

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Se distribuye además, en Argentina, Perú,
Colombia, Chile, México y España.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook** <https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho>

y **twitter**  <https://twitter.com/Vyjsantacruz>

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña - nahircoimbra@gmail.com

Eidy Cespedes Pedraza - eidym28@hotmail.com

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez - c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

SUMARIO

20

DOCTRINA

A) TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

01/ Los derechos civiles y mercantiles de los extranjeros en España, Aurora López Azcona (España).

B) DERECHO DE LA PERSONA

02/ El derecho a la identidad del menor: el caso de México, Karla Cantoral Domínguez (México).

C) DERECHO DE FAMILIA

03/ El derecho alimentario de niños y adolescentes. La perspectiva de la Corte Federal Argentina y su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial, Mariel F. Molina de Juan (Argentina).

D) DERECHO ADMINISTRATIVO

04/ Menores y extranjería: situaciones de regularización, María Elena Cobas Cobiella (España).

05/ Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España, Lucía Aparicio Chofré (España).

E) DERECHO PENAL

06/ Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Asunción Colás Turégano (España).

F) DERECHO PROCESAL

07/ La tutela civil en España en los casos de sustracción de menores interparental, F. Javier Jiménez Fortea (España).

G) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

08/ Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente, Carmen Azcárraga Monzonís (España).

09/ La familia en la Unión Europea: el derecho a la reunificación familiar, Rosa Lapiedra Alcamí (España).

10/ El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores, Isabel Reig Fabado (España).

H) DERECHO Y BIOÉTICA

11/ Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España, Josefina Alventosa del Río (España).

12/ La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico, Alma María Rodríguez Guitián (España).

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 13/ Los retos de la sociedad ante la protección de datos de los menores, Raquel Guillén Catalán (España).

COMENTARIOS LEGALES

- 14/ La disciplina italiana del contrato de red entre empresas. Elementos esenciales de contenido, Marco Angelone (Italia).

RECENSIONES

- 15/ Berti de Marinis, G.: Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici. Nápoles (2015): Edizioni Scientifiche Italiane, por José Ramón de Verda y Beamonte (España).
- 16/ Pardo Iranzo, V. (Dir.): El sistema jurisdiccional de la Unión Europea, Madrid (2013): Thomson Reuters Aranzadi, por Valentín Bou Franch (España)

DIRECCIÓN GENERAL

DR. ORLANDO PARADAVACA

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DIRECCIÓN ACADÉMICA

DR. JOSÉ RAMÓN DEVERDAY BEAMONTE

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

Becario de Investigación de la Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

PROF. ALEX PARADA MENDÍA

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

PROF. CLAUDIA PARADA ALGARAÑAZ,

Universidad Católica Boliviana, Bolivia

PROF. JERJES JUSTINIANO ATALÁ

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO

Prof. Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO

Prof. Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JORGE ESQUIROL
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. GIAMPAOLO FREZA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO
Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

DR. LORENZO MEZZASOMA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. ANDREA FEDERICO
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. LAURENT NEYRET
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina

PROF. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

DR. JAVIER ORDUÑA MORENO
Catedrático de Derecho Civil, Magistrado Sala 1ª del Tribunal Supremo, España

DRA. ILIANA PORRAS,
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, Chile

DOÑA CLARA BAYARRI GARCÍA,
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Constitucional

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO
Profesor de Derecho Público, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho y Deporte

DR. EMANUELE INDRACCOLO
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Internacional Privado

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Colaborador Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Derecho Mercantil

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Derecho y Nuevas Tecnologías

DR. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile

Derecho Procesal

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho de Consumo

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Financiero

DR. ANTONIO VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA
Profesor Adjunto de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Navarra, España

Derecho Medioambiental

DRA. ANNA MALOMO
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Notarial y Sucesorio

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Penal

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Propiedad Intelectual e Industrial

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España

Teoría General del Derecho

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Derecho Comparado

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

Derecho del Trabajo

D. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España.



FUNDACIÓN IURISTANTUM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO X - N°20
JULIO/2015
EDICIÓN SEMESTRAL
ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA

FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.



Tecnología y Derecho

Los adelantos tecnológicos han cambiado la vida de los hombres. La facilidad y versatilidad de las comunicaciones han permitido romper barreras como la distancia y el tiempo. No importa dónde estemos, el internet nos acerca tanto que en cuestión de segundos pareciera que la persona con quien nos comunicamos se encuentra al otro lado de la puerta.

Pero, esa gran posibilidad de acercarnos más unos y otros se está convirtiendo en una de las razones de nuestro alejamiento. Si somos diferentes y superiores del resto de los entes vivos del planeta es porque somos la única especie que puede comunicarse a través de la gramática y la sintaxis; pero paradójicamente, esa aparente ventaja de la semántica, se transforma en una de las causas del distanciamiento entre los seres humanos.

Los avances tecnológicos en las comunicaciones podrían estar propiciando esta paradoja. En vez de acercarnos nos están alejando. Cada vez hay menos comunicación en el interior de las familias. La televisión, el chat y los mensajes por celular están reemplazando la comunicación directa entre las personas lo que puede estar provocando un distanciamiento peligroso en las relaciones humanas.

El Derecho, como manifestación cultural y ordenadora de la vida del hombre, no está ni puede estar al margen de estos revolucionarios cambios que la ciencia y la tecnología producen en la vida social. Pero, lamentablemente, nos cuesta convencer a los legisladores y operadores de la justicia en general, para que aprovechemos estas las ventajas tecnológicas en beneficio del ciudadano favoreciendo con su utilización un mejor desempeño de la justicia.

Resulta inconcebible, por ejemplo, que la tecnología permita determinar la identidad de un sujeto a partir de un resto de ADN e incriminarle penalmente por la comisión de un delito y que, sin embargo, todos los trámites y comunicaciones procesales que afecten a ese procedimiento sigan produciéndose como en el siglo XIX. El chat, el correo electrónico y las direcciones cibernéticas no han sido aún

implementadas para facilitar el tráfico de comunicaciones jurisdiccionales, acelerar los procesos y alcanzar la antesala de lo que podría ser una justicia pronta y oportuna.

Esta puede ser la oportunidad para remozar los cimientos del Derecho provocando un verdadero acercamiento a quien está dirigido para protegerlo: **el ciudadano.**

La demora judicial o la mora procesal se constituyen en una rémora que nos impide avanzar hacia la consecución de uno de los más nobles objetivos del Derecho: la celeridad en las resoluciones judiciales, como condición ineludible de la justicia material y como insumo elemental para provocar relaciones sociales cada vez más armoniosas.

Las ventajas comunicacionales que nos facilitan los avances tecnológicos debemos utilizarlas también y de manera primordial en los procesos judiciales, asumiendo así el desafío del siglo XXI: que las rieles que separan al Derecho de la realidad social se acerquen entre sí, haciéndonos soñar que algún día podrán juntarse para siempre.

El Director



DOCTRINA



LOS DERECHOS CIVILES Y MERCANTILES DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA

CIVIL AND COMMERCIAL RIGHTS OF FOREIGNERS
IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 16-55



Aurora
LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de enero de 2015

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre una cuestión de gran importancia práctica y que apenas ha merecido la atención de la doctrina, como es la concerniente al tratamiento que dispensa el Derecho español a los extranjeros en materia de derechos de naturaleza civil y mercantil. Aunque lo cierto es que en esta materia rige, como regla, el principio de equiparación entre españoles y extranjeros, no obstante es objeto de importantes excepciones tanto por vía legal como vía convencional.

PALABRAS CLAVE: Derecho de extranjería, extranjeros, derechos civiles y mercantiles, equiparación, excepciones.

ABSTRACT: This paper deals a matter of great practical importance but has barely attracted the doctrine attention, the treatment that dispenses the Spanish immigration law on the rights of civil and commercial nature. But the truth is that in this matter governed, as a rule, the principle of equality between spaniards and foreigners, however it is subject to important exceptions therefore legal as conventional procedure.

KEY WORDS: Immigration law, foreigners, civil and commercial rights, equal rights, exceptions.

SUMARIO.- I. Planteamiento.- II. Los derechos civiles de los extranjeros en España.- 1. El principio de equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles del art. 27 Cc.- 2. La incidencia del sistema conflictual español.- 3. Excepciones a la equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles.- 3.1. Excepciones de índole legal.- 3.1.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.- 3.1.1.1. En la adquisición de la propiedad u otros derechos reales inmobiliarios.- A) Restricciones por razón de interés para la defensa nacional.- B) Restricciones derivadas de la legislación sobre inversiones extranjeras.- 3.1.1.2. En Derecho de familia.- 3.1.1.3. En Derecho sucesorio.- 3.1.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.- A) Arrendamientos urbanos.- B) Arrendamientos rústicos.- C) Propiedades especiales.- a) Propiedad intelectual.- b) Propiedad industrial.- 3.2. Excepciones de índole convencional.- III. Los derechos mercantiles de los extranjeros en España.- 1. El principio de igualdad del art. 15 Cco.- 2. La capacidad para ejercer la actividad empresarial.- 3. Las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial.- 4. Permisos requeridos a los extranjeros para ejercer la actividad empresarial en España.- 4.1. Régimen general.- 4.2.- Regímenes especiales.- 4.2.1. Los refugiados y apátridas.- 4.2.2. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.- 4.2.3. Los “emprendedores”.- 5. Excepciones al principio de igualdad.- 5.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.- 5.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.- 6. Régimen convencional.

I. PLANTEAMIENTO.

Una cuestión de indudable importante práctica y que apenas ha merecido la atención de la doctrina iusprivatista es la concerniente a la posición de los extranjeros en España en materia de derechos privados; esto es, el tratamiento que dispensa el Ordenamiento jurídico español a los extranjeros respecto a los derechos de índole civil y mercantil.

A *priori* interesa advertir que tres son las posibles soluciones a adoptar por el legislador en esta materia, si bien ninguna de ellas se encuentra materializada de modo absoluto en ningún Ordenamiento jurídico moderno. La primera consiste en negar el reconocimiento de derechos privados a los extranjeros; esta opción es propia de momentos históricos muy primitivos y en la actualidad sólo opera en cuestiones muy concretas. La segunda consiste en acudir al principio de reciprocidad, esto es, atribuir a los extranjeros los derechos privados que en su país reconocen a nuestros nacionales. Y la tercera y última consiste en admitir el principio de igualdad o equiparación de derechos privados entre los nacionales y extranjeros.

