también podrá ser aplicada al menor de 21 años, a pesar de ser mayor de edad, **si se dan una serie de requisitos que así lo aconsejen**. Tales requisitos son los siguientes: a'.) que el hecho cometido constituya delito menos grave o falta (es decir, infracciones penales que estén sancionados con pena de prisión inferior a 3 años); b'.) que se

haya cometido sin violencia ni intimidación, ni haya supuesto un grave peligro para la vida o integridad física de las personas; c'.) que el autor del delito o la falta no tenga antecedentes penales por hechos cometidos una vez cumplidos los 18 años (a estos efectos no se tendrán en cuenta las condenas por delitos o faltas imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o que debieran serlo según el art. 136 CP); d'.) que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la Ley de Menores; y e'.) finalmente que, comprobados estos requisitos, así lo disponga por auto el Juez de instrucción, tras oír al Ministerio Fiscal, al abogado del imputado y al equipo técnico.

No obstante, hay que destacar que a pesar de que la LORPM consagra esta posibilidad, su aplicación se encuentra suspendida hasta el 1 de enero de 2007 (cfr. DT única de la LO 9/2002, sobre sustracción de menores).

B. PECULIARIDADES DEL PROCESO PENAL DE MENORES.

El proceso penal de menores es un proceso penal especial por razón de los sujetos, en el que **se potencia el papel del Ministerio Fiscal**, que va a ser quien dirija la fase de Instrucción.

Otra peculiaridad destacable es la no admisión de la acusación particular, salvo cuando el delito haya sido cometido por un mayor de 16 años, con violencia o intimidación o habiendo generado un grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Pero, sin que tampoco en este caso la acusación particular pueda solicitar la sanción aplicable, sino tan sólo intervenir en la proposición de pruebas para incriminar al menor y en la fase de audiencia.

Se ha procurado que sea un proceso penal con todas las garantías procesales de los procesos penales ordinarios, pero atemperado a las peculiaridades que emanan de la minoría de edad del imputado; sobre todo en lo que se refiere a la sanción. Pues, en relación a ésta, **se trata de conjugar la finalidad sancionadora de la pena con la educativa y preventiva**, que impone el interés superior del menor. La competencia se atribuye a los Juzgados de Menores.

Se admite la suspensión de la sentencia durante un plazo máximo de dos años, cuando la sanción impuesta no tenga una duración superior a dos años y se den los requisitos del art. 40.2 LORPM. Posibilidad que carecía de precedentes en nuestro Derecho.

Los requisitos para que la sentencia no llegue a ejecutarse son:

- a.) no ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión;
- b.) que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones;
- c.) además, el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.

C. MEDIDAS APLICABLES AL MENOR INFRACTOR.

En todo caso, **la principal peculiaridad del proceso penal de menores se refiere a la sanción aplicable.**

A estos efectos la LORPM establece en su **art. 7 una larga lista que contiene hasta trece medidas no privativas de libertad aplicables los menores infractores:** amonestación, privación del permiso de conducir o licencia de armas, realización de tareas socio-educativas, prestaciones en beneficio de la comunidad; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; libertad vigilada; asistencia a un Centro de día o tratamiento ambulatorio; etc.

Entre **las que privan al menor de libertad** cabe citar la permanencia de fin de semana en el domicilio o en un Centro, el internamiento terapéutico y el internamiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado. Estas medidas podrán tener en la práctica carácter progresivo, bajo el control del Juez, que tiene la facultad de sustituir o modificar la pena impuesta durante su ejecución. Por otro lado, y como antes se anticipó, **la duración de las medidas no excederá de dos años cuando el infractor sea menor de 16 años; ni de cinco años en los mayores de esa edad**, salvo que por circunstancias excepcionales se imponga una medida de libertad vigilada por otros cinco años más (es decir, hasta llegar a un máximo de diez años).



Ver actividades



Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

13. 4. La protección del derecho a la intimidad del delincuente menor de edad

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

4. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL DELINCUENTE MENOR DE EDAD.

Al igual que ocurre con el menor víctima de un delito, **nuestro ordenamiento jurídico trata de proteger la intimidad del menor delincuente, a fin de que facilitar su reinserción social y su libre desarrollo de la personalidad, sin el estigma de haber delinquido durante su minoría de edad.**

En coherencia con ello, el artículo 35.2 de la LORPM establece que "el Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones (del proceso penal) no sean públicas y **en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación**".



Enlaces de interés

Sobre responsabilidad penal de menores:

<http://laclave.com/docs/documentos/juezcatalayud.doc>

<http://www.revistafusion.com/2003/julio/entrev118.htm>

<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0153.htm>

http://www.jccm.es/revista/150/articulos150/con_personalidad_diciembre.html

http://www.ruidos.org/Prensa/2002abr/020407_1deal.html

<http://www.reicaz.es/varios/menores/estudios.htm>

http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero11/recensiones.htm

<http://www.cje.org/noticias.nsf/docs/4W3FY6ISAZ?opendocument>



Ver actividades



Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

2. 1. La sustracción de menores por sus padres: medidas civiles y penales

LECCIÓN 12.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

1. LA SUSTRACCIÓN DE MENORES POR SUS PADRES: MEDIDAS CIVILES Y PENALES.

En los casos de crisis familiar de los padres (ruptura del matrimonio o de la pareja de hecho) no es infrecuente que el progenitor que se ve privado de la guarda y custodia de los hijos menores de edad pretenda llevárselos consigo, incumpliendo el régimen de guarda y custodia y visitas pactado por los padres o establecido por el Juez. Este problema es lo que se conoce como sustracción de menores por su progenitor.

Recientemente, a través de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CP y el CC, en materia de sustracción de menores, se ha dado una respuesta específica a este problema en nuestro Derecho.

De un lado, esta Ley ha introducido **en el ámbito civil, una serie de medidas cautelares, a fin de prevenir la sustracción del menor.** Tales medidas son las siguientes (art. 103.1 CC):

1. **Prohibición de salida del menor del territorio nacional**, salvo autorización judicial previa.
2. **Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo**, si ya lo tuviera.
3. **Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.**

Además se prevé que estas medidas podrán ser adoptadas por el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal (art. 158.3 CC).

A su vez, **si estas medidas preventivas no surtieran efecto, se sancionará penalmente la sustracción del menor** (art. 225 bis CP).

- El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor **será castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad** por tiempo de 4 a 10 años.
También se le sancionará con estas penas si induce al menor a infringir el régimen de custodia establecido judicial o administrativamente (art. 224 CC).
- No obstante, **se exime de pena al sustractor que comunique el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente el cuidado del menor, dentro de las 24 horas siguientes a la sustracción, con el compromiso de restituir al menor inmediatamente; o cuando la sustracción no haya durado más de 24 horas.**
- **Si la restitución se realiza dentro de los 15 días siguientes a la sustracción** la pena de prisión será tan sólo de 6 meses a 2 años.
- Por el contrario, **cuando el menor se haya trasladado al extranjero o fuese exigida alguna condición para su restitución** la pena de prisión será aplicada en su mitad superior.
- Se sancionará igualmente a los ascendientes (ej. abuelos) y parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que lleven a cabo la sustracción del menor.

Autora: María del Carmen García Garnica

3. 2. Especial consideración a la sustracción internacional de menores

LECCIÓN 12.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. MEDIDAS A ADOPTAR PARA EL RETORNO DEL MENOR SUSTRÁIDO.