• Aurora López Azcona

Acreditada a Titular de Universidad y Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Zaragoza, donde ha desarrollado su carrera académica: licenciatura (1990) y doctorado (2005) con la obtención del Premio extraordinario de Doctorado. Directora del Diploma de Extensión Universitaria en protección y derechos de la infancia on line y Secretaria del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo Consolidado de Investigación y Desarrollo del Derecho aragonés (dtor: J. Delgado Echeverría). Especialista en Derecho de familia, sus publicaciones se pueden resumir en tres libros (uno en prensa), diecinueve capítulos de libros y dieciocho artículos, centrados en esta materia, sin olvidar sus incursiones en materia de Derecho patrimonial y Derecho Agrario (a consultar parcialmente en <http://dialnet.unirioja.es>). Correo electrónico: alopez@unizar.es.

De las soluciones descritas ha sido la tercera la que tradicionalmente se ha venido adaptando en Derecho español, de tal modo que es posible identificar en nuestro Derecho histórico una tradición de reconocimiento de plenitud de los derechos privados a los extranjeros. Es cierto que existían ciertas limitaciones, tales como prohibiciones a los extranjeros para comerciar con las Indias o para comprar o adquirir en garantía naves españolas. Pero, en cualquier caso, se trataba de restricciones excepcionales, basadas más en la catolicidad que en la nacionalidad.

Este principio de equiparación es el que pasó al Código civil, toda vez que su art. 27 en su redacción originaria preveía que "los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución del Estado [de 1876] o en Tratados internacionales".

De este modo, el Código civil se mantuvo fiel a la tradición jurídica española, prescindiendo en este punto del criterio del Código civil francés de 1804 favorable a la reciprocidad (art. 11: "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra").

Es más, a la luz de este precepto se elaboró una jurisprudencia que otorgó un alcance máximo al principio de equiparación. Resulta significativa a este respecto la declaración contenida en la STS 27 noviembre 1950 a continuación transcrita: "de los dos criterios que cabe seguir para la determinación de los derechos de los extranjeros, o sea, el de igualdad de los nacionales, o el de reciprocidad, acogido en el Código Napoleón, la legislación española ha adoptado como principio general en cuanto a los derechos civiles o privados el más progresivo y generoso de la igualdad, proclamado en los arts. 27 del Código civil y 15 del Código de Comercio".

Posteriormente, el tenor del art. 27 Cc fue modificado por la Ley de 15 de julio de 1954 a fin de sustituir la referencia a la derogada Constitución de 1876 por una genérica a la legislación civil especial, pero sin alterar en ningún caso el principio de equiparación, ya que, según puede leerse en su Exposición de Motivos, "aun cuando tan generosa declaración no suele ni aun en los ordenamientos jurídicos que se precien de atender con mayor solicitud al extranjero, no había razón para abandonar una directriz que tan elocuentemente muestra cuál es la actividad de España respecto del concierto universal".

A partir de entonces la redacción del art. 27 Cc quedó fijada en los siguientes términos, sin que haya sido objeto de modificación ulterior: "Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados".

El mismo criterio fue adoptado por el Código de comercio de 1885 respecto de los derechos de índole mercantil y, en particular, en relación con el ejercicio de la actividad empresarial por los extranjeros en España. Así, su art. 15, precepto que permanece inalterado desde su redacción originaria, reconoce la posibilidad de que un extranjero, ya sea persona física o jurídica, pueda ejercer el comercio en España, “con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar; y a las disposiciones del Código de comercio, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación”. Ello “sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados o Convenios con las demás potencias”.

Este planteamiento no se vio modificado, sino, por el contrario, reforzado por la Constitución de 1978, toda vez que en su art. 13.1 dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [Título I] en los términos que establezcan los tratados y la ley”. No obstante, añade en su aptdo. 2º que sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 (esto es, el derecho al acceso a la función pública y el derecho de sufragio activo y pasivo), salvo que, bajo régimen de reciprocidad con otro Estado, se disponga otra cosa.

Del art. 13 CE resulta, por consiguiente, que corresponden a los extranjeros todos los derechos contemplados por el Texto Fundamental, salvo los derechos políticos y las limitaciones que puedan derivarse de las leyes y los tratados. Desde la perspectiva del Derecho privado -que es la aquí interesa-, entre tales derechos se encuentra, como es sabido, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), el derecho de libre circulación y elección de residencia (art. 19), la libertad de expresión (art. 20), el derecho de asociación (art. 22), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33), el derecho de fundación (art. 34), el derecho al trabajo (art. 35), y la libertad de empresa (art. 38).

Con todo, para la interpretación del contenido y alcance del art. 13 CE resulta obligado, como es sabido, acudir a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que establece una triple clasificación de derechos, basada en la distinción entre titularidad de los derechos y ejercicio de los mismos, también presente, como se verá más adelante, en el Código civil. De este manera, puede identificarse un primer grupo de derechos que se atribuyen por igual a los españoles y a los extranjeros y cuya regulación ha de ser la misma para ambos, en cuanto derechos inherentes a la dignidad de la persona

(tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a libertad ideológica o a la tutela judicial efectiva). En segundo lugar, están los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros que no son otros que los derechos políticos contemplados en el art. 23 CE. Y en tercer y último lugar, existen otros derechos que corresponden (o no) a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio; así sucede, por ejemplo, con el derecho al trabajo, en cuanto su ejercicio se encuentra condicionado a la obtención de las oportunas autorizaciones previstas en la legislación de extranjería.

La misma toma de postura favorable a la equiparación de los extranjeros se ha vista reflejada ulteriormente en la legislación de extranjería. Así, el art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social -en adelante, LOEX- dispone, en coincidencia con el art. 13 CE, que “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. Por añadidura, el precitado art. 3.1 LOEX fija el criterio interpretativo general según el cual, “los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Este principio general previsto en el art. 3.1 LOEX se completa con dos importantes precisiones incluidas en el apartado 2º del mismo precepto que se exponen a continuación. En primer lugar, el art. 3.2 -cuyo tenor reproduce casi literalmente el mandato del art. 10.2 CE- precisa que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”. Todo ello, según matiza el mismo precepto en su segundo inciso, “sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

II. LOS DERECHOS CIVILES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

1. El principio de equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles del art. 27 Cc.

El art. 27 Cc constituye el precepto clave a tener en cuenta a la hora de abordar el análisis de los derechos civiles de los extranjeros en España. Dicho artículo consagra el principio de equiparación en cuanto al goce de los derechos civiles por los extranjeros en España, aunque dejando a salvo las posibles excepciones legales y convencionales.

Son diversas las razones a las que obedece la inclusión de este precepto en el texto codificado, entre las que cabe destacar, de una parte, la tradición jurídica española, la ideología liberal imperante en el momento de redacción del Código civil y la influencia del Código civil italiano de 1865 en este punto (art. 1.3: "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini").

De cualquier modo, para dilucidar el sentido del artículo indicado, tres son las cuestiones que conviene clarificar: el significado que debe darse al término *extranjeros*; los derechos a que se refiere con la expresión *derechos civiles*; y el sentido del verbo *gozan*.

a) En lo que atañe a la primera cuestión, cabe afirmar que el término *extranjeros* utilizado por el precitado art. 27 hace referencia a una categoría global, comprensiva de todas aquellas personas, ya sean físicas o jurídicas, que no tengan la condición de nacionales, por lo que debe ser entendida, en principio, en su sentido más amplio, sin que quepan discriminaciones por razón de la procedencia de los extranjeros. Ahora bien, el art. 27, al aludir en su segundo inciso a los tratados, deja abierto un resquicio para que pueda existir una discriminación positiva, por la que, en virtud de convenio bilateral, los nacionales de ciertos países puedan gozar de una situación más ventajosa en cuanto a sus derechos civiles que el resto de los extranjeros, de tal manera que respecto a ellos no van a jugar las excepciones al principio de equiparación que admite el Derecho español y, por consiguiente, van a tener la condición de extranjeros privilegiados.

Al margen de los convenios internacionales, también pueden calificarse de extranjeros privilegiados en nuestro país los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, puesto que las excepciones al principio de igualdad que se admiten en Derecho civil español no pueden operar respecto a ellos en todo lo que contraría las libertades propias de la Unión. Junto a ello, no puede obviarse que la situación de privilegio de los extranjeros procedentes de la Unión Europea ha incidido positivamente en el estatuto jurídico del resto de los extranjeros, ya que algunas liberalizaciones efectuadas en nuestro Derecho de Extranjería en previsión del ingreso en la Unión Europea posteriormente se han extendido total o parcialmente al resto de los extranjeros, lo que ha sucedido por ejemplo en materia de adquisición de inmuebles.

De otra parte, existen ciertas categorías de extranjeros, los refugiados y los apátridas, a los que nuestro Ordenamiento jurídico trata de compensar de su situación de especial desprotección, suprimiendo para ellos algunas de las excepciones que en el sistema jurídico español se admiten al principio de igualdad, así como ofreciéndoles alguna pequeña ventaja en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española.

b) Sentado lo anterior, procede concretar en segundo lugar el ámbito objetivo del art. 27 Cc o, lo que es lo mismo, precisar qué clase de derechos incluye la expresión *derechos civiles*. Es obvio que tal expresión no alude a los derechos de carácter político, administrativo y laboral, los cuales tienen su propio régimen legal especial y diferenciado, y respecto de los cuales la jurisprudencia ha negado sistemática y reiteradamente la aplicación del principio de equiparación establecido en materia civil. Tampoco se refiere a los derechos de carácter mercantil, ya que éstos también tienen su propia reglamentación en el art. 15 Cco, el cual, según se ha visto, mantiene un criterio coincidente con el art. 27 Cc, favorable a la equiparación de derechos. Del mismo modo, el art. 27 Cc tampoco hace referencia a los derechos fundamentales y libertades públicas, en cuanto que están dotados de su propio marco legal, ajeno a dicho precepto e integrado, en concreto, por el art. 13.1 CE, desarrollado por la LOEX, lo cual no significa que estén vedados a los extranjeros, sino todo lo contrario. En definitiva, el art. 27 Cc sólo se refiere a derechos de naturaleza civil, entendiendo por tales, con IRIARTE ÁNGEL, aquellos derechos que hacen directa referencia a la persona en cuanto titular de un patrimonio y de unas relaciones familiares¹. Puede afirmarse, por consiguiente, que los extranjeros gozan en España de los derechos de familia y, entre ellos, del derecho al matrimonio (incluido entre personas del mismo sexo: Resolución-Circular DGRN de 29 julio 2005), pueden celebrar contratos civiles de todo tipo, pueden ser titulares de cualesquiera derechos reales y gozan de capacidad testamentaria activa y pasiva.

La jurisprudencia, por su parte, ha contribuido a ampliar el alcance del art. 27 Cc. De hecho, el Tribunal Supremo ya en su temprana STS 1 febrero 1912 atribuye "espíritu expansivo" a dicho precepto, a la par que lo califica de "principio fundamental" y "garantía de derechos internacionales", para hacer extensivo a los extranjeros el beneficio de pobreza.

Posterior en el tiempo, la STS 27 noviembre 1950 acude, de nuevo, al art. 27 Cc para reconocer a un extranjero los beneficios derivados de la legislación arrendaticia urbana en aquel momento vigente -Ley de Arrendamientos Urbanos de 1944- y, en particular, el derecho de prórroga forzosa. Así, argumenta que "a la obligada aplicación del principio de igualdad entre españoles y extranjeros establecido en el artículo 27 del Código sustantivo sólo podría oponerse en su caso alguna de estas excepciones; que el artículo 2 de la Constitución a que el precepto se refiere [Constitución española de 1876] estuviese vigente y estableciese trato desigual entre españoles y extranjeros o bien que existiera un tratado internacional que, asimismo, se opusiera a la igualdad establecida como principio, y no dándose en éste ninguna de esas condiciones es ineludible declarar que los extranjeros tienen derecho a la prórroga que otorga el artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que impide estimar la acción de desahucio deducida por la actora".

¹ Cfr. IRIARTE ÁNGEL, J. L.: *Los derechos civiles de los extranjeros en España*. Madrid (1988): La Ley, p. 86.

E igualmente, puede traerse a colación la STS 10 octubre 1960 en la que se reconoce, con base en el art. 27 Cc, el derecho de los extranjeros a detentar títulos nobiliarios españoles en los siguientes términos: "en ninguna de las disposiciones de la referida Ley [de 4 de mayo de 1948] se excluye a los extranjeros de la posible aplicación a los mismos de dicha legislación sobre títulos nobiliarios y, consiguientemente, del posible disfrute de los mismos, previa su pertinente reclamación en legal forma, cuando por legítima sucesión les corresponda; materia ésta que el derecho sucesorio regula y a la que, por ende, son las disposiciones del artículo 10 del Código civil las verdaderamente aplicables al caso; complementadas éstas todavía, en beneficio de los extranjeros por lo estatuido en el artículo 27 del mismo cuerpo legal".

En fechas más recientes se refieren, asimismo, al alcance general del art. 27 Cc las SSTs de 11 julio 1985, de 2 octubre 1987 y de 19 noviembre 1990.

Al amparo de esta jurisprudencia, puede defenderse, con IRIARTE ÁNGEL, que el art. 27 Cc concede a los extranjeros, en términos de equiparación con los nacionales, los derechos civiles contenidos no sólo en el Código civil, sino en la legislación civil en general, sin que quepan otras excepciones que las previstas en las leyes civiles especiales y en los tratados. Por tanto, si una ley civil no especifica nada al respecto habrá que interpretarla en el sentido que los extranjeros gozan de los derechos reconocidos en la misma en los mismos términos que los nacionales².

Finalmente, queda un último problema a resolver en relación con el ámbito objetivo del art. 27 Cc. Y es que, desde el momento que en el Estado español coexiste una pluralidad de Derechos civiles -como es sabido, el Derecho civil estatal y los Derechos civiles territoriales-, se plantea la cuestión relativa a si los extranjeros pueden gozar de los derechos concedidos ya no sólo por el Código civil y las leyes civiles especiales, sino por los Derechos civiles territoriales, forales o especiales. Ocasionalmente se ha respondido afirmativamente con base a una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero 1920, en la que el Alto Tribunal declaró la validez del testamento otorgado por un mejicano ante un notario de Barcelona de acuerdo con las formalidades del Derecho civil catalán. No obstante, el razonamiento de esta sentencia, aunque correcto respecto del caso enjuiciado, no puede predicarse con carácter general, ya que, en atención a lo dispuesto en los aptdos. 1 y 8 del art. 9 Cc, así como en el art. 11 del mismo cuerpo legal, hay que distinguir entre aspectos formales y sustanciales de los testamentos, de tal modo que, si bien los primeros se rigen por la ley del lugar de otorgamiento -en el caso enjuiciado el Derecho civil catalán-, no puede decirse lo mismo de los segundos, que están sometidos a la ley personal del causante, que en el caso de un extranjero nunca podrá ser un Derecho civil territorial. Ello es así, en cuanto que los arts. 15 y 16 Cc se rigen por el principio

2 Cfr. IRIARTE ÁNGEL, J. L.: *Los derechos civiles*, cit., p. 87.

según el cual el extranjero mientras no adquiere o no recupera la nacionalidad española no puede acceder a la vecindad civil que, como es sabido, es la que determina el sometimiento a uno de los Derechos civiles que coexisten en España. Por consiguiente, no parece que pueda afirmarse que los extranjeros gocen, como regla, de los derechos reconocidos por los Ordenamientos civiles territoriales; ello sin perjuicio de alguna salvedad, p.e. en materia de medidas urgentes de protección de menores e incapaces, siempre de ámbito territorial (art. 9.6 Cc).

c) Una vez delimitado el alcance subjetivo y objetivo del art. 27 Cc, resulta necesario aclarar el significado del término *goce* que utiliza el mencionado precepto, por influencia del art. 3 del Código civil italiano de 1865, al referirse a los derechos civiles de los extranjeros en España. En concreto, interesa precisar si dicho término puede interpretarse (o no) como sinónimo de *ejercicio*. Pues bien, si atendemos al criterio de la doctrina mayoritaria, la respuesta ha de ser negativa. En efecto, la mayor parte de los autores destacan a este respecto que, si bien el art. 27 Cc concede a los extranjeros el *goce* de los derechos civiles, el art. 9.1 del mismo cuerpo legal establece que la ley personal de cada persona es la que regula su capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte, y, por consiguiente, de esa ley nacional dependerá el efectivo *ejercicio* de los derechos civiles. Por todo ello hay que concluir que el art. 27 Cc equipara a los extranjeros con los nacionales en cuanto al *goce* de los derechos civiles, concediendo a los no españoles la facultad de acceder a los mismos derechos que los españoles -o *capacidad jurídica*-, pero sometiendo el *ejercicio* efectivo de tales derechos -o *capacidad de obrar*- a la ley designada por nuestro sistema conflictual que, en principio y de acuerdo con el art. 9.1 Cc, será la de la nacionalidad del sujeto. En otras palabras, será el Ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto españolas el que determine el ejercicio y configuración del derecho civil de que se trate. De este modo, podemos encontrarnos ante situaciones paradójicas. Así, puede darse el caso de un extranjero que pueda acceder a un derecho civil en nuestro país, porque el art. 27 Cc le reconoce esa aptitud, pero no pueda ejercerlo, porque su ley personal no le atribuya la capacidad necesaria para su ejercicio. En concreto, el problema se ha planteado en la práctica respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo, siendo una de ellas española y la otra extranjera, cuya ley personal no se lo permita. Finalmente la cuestión ha sido resuelta por la Resolución Circular DGRN 29 julio 2005 en sentido favorable a su validez en España, tanto se haya celebrado en España como en el extranjero, invocando para ello los siguientes argumentos: a) la analogía con la figura de las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros; b) la proximidad *forum-ius*; c) el principio del *favor matrimonii*; d) la consideración del *ius nubendii* como derecho constitucional (art. 32 CE), puesto en conexión con la

extensión de la prohibición de toda discriminación por razón de *orientación sexual*, acogida expresamente en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 diciembre 2000; e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE; e) el criterio interpretativo de la realidad social del art. 3 Cc; y f) la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 marzo 1932, favorable al divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución.

2. La incidencia del sistema conflictual español.

En atención a la circunstancia de que el Ordenamiento jurídico reclamado por el sistema conflictual español conforma la extensión y contenido de los derechos civiles reconocidos a los extranjeros, interesa hacer una breve aproximación al sistema conflictual español en materia de estatuto personal.

A este respecto, y según se ha indicado, la regla de base se encuentra formulada en el art. 9.1 Cc, cuyo tenor es el siguiente: "La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior".

De la lectura de este precepto resulta, por consiguiente, que es la ley de la nacionalidad la que rige el estatuto personal. En particular, dentro del estatuto personal, la ley nacional rige la capacidad y estados civiles, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Esta regla se ve confirmada en los siguientes apartados del art. 9, sin perjuicio de ciertas matizaciones.

Así, de acuerdo con su aptdo. 4, es la ley nacional la que rige el carácter y contenido de la filiación y las relaciones paterno-filiales.

También se rigen, como regla, por la ley de la nacionalidad la tutela y demás instituciones de protección de los menores e incapacitados (art. 9.6 Cc).

La sucesión *mortis causa* se regula, en principio, por la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. No obstante, existen dos excepciones en orden a la aplicación de la última ley nacional del causante, a saber: primera, los testamentos y pactos sucesorios otorgados conforme a la ley nacional del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra su nacionalidad en el momento de su fallecimiento; y segunda, los derechos que ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del

matrimonio. En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, la legítima se regirá siempre por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (art. 9.8 Cc).

También la ley nacional juega un papel importante en materia de adopción. Así, el art. 19 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional -a la que se remite el art. 9.5 Cc- dispone que la ley nacional del adoptando rige en lo referente tanto a la capacidad de éste como a los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción en dos supuestos, a saber: primero, cuando el adoptando tenga su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción; y segundo, cuando el adoptando no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción.