Se denomina sustracción internacional de menores o secuestro internacional, a los supuestos en los que el progenitor que no tiene atribuida la custodia de sus hijos menores (o que teme que no se le atribuirá) traslada al menor a otro país contra la voluntad del otro progenitor.

En la práctica, este tipo de sustracción es muy frecuente en los casos de ruptura de matrimonios de distinta nacionalidad.

Como hemos señalado antes, la LO 9/2002 introduce en el CC medidas cautelares para evitar este supuesto (privación al menor del pasaporte y prohibición de salir del territorio nacional); y, en caso de que éstas no sean efectivas, prevé que la pena aplicable por sustracción de menores se aplicará en su mitad superior (art. 225 bis.3 CP).

No obstante, el mayor problema que plantea este supuesto es, a menudo, la dificultad de descubrir donde se encuentran el progenitor y el menor sustraído. Ya que desconociendo su paradero, los mecanismos jurídicos existentes para intentar el retorno del menor serán inútiles.

En cualquier caso, **los instrumentos más eficaces contra los traslados ilícitos de menores al extranjero son los Tratados internacionales.**

De los suscritos por España hay que destacar tres: el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de su custodia (1980), y el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores (1997).

Centrándonos en el Convenio de la Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hay que destacar que este convenio, desde el convencimiento de los efectos perjudiciales que podría ocasionar al menor su traslado o retención ilícita (al alterar su equilibrio vital, es decir, las condiciones afectivas, sociales, etc., que rodean su vida), **prevé una serie de mecanismos para garantizar su inmediata restitución al Estado en el que tuviera su residencia habitual y para asegurar que los derechos de custodia y visita vigentes uno de los Estados partes sean respetados en los demás (art. 1); y si la sustracción del menor aún no se ha producido, pero existe el peligro de que tenga lugar, prevé medidas para prevenirla.** Todo ello, a través de la colaboración entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados partes, coordinada y canalizada a través de una Autoridad central en cada Estado.

Es importante destacar que el ámbito de aplicación del Convenio se ciñe a los menores de 16 años, por entender que a partir de esa edad el menor ya tiene una voluntad propia que no puede desconocerse ni por los padres, ni por las autoridades.

El procedimiento para lograr la restitución del menor es el siguiente

- a.) **Toda persona o institución que sostenga que un menor ha sido objeto de sustracción internacional**, con infracción del derecho de custodia, **podrá dirigirse a la Autoridad central** de la residencia habitual del menor o de cualquier otro Estado parte, **para que con su asistencia se garantice la restitución del menor.**
- b.) **La solicitud de restitución del menor debe informar de los siguientes extremos:** identidad del demandante, del menor y de la persona que lo haya sustraído; la fecha de nacimiento del menor; los motivos en que legitiman al demandante para reclamar la restitución del menor; toda la información disponible sobre la nueva localización del menor y la persona con la que se supone que está; certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado de residencia habitual del menor (el modelo normalizado de solicitud puede consultarse en la web del Ministerio de Justicia).

- c.) **Cuando la Autoridad central española reciba una solicitud de restitución de un menor que tenía su residencia habitual en España**, y haya sido trasladado ilícitamente a otro Estado parte del Convenio, **remitirá la solicitud de restitución del menor a la Autoridad central de ese Estado. Si el menor ha sido trasladado ilícitamente a España desde otro Estado, el procedimiento a seguir para la restitución del menor desde España, es un procedimiento de urgencia**, caracterizado por los principios de flexibilidad y rapidez; regulado en los arts. 1901 a 1909 LEC/1881 (introducidos por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor). Este procedimiento **se tramitará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se encuentre el menor, con intervención del Ministerio Fiscal**. El Juez requerirá al sustractor, en el plazo de 24 horas desde que reciba la solicitud de restitución del menor, para que comparezca y restituya al menor al titular de su custodia. En los 6 días siguientes:

Si el sustractor comparece y accede a la restitución voluntaria del menor. - termina el procedimiento por auto, ordenando la entrega del menor al titular del derecho de custodia.

· *Si el sustractor no comparece.* - en los 5 días siguientes, el Juez dictará las medidas provisionales en relación al menor que estime convenientes; y resolverá si procede o no la restitución, atendiendo al interés del menor y si se da alguna de las causas que dispone para ello el Convenio.

Si el sustractor comparece, pero se opone a la restitución voluntaria. - La oposición deberá fundarse en las causas de denegación contempladas en el Convenio de la Haya; y el Juez deberá resolver, oídos los interesados y el Ministerio Fiscal y practicadas en su caso las pruebas pertinentes, si procede o no la resolución.

En los dos últimos supuestos, surge un interrogante: **¿cuáles son las causas de oposición a la restitución del menor admitidas en el Convenio de la Haya?**

Si al comenzarse el procedimiento de restitución el menor lleva sustraído menos de un año. - el Juez deberá ordenar la restitución inmediata del menor, salvo -en interés del menor- en los siguientes supuestos:

- a.) **cuando se demuestre que la persona que reclama al menor no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia** en el momento en que el menor fue trasladado, o consintió el traslado;
- b.) **cuando exista un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico;**
- c.) **cuando el propio menor, que haya alcanzado una edad y un grado de madurez adecuados para tener en cuenta su opinión, se oponga a su restitución;**
- d.) **cuando la restitución resulte contraria a los principios fundamentales del Estado en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales** (art. 13).

Si al comenzarse el procedimiento de restitución el menor lleva sustraído más de un año, cabe oponerse a la restitución **demostrando su integración en el nuevo medio** (art. 12).

En cualquier caso, contra el auto dictado por el Juez acordando o no la restitución del menor sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días.

Y cuando el Juez acuerde la restitución del menor, se conderá a la persona que trasladó o retuvo al menor al pago de las costas del procedimiento, así como de los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.



Lecturas y enlaces de interés

<http://www.derecho-familia.com/secciones/secuestros>

<http://www.seas.df.gov.br>

Autora: María del Carmen García Garnica

5. 1. Introducción a la protección Penal del menor

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR.

Aunque la protección jurídica del menor compete fundamentalmente al Derecho Civil (ya que esta rama del Derecho es la que regula las distintas instituciones de protección del menor: patria potestad, tutela, curatela, guarda, etc.; así como su capacidad de obrar y sus derechos de la personalidad); **el estudio de la protección "jurídica" del menor no estaría completo sin hacer referencia a la protección que dispensan al menor y a sus derechos las normas penales.**

En efecto, **la infracción de los deberes derivados de las relaciones paterno filiales (así como de las demás instituciones de protección del menor)** con respecto a la protección, custodia, alimentación y cuidado del menor de edad, **aparte de sus consecuencias jurídico privadas, ya estudiadas** (suspensión o privación de la patria potestad; pérdida del derecho de alimentos y de derechos hereditarios frente al hijo; suspensión del régimen de visitas; privación de la guarda y custodia del menor; etc.), **es sancionada penalmente.**

Más concretamente, el CP vigente (aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre; BOE 24-11-1995), dedica dentro del Libro II (Delitos y sus penas), el Título XII a los delitos contra las relaciones familiares (arts. 217 a 233). Y, dentro de él, el Capítulo III a "Los delitos contra los derechos y deberes familiares" (art. 223-233):

- Sección 1ª: Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio (arts. 223-224)
- Sección 2ª.- De la sustracción de menores (arts. 225-255 bis) -ya estudiada en la Lección 12ª-.
- Sección 2ª.- Del abandono de familia, menores o incapaces (arts. 226 a 233)

Autora: María del Carmen García Garnica

6. 2. Delitos contra los derechos y deberes familiares

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

2. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES.