Igualmente, la nacionalidad común de las partes actúa como punto de conexión principal en las normas de conflicto formuladas en los apdos. 2 y 7 del art. 9 Cc que prevén no uno sino varios puntos de conexión jerarquizados entre sí. En concreto, con arreglo al art. 9.2, la ley nacional de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio rige los efectos tanto personales como patrimoniales del mismo; en defecto de la misma, los contrayentes pueden recurrir a la autonomía de la voluntad, eligiendo de común acuerdo, en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, entre la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de ellos; a falta de elección se aplicará la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; y, en su defecto, la ley del lugar de celebración del matrimonio.

También, en relación con la ley aplicable a la obligación legal de alimentos, el art. 9.7 Cc utiliza como conexión principal la nacionalidad común del alimentista y alimentante, si bien este precepto ha sido desplazado por la ratificación por España del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, donde se fija como punto de conexión principal, en lugar de la nacionalidad común, la residencia habitual del alimentista.

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora resulta que el criterio generalizado que rige en Derecho español es el de aplicación de la ley de la nacionalidad al estatuto personal. No obstante, el propio Código civil contempla una serie de excepciones en que esta regla general no entra en juego, de tal manera que la ley personal es desplazada por la ley española.

Así, en primer lugar, y con carácter general, debe excluirse la aplicación de la ley extranjera cuando sea contraria al orden público español (art. 12.3 Cc). En este sentido, a partir de la Constitución española de 1978 se consideran contrarias al orden público aquellas normas extranjeras que contravengan o lesionen los derechos fundamentales o las libertades públicas contempladas en la Carta Magna, tales como la libertad religiosa, la igualdad entre los cónyuges, la libertad de empresa

o el derecho de propiedad. En concreto, el recurso al orden público español ha sido utilizado por la Dirección General de Registros y del Notariado para rechazar la aplicación de la ley extranjera en los siguientes supuestos: a) leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad matrimonial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (entre otras, Resoluciones DGRN 14 diciembre 2000 y 6 mayo 2010); b) leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (Resoluciones de 7 junio 1992 y 1ª de 10 junio 1999); c) leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (Resolución 3ª 24 enero 2005); d) leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (Resolución 3ª 15 junio 2004); y e) leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos (Resolución 1ª 7 julio 2005).

Al margen de lo anterior, es posible identificar una serie de supuestos de aplicación de la ley española en detrimento de la ley nacional, algunos de los cuales se exponen a continuación:

a) En materia de separación o divorcio: El art. 107.2 Cc, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, prevé que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio; y si los cónyuges tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio, siempre que uno de ellos resida habitualmente en dicho Estado en el momento de la presentación de la demanda. Pero en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) si no resulta aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas; b) si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o divorcio se pide de mutuo acuerdo; c) si las leyes anteriormente mencionadas no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

b) En materia de adopción: De acuerdo con el art. 18 Ley de Adopción Internacional -a la que, como se ha indicado, se remite el art. 9.5 Cc-, la adopción constituida por la autoridad competente española se rige por la ley española bien cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción, bien cuando haya sido o vaya ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en nuestro país.

Tales criterios se mantienen en el nuevo art. 18 en su redacción dada por el Proyecto de Ley de Protección a la infancia, si bien en el art. 19 se introduce una importante matización, a mi juicio muy acertada, referente a la denegación de la constitución de la adopción en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción (como es el caso p.e. del Código de Familia marroquí)³, salvo cuando el menor se encuentre bajo la tutela automática de la Administración española.

c) En materia de tutela y demás instituciones de protección de menores e incapacitados: El art. 9.6 Cc fija la aplicación de la ley española en tres casos: primero, en cuanto a las medidas provisionales o urgentes de protección a adoptar respecto de los menores e incapacitados que residan habitualmente en España; segundo, en cuanto a las formalidades de constitución de la institución protectora de que se trate, cuando en la misma intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas; y tercero, para adoptar las medidas de protección respecto de los menores e incapacitados abandonados que se encuentren en territorio español.

d) En materia de derechos reales: Según resulta del art. 10.1 Cc, respecto de los bienes muebles e inmuebles sitos en España rige la ley española en lo referente a las siguientes cuestiones: a) clasificación general de los bienes y distinción entre bienes muebles e inmuebles; b) clases de derechos reales y límites a la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales en un sistema de numerus apertus como es el español; c) contenido del derecho real, efectos entre las partes y oponibilidad frente a terceros; d) modos de adquisición y transmisión de los derechos reales; y e) formas de publicidad mobiliaria e inmobiliaria.

e) En materia de contratos de adhesión: La Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación es aplicable a los extranjeros que hayan prestado su adhesión al contrato en territorio español y tengan en éste su residencia habitual, aunque el contrato esté sometido a la legislación extranjera (art. 3.2, en su redacción dada por la Ley 44/2006 de mejora de la protección de los consumidores y usuarios).

f) En materia de protección de consumidores y usuarios: Del art. 67 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias en su redacción dada por la Ley 3/2014 resulta la aplicación imperativa de las normas españolas de protección tanto frente a las cláusulas abusivas como en materia de garantías, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que éste "mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo".

3 Sobre el particular puede consultarse mi trabajo "La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí", ADC (2013), núm. 3, pp. 1045-1107.

3. EXCEPCIONES A LA EQUIPARACIÓN EN CUANTO AL GOCE DE LOS DERECHOS CIVILES.

Según resulta de la lectura del art. 27 Cc, el principio general de equiparación entre españoles y extranjeros en cuanto al goce de los derechos civiles puede ser objeto de excepciones en virtud de lo dispuesto en las *leyes especiales* y en los *tratados internacionales*. De este modo, se establecen dos tipos de excepciones, las legales y las convencionales. A su vez, dentro de las excepciones de índole legal, puede distinguirse entre los casos en que existen prohibiciones, restricciones o controles específicos, y los supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad. todo, la evolución del Derecho español en las últimas décadas ha traído consigo que las excepciones al principio de equiparación sean cada vez menos numerosas y de menor entidad. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que tanto cuando la legislación española impone prohibiciones o restricciones como cuando acude a la reciprocidad está estableciendo excepciones a un principio general como es el de la equiparación entre nacionales y extranjeros en materia de goce de derechos civiles, las cuales por su carácter excepcional deben ser interpretadas restrictivamente.

3.1. Excepciones de índole legal.

3.1.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.

3.1.1.1. En la adquisición de la propiedad u otros derechos reales inmobiliarios.

Dentro del ámbito de los derechos civiles es, sin duda, en la cuestión relativa a la adquisición de inmuebles donde los extranjeros están sujetos a mayores limitaciones por la legislación española. En su mayoría estas restricciones aparecieron en la década de los años treinta del siglo pasado, motivadas por la crisis del liberalismo y por la inseguridad política que vivía Europa en los momentos previos a la II Guerra Mundial y que impelía a todos los Estados a reforzar su legislación en materia de protección de la seguridad nacional. Por añadidura, en lo que hace a España esta legislación restrictiva se vio reforzada tras la Guerra civil, ya que la ideología imperante entonces en nuestro país propugnaba la autarquía económica y, por tanto, era partidaria de cerrarse a las inversiones extranjeras. Con todo, la progresiva liberalización de las inversiones extranjeras a partir de la década de los ochenta del pasado siglo ha determinado la paulatina desaparición de las trabas existentes a la adquisición de inmuebles por parte de los extranjeros, de tal modo que en la actualidad sólo puede hablarse propiamente de restricciones por razón de la defensa nacional.

A) Restricciones por razón de interés para la defensa nacional.

Las limitaciones a la adquisición de inmuebles ubicados en zonas de interés para la defensa nacional fueron introducidas en Derecho español por la Ley de 23 de

octubre de 1935 y su Reglamento de 28 de febrero de 1936, fruto de la tensión política que se vivía en aquel momento en Europa y que se hacía especialmente patente en España. La precitada Ley en su art. 1 exigía la previa autorización del Ministerio de la Guerra para la adquisición por extranjeros de la propiedad de fincas o terrenos situados en zonas de interés militar; así como para la constitución a su favor de derechos reales limitados sobre los referidos inmuebles. Tras la Guerra civil, el contenido de esta regulación fue completado por la Orden de 26 de diciembre de 1949, los Decretos de 8 de junio de 1956 y de 21 de marzo de 1958 y la Ley de 21 de mayo de 1960. Con posterioridad, la Ley de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974 confirmó en su art. 17 la vigencia de esta normativa, remitiéndose a la misma y no alterando su contenido. En fechas más recientes, las limitaciones que operan en este sector pasaron a ser reguladas por la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional y su Reglamento de desarrollo aprobado por RD 689/1978, de 10 de febrero. Ambas normas continúan en vigor actualmente, si bien hace casi dos décadas el texto legislativo fue modificado por Ley 31/1990, de 27 de diciembre, a fin de excluir de su ámbito a los ciudadanos de la Unión Europea.

De acuerdo con la normativa hoy en vigor y, en particular, en atención al art. 4 Ley 8/1975, que reproduce el art. 4 RD 689/1978, son *zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros* aquellas que, por exigencias de la defensa nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado, resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero.

Dichas zonas, que especifica el art. 32 Reglamento, son las siguientes:

a) *Territorios insulares*: comprenden la totalidad de las islas e islotes de soberanía nacional. En dichos territorios los extranjeros pueden tener propiedades y otros derechos reales inmobiliarios hasta un porcentaje máximo del 15% en islas de superficie igual o superior a Formentera. En islas de superficie inferior a la indicada se les niega el acceso a la propiedad y demás derechos reales.

b) *Zona de Cartagena*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%

c) *Zona del Estrecho de Gibraltar*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 10%.

d) *Zona de la bahía de Cádiz*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 10%.

e) *Zona fronteriza con Portugal*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%.

f) *Zona de Galicia*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%.

g) *Zona fronteriza con Francia*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 15%.

h) *Territorios españoles del Norte de África no insulares*: porcentaje máximo de adquisición por extranjeros, el 5%.

La principal restricción a que están sujetos los extranjeros en estas zonas radica en que no pueden adquirir libremente propiedades ni cualquier otro derecho real inmobiliario, toda vez que la extensión total de los inmuebles que les puede pertenecer en propiedad o que pueden ser gravados con derechos reales limitados a su favor no puede exceder del porcentaje indicado en cada caso (art. 33 RD 689/1978). En orden a las consecuencias de la vulneración de dicha prohibición, el art. 23 Ley 8/1975 y el art. 44 RD 689/1978 prevén que, si bien no afectará al estado jurídico y fáctico de las propiedades que hubiesen adquirido los extranjeros, éstas podrán ser objeto de expropiación forzosa sin ulterior derecho de reversión si se estima necesario para salvaguardar los intereses de la defensa nacional.

Al margen de los porcentajes máximos de adquisición indicados, la normativa examinada impone a los extranjeros una prohibición consistente en que no pueden adquirir por usucapión o prescripción adquisitiva la propiedad ni otros derechos reales que tengan por objeto inmuebles ubicados en tales zonas (art. 26 Ley 8/1975 y art. 48 RD 689/1978).

Por añadidura, la adquisición de la propiedad u cualquier otro derecho real por los extranjeros en las zonas de acceso restringido está sujeto a un doble mecanismo de control, uno a cumplir con carácter previo al acto transmissivo o constitutivo del derecho real de que se trate, y otro de modo ulterior:

En primer lugar, los no nacionales deben solicitar y obtener autorización militar previa a la formalización del acto no sólo para acceder a la propiedad de los inmuebles ubicados en estas zonas, sino también para la constitución, transmisión y modificación de cualesquiera derechos reales limitados a su favor, e incluso para construir obras o edificaciones de cualquier clase (art. 18 Ley 8/1975 y art. 37 RD 689/1978). En concreto, dicha autorización ha de solicitarse al Ministerio de Defensa -o a las autoridades militares en quien delegue éste- por el procedimiento previsto en los arts. 79 a 87 RD 689/1978. En todo caso, la autorización es necesaria, cualquiera que sea el título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa* en virtud del cual se verifique la adquisición de la propiedad o la constitución de derechos reales limitados, según se desprende del art. 25 Ley 8/1975 y del art. 46 RD 689/1978.

Las sanciones previstas legalmente a la ausencia de autorización militar son la demolición, total o parcial -entiéndase, de la construcción efectuada en su caso- o la expropiación forzosa, a acordar alternativamente por el Ministerio de Defensa en función de las circunstancias del caso, junto a la posible imposición de sanciones pecuniarias en atención a la importancia objetiva de la infracción cometida y a la intencionalidad de sus autores (art. 29 Ley 8/1975 y art. 91 RD 689/1978. Vid. SSTs de 21 febrero 2001 y de 23 octubre 2002). Excepcionalmente, el régimen sancionatorio descrito no resulta aplicable a las transmisiones *mortis causa* verificadas a favor de extranjeros sin autorización militar; toda vez que respecto de las mismas el art. 25 Ley 8/1978 contiene una previsión especial -que reproduce el art. 46 del Reglamento-, según la cual de no solicitar el adquirente dicha autorización en el plazo de tres meses a contar desde la adquisición de la herencia, deberá proceder a la enajenación del inmueble o inmuebles adquiridos en el plazo de un año a computar, igualmente, desde aquel momento. Transcurrido el año sin haber procedido a la enajenación de aquéllos, o el mismo plazo desde la denegación de la autorización, el Ministerio de Defensa podrá proceder a su expropiación forzosa. En cualquier caso, no parece que el acto verificado sin la oportuna autorización administrativa adolezca de nulidad, ya que, en atención a lo dispuesto en el art. 6.3 Cc, los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, como es el caso⁴.

Como segundo mecanismo de control se impone la inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos que tengan por objeto la constitución, reconocimiento, transmisión o extinción a favor de extranjeros de la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles situados en las zonas de acceso. De no practicarse la inscripción en el plazo de dieciocho meses a contar desde el otorgamiento del acto o contrato de que se trate, la sanción prevista es la nulidad absoluta (art. 21 Ley 8/1975 y art. 41 RD 689/1978)⁵. Por añadidura, según resulta del art. 20 de la Ley y del art. 40.1 del Reglamento, la inscripción no podrá practicarse en defecto de previa acreditación de la oportuna autorización militar; sin que sea admisible la subsanación mediante su ulterior obtención y presentación ante el Registro de la Propiedad una vez transcurrido el plazo fijado (Resoluciones DGRN de 28 enero y de 29 enero 2004).

4 Cfr. LORENZO SERRA, L.: "Adquisición por extranjeros del dominio y derechos reales sobre inmuebles en zonas de acceso restringido. Autorización militar. Inscripción en el Registro de la Propiedad" (URL: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/autorizacion-militar.htm>, consultada el 18 febrero 2015).

5 LORENZO SERRA, L.: "Adquisición por extranjeros del dominio", cit., se desvincula del tenor literal de los preceptos indicados para defender la validez del acto no inscrito en el plazo fijado legalmente por considerar esta interpretación más acorde con las normas del Cc sobre requisitos esenciales del contrato. De este modo, el acto conserva su validez, si bien requerirá una nueva autorización militar por no haberlo inscrito en plazo. Personalmente, discrepo de esta interpretación con base, de nuevo, en el art. 6.3 Cc.

En cualquier caso, actualmente las limitaciones y mecanismos de control descritos no afectan a todos los extranjeros, sino sólo a los nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea -ya sean personas físicas o jurídicas, según precisan el art. 18 Ley 8/1975 y el art. 37 RD 689/1979-, toda vez que los ciudadanos de la Unión Europea fueron excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 8/1975 en virtud de su Disposición Adicional incorporada por la Ley 31/1990, de 27 de septiembre -vid. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 junio 1992 y STSJ de Andalucía de 26 septiembre 2003-. Y ello, como advierte atinadamente DE LUCAS FERNÁNDEZ, con independencia de que el extranjero pueda merecer la condición de sujeto de inversión extranjera, ya que en la normativa aquí examinada las limitaciones se imponen, no por razón de control de cambios o de inversión extranjera, sino por razones de defensa nacional⁶. Obviamente, ello no obsta a que adicionalmente hayan de observarse las normas sobre inversiones extranjeras en caso de que el adquirente tenga la condición de inversor extranjero. Junto a los extranjeros, dichas limitaciones afectan, igualmente, a las sociedades españolas que se encuentren en una de las dos situaciones que se describen a continuación: bien que su capital pertenezca en más del 50% a personas físicas o jurídicas extranjeras no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea; bien que, aun siendo la participación extranjera menor, los socios nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea tengan una situación de prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de los mismos en la gestión de la sociedad (art. 19 de la Ley 8/1975, en su redacción dada por la Ley 31/1990).

Con todo, las restricciones impuestas a los extranjeros por razones de seguridad nacional no se aplican excepcionalmente en dos supuestos. El primero de ellos se da cuando el inmueble de que se trate esté situado en los núcleos urbanos o en las zonas urbanizadas o de ensanche de poblaciones no fronterizas, entendiéndose por tales las ubicadas en términos municipales no colindantes con una frontera. Este supuesto, de acuerdo con el art. 16 Ley 8/1975 y el art. 35.1 RD 689/1978, queda fuera del ámbito de aplicación del régimen jurídico relativo a las zonas de acceso restringido, de lo que resulta que todas las disposiciones que lo integran, y no sólo las referentes al porcentaje máximo de adquisición por los extranjeros, son inaplicables a tales núcleos o zonas, según matiza la Dirección General de Registros y del Notariado en su Resolución de 27 marzo 1979. Ahora bien, como aclara la Resolución DGRN de 30 julio 1986, la excepción a que nos hemos referido "tiene una importante dimensión temporal que no es posible desconocer; por cuanto las sucesivas ampliaciones del suelo urbano que se realicen no pueden comprometer los intereses de la defensa nacional y así el citado precepto señala que la excepción es plena para los terrenos que la fecha de la entrada en vigor del citado Reglamento

6 Cfr. DE LUCAS FERNÁNDEZ, F.: "La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas", *Revista de Derecho Notarial* (2002-I), p. 187.

merezcan aquella consideración, pero no para las que con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento se produzcan en virtud de Planes Urbanísticos que no hayan sido informados favorablemente por el Ministerio de Defensa”.

La segunda excepción opera respecto de los inmuebles ubicados en un centro o zona declarada de interés turístico nacional. En este supuesto, según prevén el art. 18 Ley 8/1975 y el art. 38.1 RD 689/1978, se entenderá concedida la autorización militar, salvo que el Ministerio de Defensa disponga otra cosa previamente a la declaración de interés turístico (vid. Resolución DGRN de 20 octubre 1980).

B) Restricciones derivadas de la legislación sobre inversiones extranjeras.

La posición poco favorable hacia las inversiones extranjeras característica del anterior régimen político tuvo su incidencia en la adquisición de inmuebles por extranjeros, dando lugar a importantes restricciones. De hecho, todavía en el Texto Refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España de 31 octubre 1974 (arts. 18.1 y 19) y en su Reglamento de la misma fecha (arts. 22.1 y 23) se configuraba un régimen muy restrictivo en cuanto a la adquisición por extranjeros de la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en España, ya que tal adquisición se condicionaba, como regla, a la obtención de previa autorización administrativa cuando tuviese por objeto inmuebles rústicos, solares o más de tres viviendas de un mismo inmueble. Por añadidura, se predicaba el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos transmisivos de inmuebles rústicos a favor de extranjeros (art. 18.2 de la Ley y art. 22.2 del Reglamento).

Así las cosas, no es hasta mediados de los ochenta del pasado siglo cuando se inicia en nuestro país, fruto de las nuevas circunstancias políticas y socio-económicas, un importante proceso liberalizador en materia de inversiones extranjeras, resultando decisivo en este punto el RD Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica y el RD 1042/1985, de 29 de mayo, por el que se liberaliza el régimen de autorización de las inversiones extranjeras en España. Según se hace constar en sus respectivas Exposiciones de Motivos, los objetivos perseguidos por ambas disposiciones eran los siguientes: primero, estimular las inversiones extranjeras en España para que fuesen motor de recuperación económica de nuestro país; y segundo, adaptar la legislación española en la materia a la entonces Comunidad Económica Europea, preparando así nuestro ingreso en la misma en cuanto a la libre circulación de capitales y las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Ello se tradujo, en lo que aquí interesa, en la sustitución del trámite de la autorización administrativa por el de la verificación administrativa (según resulta de la lectura conjunta del art. 6 del RD Ley 2/1985 y del art. 2 del RD 1042/1985), cuya ulterior concreción se operó en virtud del RD Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, sobre inversiones extranjeras en España y del RD 2077/1986, de 25 de septiembre, por

el que se aprueba el Reglamento de inversiones extranjeras en España. En efecto, ambas normas -que derogan la Ley de 1974 y su Reglamento- exigen la verificación administrativa de aquellas inversiones que tengan por objeto la adquisición por personas jurídicas extranjeras o por personas físicas extranjeras no residentes en España de las siguientes clases de inmuebles: inmuebles de naturaleza rústica, solares, locales comerciales y más de tres pisos ubicados en un mismo edificio o, en general, más de tres unidades de una misma división horizontal (art. 13.2 del RD Legislativo 1265/1986 y art. 12.2 RD 2077/1986).