Dejando a un lado la "sustracción de menores" (de la que nos hemos ocupado específicamente, en la Lección 12ª), el CP tipifica como delitos las siguientes infracciones de derechos y deberes familiares:

A. EL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA Y LA INDUCCIÓN DE MENORES AL ABANDONO DEL DOMICILIO.

Conforme al art. 223 CP, **el que teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando sea requerido por ellos**, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, sin perjuicio de que los hechos constituyan un delito más grave.

Conforme al art. 224 CP, **el que induzca a un menor o incapaz a abandonar el domicilio familiar, o el lugar donde resida con el consentimiento de sus padres, tutores o guardadores**, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años. Esta misma pena, se aplicará **al padre que induzca al menor a incumplir el régimen de custodia establecido por una autoridad judicial** (p. ej. en caso de separación de los padres) **o administrativa** (p. ej., en caso de que la Administración haya acordado la tutela administrativa del menor y su acogimiento familiar o residencial).

B. EL ABANDONO DE FAMILIA, MENORES O INCAPACES.

Conforme al art. 226 CP, **el que deje de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar** (p. ej., en caso de que se declare la situación de desamparo del menor sujeto a una de estas formas de protección) **o de prestar los alimentos entre parientes establecidos por los arts. 142 y siguientes del CC**, será castigado con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana; así como con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar entre 4 a 10 años, si el Juez lo estima conveniente.

Conforme al art. 227 CP, **el impago de la pensión de alimentos u otra prestación económica establecida en favor de sus hijos**, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de su matrimonio, o en proceso de filiación o de alimentos a favor de sus hijos, durante 2 meses consecutivos o 4 meses no consecutivos, será castigado con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana. Ello, sin perjuicio de la obligación de abonar las sumas adeudadas y reparar los daños causados.

El art. 228 CP añade que cuando la víctima de los delitos anteriores sea un menor de edad (un incapaz o una persona desvalida) no sólo serán perseguibles por la denuncia de su representante legal, sino también por denuncia del Ministerio Fiscal.

Conforme al art. 229 CP, **el abandono de un menor de edad por parte de la persona encargada de su guarda**, será castigado con la pena de prisión de 1 a 2 años. Si el abandono fuera realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de 18 meses a 3 años. Y la pena de prisión será de 2 a 4 años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como correspondiera si constituyera otro delito más grave.

No obstante, se aplicarán las penas inferiores en grado a las anteriores, cuando el abandono haya sido meramente temporal (art. 230 CP).

Conforme al art. 231 CP, **cuando los que tengan a su cargo la crianza o educación de un menor, lo entreguen a un tercero o a un establecimiento público sin el consentimiento de quien se lo hubiera confiado, o de la autoridad**, en su defecto, serán castigados con la pena de multa de 6 a 12 meses; y, con prisión de 6 meses a 2 años si con ello hubieran puesto en peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor.

Conforme al art. 232, **la utilización de menores para la mendicidad, aunque sea encubierta**, serán castigados con prisión de 6 meses a 1 año. Y si con este fin se trafica con menores de edad, se emplea en ellos violencia o intimidación, o se les suministran sustancias perjudiciales para su salud, la pena será de prisión de 1 a 4 años.

Por último, el art. 233 CP, señala que en los delitos recogidos en los arts. 229 a 232 el Juez o Tribunal podrá imponer también a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de 4 a 10 años; de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años, si ostentara la guarda del menor por su condición de funcionario público.

Por su parte, el Ministerio Fiscal instará a la autoridad competente la adopción de las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor (p. ej., privación a sus padres de la patria potestad y nombramiento de un tutor; declaración de la tutela administrativa y acogimiento del menor; etc.).

Autora: María del Carmen García Garnica

7. 3. Delitos relativos a la explotación de menores

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

3. DELITOS RELATIVOS A LA EXPLOTACIÓN DE MENORES.

Aparte de los ilícitos penales que pueden cometerse en el marco de la relación familiar, y con carácter general, se sanciona penalmente la explotación de menores.

A. LA UTILIZACIÓN O PRÉSTAMO DE MENORES PARA LA MENDICIDAD

Una de las formas de explotación de los menores (al margen de que la conducta la realicen sus padres, tutores o guardadores, o terceras personas), aunque se recoja en el marco de los delitos contra los deberes familiares, es la **utilización de menores para la mendicidad**.

Por ello, aunque ya nos hemos referido antes a este supuesto, conviene recordar también en este apartado que el art. 232 CP sanciona

la utilización y el préstamo de menores de edad para la práctica de la mendicidad con prisión de 6 meses a 1 año. Y, si para ello **se traficara con menores de edad o se empleare en ellos violencia o intimidación, o se les suministraran sustancias perjudiciales para su salud**, la pena de prisión será de uno a cuatro años.

B. LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES

Especial atención dedica el CP a los supuestos en que se atente contra la libertad e integridad sexual de los menores de edad. Son varios los supuestos que contempla el CP: desde la agresión, el abuso o el acoso sexual; hasta la exhibición sexual o difusión de pornografía entre menores de edad; la difusión o adquisición de pornografía infantil; hasta la inducción (con o sin violencia) de un menor de edad a la prostitución o realización de actos de exhibición sexual.

a. Los delitos de agresiones, abusos y acoso sexuales de menores.

Agresiones sexuales.- El art. 178 CP tipifica como agresión sexual el atentado contra la libertad sexual de otra persona, realizado con violencia o intimidación; si, además, existe acceso carnal o introducción de objetos por vía anal o vaginal, nos encontraremos con el tipo agravado de violación (art. 179 CP).

Esto presupuesto, las penas de uno y otro supuesto se verán agravadas -entre otros supuestos-, "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años" (art. 180.3 CP); y/o "cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco" con la víctima (art. 180.4 CP).

Abusos sexuales.- El art. 181 CP tipifica como agresión sexual la realización, sin violencia ni intimidación y sin consentimiento de la víctima, de actos que atenten contra la libertad o indemnidad de otra persona.

A tales efectos, se consideran en todo caso abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de 13 años, sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare (art. 181.2 CP). También tienen esta consideración aquellos supuestos en los que el consentimiento se haya obtenido por el responsable prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (art. 181.3).

Si, además, concurrieran las circunstancias del art. 180.3 y 4 CP (víctima menor de 13 años o ejecución del delito por persona que se prevalezca de una relación de superioridad con la víctima), la pena se aplicará en su mitad superior.

Por último, también se sanciona como abuso sexual, los actos que se realicen contra la libertad sexual de menores de edad con una edad comprendida entre los 13 y los 16 años, mediando engaño; aplicándose las mismas agravantes antes referidas (art. 183 CP).

Acoso sexual.- El art. 184.1 CP tipifica como delito de acoso sexual solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada y habitual, cuando tal comportamiento provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La pena prevista para este delito se verá agravada cuando el culpable del acoso se haya prevalido de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o de la amenaza expresa o tácita de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que ésta pueda tener en el ámbito de dicha relación (art. 184.2). Y, en particular, cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación (art. 184.3).

b. Exhibicionismo y provocación sexual frente a menores de edad

Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, cuando la víctima o el sujeto pasivo haya sido un menor, se sancionan en los arts. 185-186:

Exhibicionismo.- Conforme al art. 185 CP, el que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses.

Difusión y exhibición de pornografía.- A su vez, el art. 186 CP sanciona con prisión de 6 meses a 1 año, o multa de 6 a 12 meses, a quien, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces.

c. Prostitución y corrupción de menores.