El siguiente paso en el proceso de liberalización de las inversiones extranjeras en nuestro país viene representado por la Ley 18/1992, de 1 de julio y el RD 671/1992, de 2 de julio, que derogan respectivamente el Decreto Legislativo 1265/1986 y el RD 2077/1986. En lo que aquí interesa, el RD 671/1992 consagra en su art. 13 la absoluta libertad de las inversiones extranjeras en inmuebles, salvo en dos únicos supuestos en los que se mantiene la exigencia de la verificación administrativa previa: a) cuando el importe total de la inversión supere los 500 millones de pesetas; b) cuando la inversión, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los relacionados en el RD 1080/1991. Adviértase, por lo demás, que el precitado Decreto, a efectos de calificar una inversión de extranjera, prescinde del criterio de la nacionalidad del sujeto inversor presente en la legislación anterior para adoptar, en su lugar, el criterio de la residencia, en coherencia con la Directiva 88/361/CEE. Así, de acuerdo con su art. 2, pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España las personas físicas no residentes en España, entendiéndose por tales los españoles o extranjeros domiciliados en el extranjero o que tengan allí su residencia principal; e, igualmente, las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero.

Con posterioridad, esta materia ha sido nuevamente reformada en virtud del RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, al objeto de garantizar una completa adecuación de nuestro Ordenamiento interno a las nuevas previsiones de la Unión sobre libertad de movimientos de capital caracterizadas por la ausencia de controles administrativos previos. De este modo, en dicho Decreto se suprime el trámite de la verificación administrativa previa para sustituirlo, en su lugar, por un trámite de declaración de las inversiones al Registro de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Economía y Hacienda con el único objeto de facilitar el conocimiento administrativo, estadístico y económico de tales operaciones, haciendo uso así de la facultad reconocida a los Estados miembros por el Tratado de Maastricht en su art. 73D. En concreto y en lo que aquí interesa, están sometidas a la necesidad de declaración al referido Registro únicamente la adquisición de inmuebles cuyo importe total supere los 500 millones de pesetas o su contravalor en euros o, cuando independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales (art. 3.e. RD 664/1999). La declaración debe verificarse con posterioridad a la realización de la inversión con arreglo a las reglas fijadas en el art. 4.2.b. RD 664/1999, salvo que tenga

por objeto una inversión procedente de paraísos fiscales, en cuyo caso habrá de efectuarse con carácter previo, según prevé el art. 4.2.a. RD 664/1999. Por lo demás, el RD 664/1999 mantiene el criterio del domicilio del sujeto inversor; presente ya en el RD 671/1992 -al que, por cierto, deroga expresamente- como determinante para calificar una inversión de extranjera.

Esta evolución normativa se cierra a fecha de hoy con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que, al objeto de facilitar las inversiones en España, dispensa un tratamiento especial en materia de permisos de residencia a aquellos extranjeros -no nacionales de la Unión Europea- que se propongan entrar en España a fin de realizar una "inversión significativa", entendiéndose por tal, conforme a su art. 62.2: a) una inversión inicial por un valor mínimo de 2 millones de euros en títulos de deuda pública española o por valor mínimo de 1 millón de euros en acciones o participaciones sociales de empresas españolas o depósitos bancarios en entidades financieras española; b) la adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión mínima de 500.000 euros; c) un proyecto empresarial de interés general, considerándose como tal aquél que implique la creación de puestos de trabajo, la realización de una inversión con impacto socioeconómico relevante en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad y/o la aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica. En cualquier caso, el art. 62.3 Ley 14/2013 prevé que los extranjeros podrán verificar la inversión de capital directamente o través de una persona jurídica que no esté domiciliada en un paraíso fiscal, siempre que posean en ésta mayoría de los derechos de voto y puedan nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Tales inversores podrán solicitar un visado de residencia por un periodo de un año (art. 63 Ley 14/2013). En caso de que deseen residir en España durante un periodo superior al de vigencia de su visado, podrán solicitar la concesión de una autorización de residencia para actividad empresarial, válida para todo el territorio nacional y con una vigencia temporal de dos años renovables, siempre que cumplan los requisitos previstos legalmente y, en particular, mantener la inversión inicial y estar al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (arts. 66 y 67 Ley 14/2013).

En todo caso, el acceso a este trato especial se supedita al cumplimiento de los requisitos generales que exige la legislación de extranjería para residir y trabajar por cuenta propia en España, esto es: a) no encontrarse irregularmente en territorio español; b) ser mayor de 18 años; c) carecer de antecedentes penales; d) no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido; e) contar con un seguro de enfermedad; y f) contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España (art. 62.3 Ley 14/2013).

3.1.1.2. En Derecho de familia.

Tradicionalmente, la legislación española ha venido imponiendo, asimismo, algunas limitaciones a los extranjeros en el ámbito del Derecho de familia. No obstante, hoy en día estas restricciones han desaparecido en razón de las profundas transformaciones acaecidas en la materia por imperativo de la CE de 1978.

En particular, la principal limitación para los extranjeros en materia de Derecho de familia se encontraba formulada, hasta la reforma del Código civil por la Ley 13/1983, en el núm. 12 del art. 237 que establecía que no podían ser tutores ni protutores los extranjeros que no residiesen en España. Esta limitación fue introducida en el Código civil en su redacción originaria sin que motivase discusión alguna en la Comisión General de Codificación, lo que demuestra que hubo una general aceptación de su utilidad, probablemente porque se creía que un extranjero no residente en España no podía ejercer un cargo tutelar al estar apartado de la persona sometido al mismo. Por esta misma razón, de la lectura conjunta de los arts. 237 y 298 Cc en su redacción anterior, resultaba que el extranjero no residente en España no podía formar parte del Consejo de Familia. En todo caso, la reforma de 1983 hizo desaparecer las discriminaciones que afectaban a los extranjeros en materia de tutela, por no tener correcto encaje las mismas en el nuevo régimen de la institución. Ello es así dado que el legislador de 1983 sustituyó el *sistema de tutela de familia* por el que optó originariamente el Código civil por un *sistema de tutela de autoridad judicial*. Así, mientras el *sistema de tutela de familia* se caracterizaba por concebir la tutela como una institución familiar, de tal manera que su organización se encomendaba a una asamblea parental -el *Consejo de familia*-, con intervención excepcional de los poderes públicos, el *sistema de autoridad judicial* hoy vigente se caracteriza por concebir la tutela como una institución pública, de tal manera que se encomienda al juez su constitución y fiscalización (arts. 216, 231 y 233 Cc). De este modo, actualmente resulta indiferente, en principio, que un extranjero residente fuera de España sea tutor; aunque si su lejanía implica mal ejercicio de su cargo deberá ser removido del mismo por la autoridad judicial (art. 247 Cc).

Otra restricción atinente al Derecho de familia que afectaba a los extranjeros hasta hace unas décadas, si bien de menor trascendencia dado su reducido ámbito, era la contenida en la Ley de 22 de julio de 1961 (art. 2.1ª) y en el Decreto de 13 de enero de 1977 (art. 16) que condicionaban la celebración del matrimonio de los funcionarios de la carrera diplomática y de los candidatos a la misma con persona de nacionalidad distinta a la española, hispanoamericana, filipina, portuguesa o brasileña a la obtención de previa dispensa ministerial. La misma exigencia operaba para los militares y los alumnos de las carreras militares para contraer matrimonio con persona de nacionalidad distinta a las indicadas en virtud de la Ley de 13 de noviembre de

1957. En cualquier caso, estas limitaciones fueron suprimidas respectivamente por el RD/1982, de 17 de marzo y por la Ley 85/1978, de 28 diciembre.

3.1.1.3. En Derecho sucesorio.

Los extranjeros, en principio, no pueden ser testigos en los testamentos de cualesquiera clase otorgados en España, salvo que entiendan el idioma del testador. Así se desprende de lo establecido en el art. 681.3º Cc, lo que constituye, más que una restricción por razón de extranjería, una limitación en base a la falta de aptitud para ser testigo por no entender el idioma del testador.

Por otra parte, la extranjería tampoco constituye una causa de incapacidad para testar; ya que a ella no se alude en el art. 663 Cc. No obstante lo anterior, el art. 684 Cc contempla una serie de garantías que deben acompañar al extranjero que quiere testar en España y hacerlo en su propio idioma cuando opte por el testamento abierto (art. 679 Cc) o cerrado (art. 680 Cc).

En concreto, en relación con el testamento abierto otorgado por extranjeros, el art. 684 Cc dispone que, cuando el idioma en que el testador exprese su voluntad no sea conocido por el notario, se requerirá la presencia de un interprete, elegido por el testador, que traduzca la disposición testamentaria a la lengua oficial en el lugar de otorgamiento -esto es, castellano o lengua oficial de la respectiva Comunidad Autónoma, habida cuenta de la pluralidad de lenguas existentes en el Estado español-. Como garantía adicional, el notario, conozca o no la lengua extranjera en que ha expresado su voluntad el testador, habrá de redactar el testamento en las dos lenguas, en la del testador y en la oficial del lugar de otorgamiento, con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador.

Esta exigencia de redacción en las dos lenguas -la extranjera del testador y la oficial del lugar de otorgamiento- rige, asimismo, respecto del acta de otorgamiento del testamento cerrado que debe extender el notario sobre la cubierta del mismo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 707.4º Cc.