Asimismo, se sancionan penalmente los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (arts. 187-190 CP).

El art. 187.1 CP tipifica como **delito inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de menores de edad**. La pena prevista para este delito se aplicará en su mitad superior, con inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, cuando los autores del delito se prevalezcan de su condición de autoridad, agente o funcionario público. A su vez, se aplicará la pena superior en grado a la prevista en los caos anteriores, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

A su vez, el art. 189.1 CP tipifica como **delito**, con una pena de prisión de 1 a 3 años:

a.) **la utilización de menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos**, tanto públicos como privados, **o para elaborar cualquier clase de material pornográfico**, así como la financiación de cualquiera de estas actividades.

b.) **la producción, venta, distribución, exhibición, o facilitación de estas actividades por cualquier medio, de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad**, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

En todos estos supuestos se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades (art. 189.2).

Este precepto también sanciona penalmente a **quien haga participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad** (art. 189.3).

El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de 6 a 12 meses (art. 189.4). Además, en este supuesto, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes para privarle de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar (art. 189.5).

d. Disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Dentro de las disposiciones comunes a los delitos citados en este epígrafe, el art. 192.1 CP señala que **"los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior;** siempre que esta circunstancia no esté específicamente prevista en el tipo de que se trate.

Además, **el Juez o Tribunal podrá imponerles razonadamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio**, por el tiempo de 6 meses a 6 años (art. 192.2 CP).

Autora: María del Carmen García Garnica

8. 4. La protección del derecho a la intimidad de los menores de víctimas de un delito

LECCIÓN 13.

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

4. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE UN DELITO.

Para concluir esta aproximación a la protección penal del menor de edad, hay que destacar que nuestro ordenamiento jurídico no se limita a sancionar específicamente aquellos supuestos en los que la víctima del delito sean menores de edad, en coherencia con la especial necesidad de protección de los mismos. Por otro lado, dedica **una especial atención a la protección de la intimidad del menor víctima de una conducta delictiva, a fin de evitar que este hecho le marque socialmente y afecte a su futuro desarrollo de la personalidad y a su futura integración social.**

Para ello, la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, encomienda al Ministerio Fiscal una labor activa para prevenir los riesgos que entrañan las intromisiones en la intimidad de los menores que hayan sido víctimas de un delito, sobre todo por parte de los medios de comunicación, incluso cuando ello se realice con el consentimiento de sus representantes legales.



Enlaces de interés

Sobre la infancia como víctima de delitos:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2003/07/08/sociedad/1057694617.html>

http://www.rnw.nl/informarn/html/act021015_pornografiainfantil.html

Autora: María del Carmen García Garnica

10. 1. Antecedentes sobre el tratamiento de la delincuencia de menores

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

1. ANTECEDENTES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA DE MENORES.

El tratamiento legal del menor infractor ha experimentado una importante evolución a lo largo del siglo XX, observándose a partir de los años ochenta un cambio significativo del **principio rector de dicha normativa: la primacía de lo tutelar frente a lo penal**.

Los **hitos fundamentales de esa evolución** son los siguientes:

- **a.) La Ley de Tribunales Tutelares de Menores y su Reglamento de 1948.**- estas normas adoptan un modelo paternalista y sin las garantías existentes en otras jurisdicciones. Los Jueces apenas tenían más requisito que el de ser "un buen padre de familia". Y el Tribunal, dado su carácter "tutelar", **servía tanto para atender a los menores que delinquieran, como a los necesitados de protección, así como para recluir a los menores "vagos" o de "conducta licenciosa"**. Todo ello desde la concepción del menor como ser vulnerable y en desarrollo, necesitado de la función tuitiva de los poderes públicos.
- **b.) La Constitución de 1978.**- **Ese modelo se hace insostenible** tras la entrada en vigor de la CE de 1978, que reconoce a toda persona (incluidos los menores) que sea objeto de un proceso judicial una serie de derechos fundamentales que salvaguardan su libertad personal y su derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. arts. 17, 24 y 25 CE).
No obstante, hasta la aprobación en 1985 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga a que los Jueces sean profesionales de la carrera judicial, no se comienza la adaptación de la jurisdicción de menores a los principios constitucionales. Concretamente, la DA 1ª de esta Ley ordenaba al Gobierno remitir en el plazo de un año a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación de menores; aunque se tardarían quince años en cumplir ese mandato.
- **c.) Ley 21/1987, de reforma parcial del CC y la LEC.**- Esta Ley reforma el Código Civil y se priva de competencia en materia de protección de menores a los Juzgados de menores (antes denominados Tribunales Tutelares).
- **d.) En 1991, la STC 36/1991, de 14 de febrero, declara inconstitucionales algunas normas de la Ley de 1948. Para evitar el consiguiente vacío legal, se promulga la LO 4/1992, que regula el procedimiento para enjuiciar a menores infractores de entre 12 y 16 años.** Poco después, en moción aprobada el 10 de mayo de 1994, el Congreso de los Diputados insta a regular de una vez las lagunas normativas existentes en materia de menores infractores.
- **e.) Con la aprobación en 1995 del nuevo CP, la mayoría de edad penal (antes fijada en los 16 años) se equipara a la civil, estableciéndose en los 18 años.** Pero, a falta de regulación de la problemática relativa al tratamiento penal de los menores de esa edad, se dejan transitoriamente en vigor los preceptos del CP de 1973 relativos a los menores de 18 años.

- **f.) Finalmente, en el año 2000 y con quince años de retraso** (en relación al mandato contenido en la DA 1ª de la LOPJ de 1985), **se aprueba la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor.**

Esta Ley, ya antes de su entrada en vigor, experimentó dos modificaciones: una, por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo; y otra, por la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que también se modifica la LOPJ.

Esta Ley aborda por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de forma unitaria la problemática del menor infractor: tanto desde el punto de vista del Derecho sustantivo, como del Derecho procesal y de ejecución. **Su objetivo es dar una respuesta al conflicto social y jurídico creado por el mayor de 14 años y menor de 18 que realiza conductas tipificadas como delictivas en la legislación penal.**

 Ver actividades

 Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

11. 2. Normativa internacional

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL.

La **Ley 5/2000** (LORPM, también denominada abreviadamente como Ley del menor) **se dicta en el marco de un modelo internacional de Derecho penal juvenil**, construido a partir de las normas y directrices que en materia de Justicia de Menores han elaborado tanto las Naciones Unidas, como el Consejo de Europa.

Las normas de Naciones Unidas (NU) de interés en la materia son:

- La Convención de NU sobre los derechos del niño, de 29 de noviembre de 1985
- Las Reglas mínimas de las NU para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.
- Las Directrices de NU para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990
- La Resolución 45/113, de 14 de diciembre, de 1990, de la Asamblea General de las NU, sobre reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Las normas del Consejo de Europa de interés en la materia son:

- La Resolución del Comité de Ministros de Europa (78) 62, sobre transformación social y delincuencia juvenil de 29 de noviembre de 1978.
- La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de diciembre de 1987.

Los caracteres básicos de ese modelo internacional de Justicia de menores son los siguientes:

- **a.) En cuanto al procedimiento.- que se sustancie en un ambiente desformalizado, a fin de evitar traumatizar o estigmatizar al menor** (para ello, deberán promoverse soluciones informales, basadas en los principios de intervención mínima y oportunidad; y restringirse el recurso a la prisión preventiva a aquellos casos en que sea absolutamente necesaria). Todo ello, sin perjuicio, del deber de asegurar a los menores acusados de hechos delictivos un proceso justo, con reconocimiento y respeto efectivo de las garantías procesales básicas (tales como la presunción de inocencia, la asistencia letrada, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar y el derecho de apelación a una instancia superior).
- **b.) En cuanto a la sanción aplicable al menor infractor.- se fomenta la creación de un catálogo amplio de medidas alternativas a la privación de libertad.** Ésta se utilizará como último recurso y por el más breve plazo posible y, además, se cumplirá en centros distintos a los destinados a adultos. En todo caso, la medida adoptada deberá ser proporcionada, tanto a las circunstancias y gravedad de la infracción, como sobre todo a las necesidades y circunstancias del propio menor.
- **c.) En cuanto a los funcionarios, autoridades y profesionales que intervengan en las distintas fases de los procedimientos de menores (jueces, abogados, policías, trabajadores sociales, etc.)- se reclama que tengan una formación especializada en Derecho de menores y en delincuencia juvenil.**



Ver actividades



Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

12. 3. Tratamiento de la cuestión en la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

3. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA LO 5/2000, DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

Esta Ley establece el régimen de la responsabilidad penal y civil derivada de la comisión de una conducta tipificada en el CP como delito por un menor de 18 años, (bajo el principio rector del "interés superior del menor") y, en ciertas ocasiones, por un mayor de edad pero menor de 21 años.

No obstante, **la LORPM establece distintos tratamientos normativos en función de la edad del infractor, conforme a los siguientes tramos de edad** (teniéndose en cuenta siempre la edad que se tuviera en el momento de comisión de los hechos, no la que se tenga en el procedimiento):

- **a.) Menores de 14 años.-** La Ley declara que los menores de esta edad no son responsables penalmente. Por tanto, en caso de que lleven a cabo una conducta delictiva **no serán sancionados penalmente, sino que deberán adoptarse las medidas civiles de protección de menores, recogidas en el CC y en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que se estimen convenientes** (seguimiento del menor en situación de riesgo social; declaración de su situación de desamparo del menor, con la consiguiente asunción de su tutela por la Administración y constitución de un acogimiento familiar o residencial; nombramiento de un tutor; etc.). Para ello, el Ministerio Fiscal testimoniará los hechos y circunstancias del menor a las entidades públicas encargadas de la protección de menores en el respectivo territorio, a fin de que promuevan las medidas protectoras que consideren convenientes.
- **b.) Menores de 14 años y 18 años.-** Los menores comprendidos en esas edades son los destinatarios naturales de esta ley. Dentro de ellos, **se distinguen a su vez dos tramos de edad:** de un lado, los menores con edades comprendidas **entre los 14 y los 16 años** y, de otro, los menores con edades comprendidas **entre los 16 y los 18 años**.
Para los primeros, las medidas aplicables no podrán exceder de 2 años; mientras que para los mayores de 16 años podrán durar hasta 5 años, o 10 en casos excepcionales.
Aunque **el art. 25 LORPM, en principio, excluye en estos procedimientos la acusación particular;** cuando el delito haya sido cometido por un mayor de 16 años, con violencia o intimidación o habiendo generado un grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas, sí se admite la acusación particular. Ésta no podrá solicitar una medida, pero sí intervenir en la proposición de pruebas para incriminar al menor y en la fase de Audiencia.
- **c.) Jóvenes entre 18 y 21 años.-** Excepcionalmente, la Ley también podrá ser aplicada al menor de 21 años, a pesar de ser mayor de edad, **si se dan una serie de requisitos que así lo aconsejen**. Tales requisitos son los siguientes: a'.) que el hecho cometido constituya delito menos grave o falta (es decir, infracciones penales que estén sancionados con pena de prisión inferior a 3 años); b'.) que se

haya cometido sin violencia ni intimidación, ni haya supuesto un grave peligro para la vida o integridad física de las personas; c'.) que el autor del delito o la falta no tenga antecedentes penales por hechos cometidos una vez cumplidos los 18 años (a estos efectos no se tendrán en cuenta las condenas por delitos o faltas imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o que debieran serlo según el art. 136 CP); d'.) que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la Ley de Menores; y e'.) finalmente que, comprobados estos requisitos, así lo disponga por auto el Juez de instrucción, tras oír al Ministerio Fiscal, al abogado del imputado y al equipo técnico.

No obstante, hay que destacar que a pesar de que la LORPM consagra esta posibilidad, su aplicación se encuentra suspendida hasta el 1 de enero de 2007 (cfr. DT única de la LO 9/2002, sobre sustracción de menores).

B. PECULIARIDADES DEL PROCESO PENAL DE MENORES.

El proceso penal de menores es un proceso penal especial por razón de los sujetos, en el que **se potencia el papel del Ministerio Fiscal**, que va a ser quien dirija la fase de Instrucción.

Otra peculiaridad destacable es la no admisión de la acusación particular, salvo cuando el delito haya sido cometido por un mayor de 16 años, con violencia o intimidación o habiendo generado un grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Pero, sin que tampoco en este caso la acusación particular pueda solicitar la sanción aplicable, sino tan sólo intervenir en la proposición de pruebas para incriminar al menor y en la fase de audiencia.

Se ha procurado que sea un proceso penal con todas las garantías procesales de los procesos penales ordinarios, pero atemperado a las peculiaridades que emanan de la minoría de edad del imputado; sobre todo en lo que se refiere a la sanción. Pues, en relación a ésta, **se trata de conjugar la finalidad sancionadora de la pena con la educativa y preventiva**, que impone el interés superior del menor. La competencia se atribuye a los Juzgados de Menores.

Se admite la suspensión de la sentencia durante un plazo máximo de dos años, cuando la sanción impuesta no tenga una duración superior a dos años y se den los requisitos del art. 40.2 LORPM. Posibilidad que carecía de precedentes en nuestro Derecho.

Los requisitos para que la sentencia no llegue a ejecutarse son:

- a.) no ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión;
- b.) que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones;
- c.) además, el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.

C. MEDIDAS APLICABLES AL MENOR INFRACTOR.

En todo caso, **la principal peculiaridad del proceso penal de menores se refiere a la sanción aplicable.**

A estos efectos la LORPM establece en su **art. 7 una larga lista que contiene hasta trece medidas no privativas de libertad aplicables los menores infractores:** amonestación, privación del permiso de conducir o licencia de armas, realización de tareas socio-educativas, prestaciones en beneficio de la comunidad; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; libertad vigilada; asistencia a un Centro de día o tratamiento ambulatorio; etc.

Entre **las que privan al menor de libertad** cabe citar la permanencia de fin de semana en el domicilio o en un Centro, el internamiento terapéutico y el internamiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado. Estas medidas podrán tener en la práctica carácter progresivo, bajo el control del Juez, que tiene la facultad de sustituir o modificar la pena impuesta durante su ejecución. Por otro lado, y como antes se anticipó, **la duración de las medidas no excederá de dos años cuando el infractor sea menor de 16 años; ni de cinco años en los mayores de esa edad**, salvo que por circunstancias excepcionales se imponga una medida de libertad vigilada por otros cinco años más (es decir, hasta llegar a un máximo de diez años).



Ver actividades



Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

13. 4. La protección del derecho a la intimidad del delincuente menor de edad

LECCIÓN 14.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

4. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL DELINCUENTE MENOR DE EDAD.