Ningún requisito adicional se exige, en cambio, para el caso de que el extranjero opte por el testamento ológrafo. Así resulta del art. 688.4 Cc, según el cual "los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma".

3.1.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.

En ocasiones las leyes civiles especiales han sometido y someten el principio de igualdad de los extranjeros a los españoles en cuanto al goce de los derechos civiles al principio de reciprocidad; esto es, subordinándolo a que en el país de la

nacionalidad del extranjero se reconozca igualmente el mismo criterio de igualdad. Así sucede en los supuestos que se analizan a continuación.

A) Arrendamientos urbanos.

En la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, art. 7, se supeditaba el reconocimiento de los beneficios de la ley (prórroga forzosa, irrenunciabilidad de derechos, etc) a los arrendatarios extranjeros a que éstos acreditaran la existencia de reciprocidad en sus países respectivos a favor de los arrendatarios españoles. Precisamente, con base en este precepto y, por ende, en el principio de reciprocidad, la STS 11 julio 1985 reconoció el derecho de prórroga forzosa contemplado en el art. 57 LAU de 1964 a un arrendatario de nacionalidad marroquí contra el que se interpuso demanda de desahucio.

De esta regla general y, por ende, de la aplicación del principio de reciprocidad eran, sin embargo, exceptuados los refugiados y apátridas, para atribuirles los mismos beneficios concedidos por la legislación arrendaticia urbana a los españoles (art. 2 del Decreto de 22 de febrero de 1957, declarado vigente expresamente por la Disposición Final 2ª de la LAU de 1964).

En cualquier caso, la previsión contenida en la LAU de 1964 en la actualidad rige únicamente como mero Derecho transitorio respecto de los contratos sometidos a la anterior legislación arrendaticia urbana, ya que la vigente LAU de 1994 ha suprimido esta subordinación al principio de reciprocidad, de tal manera que actualmente los extranjeros en nuestro país gozan de los mismos derechos derivados de la legislación arrendaticia urbana que los españoles.

B) Arrendamientos rústicos.

De igual modo, la anterior Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 en su art. 14.2 negaba la condición de arrendatarios de fincas rústicas a las personas y sociedades extranjeras, exceptuando únicamente a los nacionales de países que aplicasen a los españoles el principio de reciprocidad y a los ciudadanos de la Unión Europea.

En este caso, y a diferencia de lo sucedido en materia de arrendamientos urbanos, el principio de reciprocidad no está en vía de extinción, ya que no sólo será aplicable, vía Derecho transitorio, a los contratos sometidos a la LAR de 1980, sino también a los contratos sujetos a la vigente LAR de 2003, en cuanto que su art. 9.7 -en su redacción dada por la Ley 26/2005- prohíbe ser arrendatario rústico a las personas y entidades extranjeras, excepción hecha de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, de los extranjeros con autorización de residencia de larga duración y de los nacionales de

Estados que reconozcan el principio de reciprocidad en esta materia o **con** los que exista un convenio internacional favorable a la equiparación de los nacionales de los Estados signatarios en esta materia.

C) Propiedades especiales.

a) Propiedad intelectual.

El art. 163 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 -en su redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio y cuyo tenor no ha sido modificado por la reciente Ley 21/2014, de 4 de noviembre-, tras equiparar, a efectos de la protección brindada por la misma, a los autores españoles con los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 163.1.1), con los nacionales de los países parte del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (art. 163.3, primer inciso) y con los extranjeros de nacionalidad diferente a los anteriores que residan habitualmente en España (art. 163.1.2.a), hace extensiva dicha protección a los nacionales de terceros países respecto de las obras publicadas por primera vez en territorio español, si bien faculta al gobierno español a restringir el alcance esta protección cuando entienda que no se da el requisito de reciprocidad (art. 163.1.2.b). Una solución similar adopta el legislador, como caso especial, para determinar el régimen aplicable al derecho de remuneración correspondiente a los autores de obras audiovisuales por su proyección. Y es que, con arreglo al apartado 2º del precitado art. 163, el reconocimiento de este derecho a todo autor audiovisual, cualquiera que sea su nacionalidad, tiene como límite el trato equivalente a los autores españoles, correspondiendo al gobierno determinar si nos encontramos en una situación de no equivalencia, pudiendo en tal caso destinar las cantidades recaudadas a fines de interés cultural. Finalmente, para los extranjeros que no se encuentren en ninguna de las dos situaciones anteriores se exige, en todo caso, el régimen de paridad o reciprocidad, ya que el art. 163.3 prevé en su segundo inciso que "los nacionales de terceros países (...) estarán equiparados a los autores españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales del país respectivo".

El principio de reciprocidad también está presente en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, en cuanto que su art. 2 sólo reconoce tal derecho a los autores nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea que no tengan residencia habitual en España "cuando la legislación del país del que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y sus derechohabientes".

b) Propiedad industrial.

También acude al principio de reciprocidad la legislación en materia de propiedad industrial. En efecto, el art. 2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de

Invencción y Modelos de Utilidad, tras disponer en su aptdo. 1º que podrán obtener los títulos de propiedad industrial regulados en la misma las personas físicas o jurídicas extranjeras que residan habitualmente en España, que tengan un establecimiento industrial o comercial efectivo y real en territorio español o que sean nacionales de países parte del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, en su aptdo. 2º reconoce, igualmente, tal posibilidad a los extranjeros que no se encuentren en ninguna de las tres situaciones anteriormente descritas, siempre que en el Estado del que sean nacionales se permita a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española la obtención de títulos equivalentes. Ello sin perjuicio de la aplicación preferente del Convenio de París o de cualquier otro tratado internacional ratificado por España en todo aquello que les sea más favorable (art. 2.3).

El mismo criterio adoptan la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (art. 3) y la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (art. 4) para permitir a los extranjeros registrar sus marcas y diseños industriales y, por consiguiente, acceder a la protección dispensada por aquéllas.

3.2. Excepciones de índole convencional.

Ciertamente los convenios internacionales de los que España es parte no suelen contener excepciones al principio de equiparación en el ámbito de los derechos civiles. Es más, los convenios suelen elaborarse con la finalidad contraria, esto es, para que las partes recíprocamente supriman las discriminaciones que afectan a sus respectivos nacionales en el territorio del otro Estado signatario. En definitiva, los convenios constituyen más una vía para eliminar las excepciones al principio de equiparación que para crearlas. Un claro ejemplo de esta realidad la encontramos en el ámbito de las propiedades especiales, sector en el que la mayor parte de los numerosos convenios existentes tratan de garantizar que cada Estado signatario extienda en su territorio a los extranjeros afectados por el convenio los mismos derechos y los mismos mecanismos de protección de los que disfrutaban los nacionales⁷.

III. LOS DERECHOS MERCANTILES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

I. El principio de igualdad del art. 15 Cco.

Según dispone el art. 15 Cco -que constituye la norma básica en la materia y que obedece a la misma filosofía que el art. 27 Cc-, el extranjero puede ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país en lo referente a su capacidad para contratar; y a las disposiciones del Cco español en lo concerniente a la creación

7 Vid., entre otros, Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 noviembre 1886 (ratificado por España el 2 julio 1973), Tratado de la OMPI sobre derechos de autor de 20 diciembre 1996 (ratificado por España el 15 septiembre 1998), Tratado sobre el Derecho de Marcas de 27 octubre 1994 (ratificado por España el 17 diciembre 1998- o Tratado sobre el Derecho de patentes de 1 junio 2000 -ratificado por España el 6 agosto 2013).

de sus establecimientos dentro de territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la Nación.

En otras palabras, en dicho precepto se reconoce la libertad de empresa de los extranjeros en España, ya sean personas físicas o jurídicas, y sólo se establecen unas reglas de conflicto en cuya virtud se determinan los casos en los que respecto a dichos empresarios resultara de aplicación uno u otro de los Ordenamientos jurídicos en conflicto, esto es, el Ordenamiento español o el Ordenamiento del país de la nacionalidad del empresario extranjero. Dichas reglas son dos, a saber:

a) Las cuestiones relativas a la capacidad se rigen por la ley personal del empresario extranjero.

b) La ley española es de aplicación a las consecuencias que se derivan del ejercicio en sí de la actividad empresarial.

Por tanto, cuando un extranjero tenga plena capacidad para ejercer la actividad empresarial con arreglo al Derecho del país del que sea nacional se le aplicará el estatuto jurídico del empresario previsto en la legislación española.

2. La capacidad para ejercer la actividad empresarial.

Como ya se ha indicado, la capacidad de los empresarios extranjeros que ejercen o quieren ejercer su actividad en nuestro país se rige por su ley nacional. El Código de comercio sigue así la línea tradicional del sistema español de Derecho internacional privado, en cuanto somete a la ley nacional las cuestiones relativas a la capacidad, en coherencia con lo dispuesto en el art. 9.1 Cc. Esta capacidad conformada con arreglo a la ley personal debe probarse, de acuerdo con GÓMEZ GÁLLIGO, mediante certificado debidamente legalizado -notarial o consularmente- en el que se acredite la capacidad contractual del empresario con arreglo a su ley nacional⁸.

Ahora bien, la solución del art. 15 Cco, si bien no plantea mayores dificultades cuando se trate de la validez de un acto de comercio aislado, ha sido puesta en entredicho por un importante sector de doctrina de cara su oportunidad cuando una persona extranjera se dedique habitualmente al ejercicio del comercio. En efecto, dado que nos encontramos en un ámbito en el que la rapidez y la seguridad resultan esenciales, no parece, en principio, muy adecuado que la otra parte tenga que hacer depender la validez de su contratación de lo dispuesto en una ley que seguramente desconoce. De hecho, hay tesis que defienden la aplicación de la ley del domicilio comercial, por entender que es la que mejor responde a esas premisas de agilidad y

8 Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, F.G., "El extranjero desde la perspectiva del Derecho privado", en PALOMAR OLMEDA, A. et al.: *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Cizur Menor (2004): Thomson Reuters Aranzadi, p. 271.

seguridad en el tráfico jurídico. Con todo, como pone de relieve TRINIDAD GARCÍA, no es previsible que se produzcan situaciones de inseguridad. Y es que en este punto hay que tener presente la llamada *cláusula del interés nacional* contenida en el art. 10.8 Cc, conforme a la cual son válidos, a efectos del Ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, cuando la causa de la incapacidad se encuentre regulada en la ley nacional de modo más restrictivo para la validez del contrato que en la legislación española o bien no esté prevista en Derecho español⁹.