Al igual que ocurre con el menor víctima de un delito, **nuestro ordenamiento jurídico trata de proteger la intimidad del menor delincuente, a fin de que facilitar su reinserción social y su libre desarrollo de la personalidad, sin el estigma de haber delinquido durante su minoría de edad.**

En coherencia con ello, el artículo 35.2 de la LORPM establece que "el Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones (del proceso penal) no sean públicas y **en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación**".



Enlaces de interés

Sobre responsabilidad penal de menores:

<http://laclave.com/docs/documentos/juezcatalayud.doc>

<http://www.revistafusion.com/2003/julio/entrev118.htm>

<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0153.htm>

http://www.jccm.es/revista/150/articulos150/con_personalidad_diciembre.html

http://www.ruidos.org/Prensa/2002abr/020407_1deal.html

<http://www.reicaz.es/varios/menores/estudios.htm>

http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero11/recensiones.htm

<http://www.cje.org/noticias.nsf/docs/4W3FY6ISAZ?opendocument>



Ver actividades



Realizar la autoevaluación del Módulo V

Autora: María del Carmen García Garnica

ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN CONTINUA

ACTIVIDAD 1

Atendido el derecho a la libertad de pensamiento y religión, así como al respeto de la identidad cultural del menor que consagra la Convención de Derechos del Niño de 1989, **comentad en el foro** si tales libertades ampararían o no, en vuestra opinión, los siguientes actos en España:

- a. que una niña de religión musulmana desee llevar cubierta la cabeza en el colegio, con su chador;
- b. que una niña sea sometida a ablación por sus padres;
- c. que un niño testigo de Jehová no sea sometido a una transfusión de sangre, con riesgo para su vida.

Intenta buscar enlaces de Internet relativos a estas cuestiones que avalen tu opinión.

ACTIVIDAD 2

Tras leer la Convención de los Derechos del Niño y los artículos relativos a los derechos del menor de la LO 1/1996, del Estado, y la Ley 1/1998 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, haga un comentario sobre los siguientes aspectos:

- a. las diferencias que más le hayan llamado la atención en cuanto a los derechos contemplados en cada una de estas normas
- b. cuál de estas normas cree que protege de forma más completa al menor y en qué aspectos
- c. qué carencias ve en estas normas en relación a la protección del menor.

ACTIVIDAD 3

Analizados los supuestos en que un menor de edad puede actuar por sí solo y los supuestos en que su consentimiento es necesario, en este foro vamos a analizar la capacidad del menor en relación a sus derechos de la personalidad. Para ello, cada uno deberá buscar una sentencia o noticia sobre este tema (intimidad, honor, imagen, actos médicos, etc.), y plantearse cuestiones como las siguientes :

- a. ¿es excesivamente amplia, suficiente o limitada la capacidad de obrar del menor en este ámbito?
- b. ¿a partir de qué edad considera que se debe entender que el menor tiene madurez suficiente para ejercitar por sí solo sus derechos de la personalidad

(p. ej., para vender a una revista unas fotos en las que posa desnudo, o realizar una entrevista en un programa de televisión disponiendo de su intimidad y de su imagen; para consentir o rechazar someterse a una operación quirúrgica; para participar en un deporte de riesgo)?

ACTIVIDAD 4

Comente la Sentencia del Tribunal Supremo del 23-9-2002, señalando las razones por las que se privó a los padres de la patria potestad de sus hijos y si considera acertada la decisión del TS, de ampliar el régimen de visitas, pero no restituirles la patria potestad.

ACTIVIDAD 5

De acuerdo con lo estudiado en la lección 8, vamos a realizar un convenio regulador, centrándonos en las medidas personales y económicas relativas a los hijos menores de edad, de un matrimonio que se encuentra en trámites de separación.

- A. **SUPUESTO DE HECHO:** Andrés Pérez, médico dentista, y Loreto Valencia, sin profesión, contrajeron matrimonio, sin capitulaciones, el día 1 de enero de 1990, y han tenido dos hijos, Clara y Jorge, de 12 y 2 años respectivamente. Una serie de problemas han hecho que la convivencia del matrimonio sea inviable, por lo que han decidido separarse. Para determinar las consecuencias de su separación, también resulta de interés el dato de que el piso en el que se instaló el domicilio familiar desde un primer momento, es propiedad de Andrés, ya que lo compró antes de la boda; así como que los cónyuges eran titulares de una cuenta corriente conjunta en la que tienen depositados 60.000 euros.
- B. **MODELO DE CONVENIO REGULADOR.** El Convenio Regulador deberá contener como mínimo las estipulaciones recogidas en el art. 90.1 del Código Civil. En cuanto a la forma de redacción del mismo, deberá ajustarse al modelo usual del mismo. Para comenzar a familiarizarse con la redacción de documentos jurídicos.

ACTIVIDAD 6

Analice y comente si le parece acertada la decisión adoptada por la Sentencia del Tribunal 221/2002, de 25 de noviembre.

ACTIVIDAD 7

Exponga su opinión a través del **foro** (fundamentándola con argumentos jurídicos, a partir de lo estudiado a lo largo de todo el curso) acerca del tratamiento penal de los menores de edad. En particular:

- a. ¿es adecuado que hasta los catorce años la conducta del menor no sea sancionada penalmente? ¿por qué?
- b. ¿son adecuadas las penas establecidas a los menores de edad, a partir de los catorce años? ¿por qué?

¿Qué opinión les merece el debate existente a favor del endurecimiento de las penas de los menores de edad?

EJERCICIOS DE AUTOEVALUACIÓN

Ejercicios estructurados por módulos.

A continuación se recogen una serie de ejercicios de autoevaluación, cuyo objetivo es que el alumno pueda ir comprobando por sí mismo su nivel de aprendizaje y comprensión conforme avanza en el estudio de los contenidos de la asignatura. Los ejercicios se han estructurado por módulos.

- [Ejercicios del Módulo 1 y 2](#)
- [Ejercicios del Módulo 3](#)
- [Ejercicios del Módulo 4](#)
- [Ejercicios del Módulo 5](#)

MODULOS I y II INTRODUCCIÓN y ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR DE EDAD Ejercicio de elección múltiple

1 Un menor de 16 años ha comprado una motocicleta en un concesionario. Señale CUÁLES de las siguientes afirmaciones SON CORRECTAS:

- El contrato celebrado es plenamente válido sólo si ese menor estaba emancipado.
- El contrato celebrado por ese menor es plenamente válido.
- El contrato celebrado por ese menor puede ser anulado por el concesionario, al darse cuenta de que había contratado con un menor sin el consentimiento de sus padres, para evitarse problemas.
- El contrato celebrado por ese menor puede ser anulado, en interés del

menor, por sus representantes legales.

2 Señale CUÁLES de las siguientes afirmaciones SON INCORRECTAS:

- La emancipación es un estado civil intermedio entre la minoría y la mayoría de edad, al que se puede acceder por el matrimonio del menor, concesión de sus padres o concesión judicial.
- La emancipación amplía la capacidad jurídica del menor, equiparándola a la de un mayor de edad.
- La emancipación extingue la representación legal del menor, pudiendo el menor celebrar toda clase de actos jurídicos válidamente por sí solo.
- El menor emancipado puede realizar por sí solo toda clase de actos, salvo aquellos para los que la ley exige que actúe asistido de sus padres o de un curador.

3 ¿Señale cuál de las siguientes afirmaciones es CORRECTA?

- Un menor de edad no emancipado no puede ser propietario de una vivienda.
- Un menor de edad no emancipado no puede ser titular de una cuenta corriente.
- Un menor de edad emancipado puede realizar por sí solo el contrato de alquiler de un inmueble.
- Un menor de edad emancipado puede celebrar por sí sólo la compraventa de una vivienda.

4 Señale cuál de estas afirmaciones es CORRECTA:

- El "nasciturus" tiene capacidad jurídica, pero no capacidad de obrar.
- El "nasciturus" tiene capacidad jurídica y capacidad de obrar.

El "nasciturus" no tiene ninguna protección en nuestro Derecho, hasta que nazca y viva separado del claustro materno durante 24 horas.

El "nasciturus" no tiene capacidad jurídica hasta que nazca y viva separado del claustro materno 24 horas, pero se le tiene por nacido para aquello que le favorezca, dándole la oportunidad de esperar a que cumpla los requisitos anteriores

5 ¿CUÁLES de los siguientes principios rigen la protección jurídica del menor de edad en nuestro Derecho?

Reconocimiento de la plena titularidad de derechos y de su capacidad de obrar evolutiva.

Principio de protección institucional de protección del menor, lo que conlleva el deber de los poderes públicos de velar por la protección de los menores de edad.

Principio de falta absoluta de capacidad de obrar y del sometimiento al interés de los padres o tutores, y de la plena titularidad de derechos.

Principio de protección del interés superior del menor.

MODULO III

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA FAMILIA

1 Señale cuál de las siguientes afirmaciones es INCORRECTA:

Como regla general sólo pueden ser adoptados los menores de edad no emancipados; a menos que el menor emancipado o el mayor de edad haya convivido o estado acogido por los adoptantes, de forma ininterrumpida, desde antes de cumplir los 14 años.

En Andalucía, no se admite la adopción por personas cuya diferencia de edad con el adoptando sea mayor de 42 años; salvo que pretendan adoptar a tres o más hermanos, a niños con discapacidad o problemas de salud especiales, niños con más de 7 años, o con otras necesidades especiales.

- La madre puede expresar su voluntad de dar en adopción al futuro hijo, del que no desea o no puede hacerse cargo, incluso antes de dar a luz.
- La adopción no puede constituirse si el adoptando es mayor de 12 años y no presta su consentimiento.

2 Señale cuál de las siguientes afirmaciones ES INCORRECTA, en relación a la situación de los hijos en caso de separación o divorcio de los padres:

- La guarda y custodia de los hijos menores de edad corresponderá a uno sólo de los padres, al cuál se le adjudicará también el uso de la vivienda familiar, en atención al interés de los hijos menores.
- El padre que no conviva con los hijos menores de edad tiene derecho a relacionarse con ellos y tenerlos en su compañía, en los periodos de tiempo establecidos por ambos progenitores o por el juez en el régimen de visitas. Normalmente, los fines de semana alternos y la mitad de los periodos vacacionales.
- Al decidir a cuál de los progenitores se atribuirá la custodia de los hijos menores de edad, debe tenerse en cuenta la opinión de los hijos si tienen suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de 12 años.
- El padre al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos menores de edad se convierte en el único titular de la patria potestad y en el único obligado a prestarles alimentos.

3 Señale en cuál de los siguientes supuestos no procede privar a un padre de la patria potestad de sus hijos:

- Cuando tras la separación o divorcio, el padre o la madre muestra un absoluto desinterés por relacionarse con sus hijos, incumpliendo sistemáticamente el régimen de visitas establecido a su favor y dejando de satisfacer la pensión de alimentos establecida a favor de sus hijos.
- Cuando su paternidad ha sido determinada judicialmente, tras la realización de la prueba de paternidad y la aportación de otra serie de pruebas por la madre del niño, en contra de su voluntad.
- Cuando ha sido condenado penalmente por agredir o abusar sexualmente de sus hijos; o por maltatarles.
- Cuando los padres, por razones de enfermedad o problemas económicos, transitoriamente no pueden atender debidamente a sus hijos.

4 Señale cuál de estas personas puede adoptar a un menor, cuyos padres han fallecido:

- Los hermanos mayores del menor.
- Un menor emancipado, muy amigo del menor que necesita ser tutelado.
- Ninguno de los anteriores.
- Los abuelos del menor

5Cuál de los siguientes actosNO PUEDE SER REALIZADO POR LOS PADRES, a pesar de ostentar la patria potestad y, por ende, la representación legal de sus hijos:

- Consentir el sometimiento del hijo de corta edad a una operación quirúrgica, necesaria para mejorar su salud.
- Administrar sus bienes, salvo los adquiridos por el hijo mayor de 16 años con los rendimientos de su trabajo.
- Celebrar un contrato por el que se obligue a un menor de 15 años a participar en el rodaje de un anuncio, sin contar con su consentimiento.
- Alquilar un piso del que es propietario el hijo menor de edad.

6 Estando fijada la fecha de su boda, Marta tuvo un encuentro con un antiguo novio a raíz del cual ha quedado embarazada. Sin embargo, no se ha atrevido a decir nada a su novio actual, y la boda se ha celebrado. ¿Cómo se fijará la filiación del niño a efectos legales?

- Para determinar la paternidad será necesario realizar al marido una prueba de paternidad.
- Se determinará sólo la filiación materna, y para determinar la paterna será preciso el reconocimiento del niño por el marido o por el antiguo novio.
- La paternidad corresponderá al marido, en virtud de la presunción legal del art. 116 CC; aunque el padre biológico podrá impugnar esa presunción y reclamar su paternidad ante los Tribunales.

- El hijo se podrá inscribir a nombre del antiguo novio, si éste hace una declaración reconociendo su paternidad ante el encargado del Registro Civil.

MODULO III

PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA FAMILIA

1 Señale en cuál de los siguientes supuestos no procede privar a un padre de la patria potestad de sus hijos:

- Cuando los padres, por razones de enfermedad o problemas económicos, transitoriamente no pueden atender debidamente a sus hijos.
- Cuando tras la separación o divorcio, el padre o la madre muestra un absoluto desinterés por relacionarse con sus hijos, incumpliendo sistemáticamente el régimen de visitas establecido a su favor y dejando de satisfacer la pensión de alimentos establecida a favor de sus hijos.
- Cuando su paternidad ha sido determinada judicialmente, tras la realización de la prueba de paternidad y la aportación de otra serie de pruebas por la madre del niño, en contra de su voluntad.
- Cuando ha sido condenado penalmente por agredir o abusar sexualmente de sus hijos; o por maltatarles.

2 Estando fijada la fecha de su boda, Marta tuvo un encuentro con un antiguo novio a raíz del cual ha quedado embarazada. Sin embargo, no se ha atrevido a decir nada a su novio actual, y la boda se ha celebrado. ¿Cómo se fijará la filiación del niño a efectos legales?

- Se determinará sólo la filiación materna, y para determinar la paterna será preciso el reconocimiento del niño por el marido o por el antiguo novio.
- El hijo se podrá inscribir a nombre del antiguo novio, si éste hace una declaración reconociendo su paternidad ante el encargado del Registro Civil.

- Para determinar la paternidad será necesario realizar al marido una prueba de paternidad.
- La paternidad corresponderá al marido, en virtud de la presunción legal del art. 116 CC; aunque el padre biológico podrá impugnar esa presunción y reclamar su paternidad ante los Tribunales.

3 Señale cuál de las siguientes afirmaciones ES INCORRECTA, en relación a la situación de los hijos en caso de separación o divorcio de los padres:

- El padre al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos menores de edad se convierte en el único titular de la patria potestad y en el único obligado a prestarles alimentos.
- La guarda y custodia de los hijos menores de edad corresponderá a uno sólo de los padres, al cuál se le adjudicará también el uso de la vivienda familiar, en atención al interés de los hijos menores.
- El padre que no conviva con los hijos menores de edad tiene derecho a relacionarse con ellos y tenerlos en su compañía, en los periodos de tiempo establecidos por ambos progenitores o por el juez en el régimen de visitas. Normalmente, los fines de semana alternos y la mitad de los periodos vacacionales.
- Al decidir a cuál de los progenitores se atribuirá la custodia de los hijos menores de edad, debe tenerse en cuenta la opinión de los hijos si tienen suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de 12 años.

4 Cuál de los siguientes actos NO PUEDE SER REALIZADO POR LOS PADRES, a pesar de ostentar la patria potestad y, por ende, la representación legal de sus hijos:

- Alquilar un piso del que es propietario el hijo menor de edad.
- Consentir el sometimiento del hijo de corta edad a una operación quirúrgica, necesaria para mejorar su salud.
- Celebrar un contrato por el que se obligue a un menor de 15 años a participar en el rodaje de un anuncio, sin contar con su consentimiento.
- Administrar sus bienes, salvo los adquiridos por el hijo mayor de 16 años con los rendimientos de su trabajo.

5 Señale cuál de estas personas puede adoptar a un menor, cuyos padres han fallecido:

- Un menor emancipado, muy amigo del menor que necesita ser tutelado.
- Ninguno de los anteriores.
- Los hermanos mayores del menor.
- Los abuelos del menor.

6 Señale cuál de las siguientes afirmaciones es INCORRECTA:

- En Andalucía, no se admite la adopción por personas cuya diferencia de edad con el adoptando sea mayor de 42 años; salvo que pretendan adoptar a tres o más hermanos, a niños con discapacidad o problemas de salud especiales, niños con más de 7 años, o con otras necesidades especiales.
- Como regla general sólo pueden ser adoptados los menores de edad no emancipados; a menos que el menor emancipado o el mayor de edad haya convivido o estado acogido por los adoptantes, de forma ininterrumpida, desde antes de cumplir los 14 años.
- La madre puede expresar su voluntad de dar en adopción al futuro hijo, del que no desea o no puede hacerse cargo, incluso antes de dar a luz.
- La adopción no puede constituirse si el adoptando es mayor de 12 años y no presta su consentimiento

MODULO IV

OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

1 ¿Cuál es la función de un curador?

- Representar legalmente al menor de edad.
- Asistir al menor emancipado, en la celebración de aquellos actos jurídicos que la ley no le permite realizar por sí solo.
- Tener al menor en su compañía, alimentarle y administrar sus bienes.
- Todas las anteriores.

2 En el supuesto anterior, tras la muerte del padre, concurren al reparto de su herencia la madre y los dos hijos menores de edad. ¿Qué institución nombraríamos para evitar que la madre no actúe de forma imparcial al repartir los bienes del difunto marido, en perjuicio de los hijos menores de edad?

- Un curador, para este supuesto concreto.
- Un defensor judicial, para este supuesto concreto.
- Ninguna, porque ella actuará en el reparto de la herencia en su nombre y en el de los hijos, en calidad de representante legal de los mismos.
- La guarda administrativa, durante el tiempo necesario.

3 Una madre inmigrante, con tres hijos a su cargo, ha tenido un accidente laboral por el que deberá estar hospitalizada unos seis meses. Pero no tiene familia alguna ni amigos en España con los que dejar a sus hijos menores de edad: ¿Qué medida o medidas adoptaríamos para proteger a sus hijos?

- Los restituiríamos a su país de origen o los daríamos en adopción.
- Les nombraríamos un tutor ordinario.
- La madre podría solicitar a la Administración Pública que asumiera su guarda durante el tiempo necesario.
- La Administración Pública asumiría su tutela de forma automática.

4 ¿En cuál o cuáles de los siguientes supuestos haría falta un curador?

- Para que un menor no emancipado compre una motocicleta.
- Para que un menor emancipado solicite un préstamo o compre un inmueble.
- Para que un menor emancipado consienta ser sometido a una operación quirúrgica.
- Para que un menor emancipado realice un contrato para participar en un anuncio de televisión.

5 Una madre dedicada a la prostitución y adicta a las drogas tiene un hijo de 3 años, sin dispensarle un trato adecuado ni en lo material ni en lo afectivo. ¿Qué MEDIDAS adoptaríamos para proteger a ese menor?

- El nombramiento de un curador.
- El acogimiento familiar del menor o, en su defecto, el acogimiento residencial.
- La guarda administrativa.
- La tutela administrativa.

6 Un hombre ha fallecido en accidente de tráfico, dejando viuda y dos hijos menores de edad, de 4 y 6 años. ¿Qué medida adoptaríamos para la protección de los menores?

- El nombramiento de un defensor judicial.
- El nombramiento de un curador.
- La guarda administrativa.
- La madre seguiría ostentando la patria potestad sobre los mismos.

7 Señale cuál de estos menores de edad necesita un tutor:

- Un menor de edad adoptado.
- Un "nasciturus".
- Un menor de edad emancipado.
- Un menor de edad cuyos padres han fallecido o han sido privados de la patria potestad.

MODULO V LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO PENAL

1 ¿QUÉ CONSECUENCIAS civiles y penales puede tener la utilización de un menor de corta edad por sus padres para la mendicidad, sin tenerlo ni siquiera escolarizado?

- Los padres serán sancionados penalmente.
- Los padres podrán ser privados de la patria potestad del menor.
- Todas las anteriores.
- El menor podrá ser declarado en situación de desamparo, asumiendo su tutela la Administración Pública.

2 ¿CUÁLES de las siguientes conductas no estaría sancionada penalmente?:

- Trasladar al menor al extranjero o cambiar su domicilio, para no restituirselo al progenitor que tiene atribuida su guarda y custodia.
- Que el padre no custodio traslade al menor al extranjero durante los periodos en que tiene derecho a tenerlo en su compañía, aun cuando

ello se haga con respeto al régimen de visitas.

- Inducir al menor, a través de regalos y otras prebendas, a no respetar el régimen de guarda y custodia o visitas establecido entre los padres.
- Que el progenitor custodio cambie de domicilio, sin comunicárselo al otro progenitor, para privarle del derecho de visitar y relacionarse con sus hijos.

3 Un menor de 13 años ha agredido brutalmente a un compañero a la salida del colegio, para robarle una cazadora. ¿Qué sanción le impondremos?

- Una pena no privativa de libertad, de carácter educativo.
- Ninguna de las anteriores; ya que por ser menor de 14 años sólo podremos adoptar medidas civiles para la protección e integración social de este menor (privar a sus padres de la patria potestad, que la Administración asuma su tutela e internarlo en un centro de acogida, nombrarle un tutor ordinario, etc.)
- Una pena privativa de libertad, por un periodo inferior a dos años.
- Una pena privativa de libertad, por un periodo superior a dos años, dada la gravedad de las lesiones.

4 ¿Se puede dar publicidad al nombre completo o a la imagen de un menor que ha sido víctima de un delito que afecte a su intimidad, o que haya sido autor de un delito?

- No debería difundirse su imagen ni su identidad en ningún caso, ya que la libertad de información cede ante el derecho fundamental del menor a la protección de su intimidad, a fin de evitar que el haber sido víctima o autor de un delito condicione su futuro desarrollo personal y social.
- Sólo si los padres o tutores del menor lo consienten.
- El nombre sí, pero la fotografía no.
- Sí, porque la libertad de información es un derecho fundamental protegido por la Constitución.

Autora: María del Carmen García Garnica