3. Las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial.

Las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial se rigen por la Ley española. Por tanto, cuando un extranjero con plena capacidad y libre disposición de sus bienes según su ley personal ejerza habitualmente y en su nombre el comercio en España adquirirá la condición de comerciante (art. 1 Cco), y quedará sometido a la legislación española en todo lo referente al ejercicio de su actividad dentro del territorio nacional. Se aplicará, por tanto, no sólo el régimen español sobre el ejercicio de su actividad, sino también se regirán por el Derecho español todos los actos de comercio que realice el empresario extranjero dentro de nuestro territorio, que estarán sometidos a la jurisdicción de los tribunales españoles.

En particular, según resulta del art. 37.1 LOEX, el empresario extranjero debe cumplir todos los requisitos que la legislación española vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad empresarial proyectada. Tales requisitos se traducen esencialmente en la obtención de la oportuna licencia de apertura, en causar alta en la Seguridad Social como trabajador autónomo, en la inscripción en el Registro Mercantil y en la llevanza de la contabilidad.

Habida cuenta que el tratamiento que dispensa nuestro Ordenamiento a los extranjeros en orden a la exigencia de los requisitos indicados no difiere del de los españoles, con la única excepción de la inscripción registral, donde es posible encontrar alguna singularidad, interesa exponer cómo se articula este requisito respecto del empresario extranjero. Conviene recordar *ab initio* que la inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter meramente facultativo para los empresarios individuales, salvo para los navieros o empresarios dedicados al comercio marítimo (art. 19.1.1 Cco y art. 81.1.a. Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM). Existe, no obstante, una importante medida para el fomento de la inscripción del empresario individual consistente en que no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales en el caso de no estar inscrito (art. 19.1.2 Cco). Así las cosas, el empresario extranjero

9 TRINIDAD GARCÍA, M. L.: "La condición jurídica del comerciante extranjero", *Revista de Derecho Mercantil* (1988), p. 523.

que quiera -o deba, tratándose de un naviero- inscribirse en el Registro mercantil habrá de hacer constar su nacionalidad, entre otros datos, a efectos de la debida consignación de este dato en la inscripción registral (art. 38.1.4 RRM). Por añadidura, para el caso que traslade su domicilio a España, deberá hacer constar todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la legislación española y se encuentren vigentes en el Registro extranjero (art. 309 RRM).

No sucede lo mismo en relación con las sociedades y entidades mercantiles, toda vez que el art. 19.2 Cco y el art. 81.1 RRM prevé su inscripción obligatoria. En concreto y en lo que aquí interesa, el Reglamento del Registro Mercantil establece el carácter obligatorio de la inscripción de las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español (art. 81.1.1.). A tal objeto, deberán hacer constar, junto a otros datos también exigibles a las sociedades y entidades españolas, su nacionalidad (art. 38.2.3 RRM), así como todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la legislación española y se encuentren vigentes en el Registro extranjero (art. 309 RRM). Tratándose de sociedades anónimas europeas domiciliadas en España, su inscripción podrá practicarse previa justificación de que ha sido solicitada o realizada la liquidación de los impuestos correspondientes al acto inscribible y, una vez efectuada, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 7 Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el art. 314 de la misma norma)¹⁰.

Asimismo, es obligatoria la inscripción de las sucursales establecidas en territorio español por sociedades extranjeras (art. 81.1.k. RRM), y no sólo de las sucursales de sociedades mercantiles, sino, como dice el art. 307 RRM, de las "entidades jurídicas con personalidad jurídica y fin lucrativo". A este respecto la Dirección General de los Registros y del Notario mantiene un amplio criterio, según el cual las sociedades extranjeras que inscriban sucursales en España no han de coincidir necesariamente con los tipos societarios establecidos en Derecho español, quedando excluidas únicamente aquellas personas jurídicas que no persigan un fin lucrativo (Resolución DGRN de 29 febrero 2002).

En concreto, con arreglo a lo dispuesto en el art. 300.1 RRM, las sucursales extranjeras se inscribirán en el Registro Mercantil que corresponda al domicilio en

10 La sociedad anónima europea (SE) constituye un nuevo tipo societario creado por el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre del 2001, como nueva alternativa para los grupos empresariales con actividades en varios estados miembros de la Unión Europea. En concreto, se prevén cuatro formas diferentes de constitución de una SE: a) *fusión*: forma de constitución que solo puede ser adoptada por S.A. de diferentes países de la Unión Europea, y podrá hacerse por absorción entre empresas o por constitución de una nueva sociedad; b) *creación de una sociedad holding*, pudiendo estar implicadas tanto S.A. como S.L. con domicilio social en diferentes países de la Unión Europea o con filiales ubicadas en países diferentes al del domicilio social de la empresa matriz; c) *constitución de una SE filial*: forma de constitución abierta a cualquier tipo de sociedad con domicilio social en la Unión Europea. Se articula mediante la constitución, entre sociedades de diferentes países, de una filial en otro país de la Unión; d) *transformación en SE*: se permite la transformación de una sociedad anónima de un Estado miembro en una Sociedad Europea, siempre que la primera haya tenido una filial en otro país de la UE durante, al menos, dos años.

España de la propia sucursal, debiendo presentarse a tal efecto los documentos debidamente legalizados que acrediten la existencia de la sociedad, sus estatutos vigentes y sus administradores, así como el documento de constitución de la sucursal. En la inscripción se harán constar los datos relativos a la sociedad y a la sucursal en los mismos términos exigidos a las sociedades españolas (art. 300.2 RRM).

En caso de que una misma sociedad extranjera establezca una segunda o posterior sucursal en España, el art. 301 RRM trata de simplificar los trámites para su inscripción registral, de tal manera que no será necesario justificar todos los datos de la sociedad extranjera, sino que bastará una referencia a los que resulten de la primera sucursal establecida.

De acuerdo con el art. 302 RRM, una vez inscrita la sucursal, se irán reflejando en su hoja registral todas las modificaciones posteriores atinentes a la sociedad (tales como el cambio de su denominación o domicilio; el cese, renovación o nombramiento de nuevos administradores; la modificación de sus estatutos; o su disolución y ulterior liquidación) y a la propia sucursal (en concreto, cambios en su mención identificativa: vid. Resolución de la DGRN de 27 julio 2006, en su domicilio, en sus actividades o en sus representantes).

4. PERMISOS REQUERIDOS A LOS EXTRANJEROS PARA EJERCER LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ESPAÑA.

4.1. Régimen general.

De acuerdo con el art. 36 LOEX, los extranjeros mayores de dieciséis años que pretendan ejercer en nuestro país una actividad laboral o profesional, ya sea por cuenta propia o ajena, deben obtener una autorización de residencia y trabajo, cuya duración se encuentra limitada temporalmente a cinco años (arts. 62 y 103 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 557/2011, en adelante RLOEX), así como territorialmente por lo que atañe a la autorización inicial (art. 63 y 104 ROEX). La referida autorización de residencia y trabajo constituye, por tanto, una obligación específica a cumplir por el empresario extranjero, que no le exonera, como ya se ha indicado, del cumplimiento adicional de los requisitos que la legislación española impone a los nacionales para la apertura y explotación de una empresa.

En concreto, y en lo que aquí interesa, el trabajador extranjero que pretenda trabajar por cuenta propia en España deberá presentar personalmente una solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia (art. 106.1 RLOEX). Dicha solicitud deberá ir acompañada de los siguientes documentos: a) copia del pasaporte completo -o documento de viaje- en vigor; b) relación de las autorizaciones o licencias exigidas para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad

requerida, con indicación de la situación en que se encuentren los trámites para su consecución; c) acreditación de la capacitación y, en su caso, cualificación legalmente exigida para el ejercicio de la profesión; d) proyecto de establecimiento o actividad a desarrollar, con indicación de la inversión prevista, rentabilidad esperada y, en su caso, puestos de trabajo cuya creación se prevea; y e) documentación acreditativa de que cuenta con la inversión económica suficiente para la implantación del proyecto o con compromiso de apoyo suficiente por instituciones financieras u otras (art. 106.2 RLOEX).

Una vez presentada la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, la misión diplomática u oficina consular dará traslado de la misma por medios electrónicos o, de no ser posible, físicos, al órgano competente de la Administración General del Estado (Delegaciones del Gobierno), el cual deberá proceder a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación y, en su caso, concesión (art. 106.4 a 6 RLOEX).

A este respecto, la concesión se condiciona a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) no encontrarse irregularmente en España; a) cumplir los requisitos exigidos por la legislación española a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; b) carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años por delitos previstos en el Ordenamiento español; c) no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido; d) poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional; e) acreditar la suficiencia de la inversión de la actividad proyectada y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo; f) contar con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad; y g) abonar la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta propia (art. 105.2 y 3 ROEX).

De no cumplirse estos requisitos la concesión será denegada, salvo el relativo a la carencia de antecedentes penales fuera de España, que será valorado por la oficina consular en relación con el visado de residencia y trabajo (art. 106.5.2 RLOEX). A igual resultado denegatorio se llegará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) presentar documentos falsos, formular alegaciones inexactas o actuar de mala fe para fundamentar la solicitud; b) informe policial desfavorable; y c) concurrencia de una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiese sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud (arts. 69.1, letras d a f, RLOEX, por remisión del art. 106.5.3 RLOEX).

Ahora bien, pese a los términos imperativos en que se expresa el art. 36 LOEX, no todos los empresarios extranjeros necesitan la específica autorización de residencia y trabajo por cuenta propia. En efecto, aparte de no exigirse a los ciudadanos de

la Unión Europea ni a los denominados “emprendedores” (Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), existen determinados documentos que homologan para trabajar en España sin necesidad de obtener dicha autorización. Tales documentos son: a) la autorización de residencia de larga duración (art. 32 LOEX); b) la resolución de concesión de asilo o de protección subsidiaria (art. 36.1.c. de la Ley 12/2009 del derecho de asilo y de la protección subsidiaria -en adelante, LDA- y art. 34.3 LOEX) o, en su defecto, la autorización de residencia temporal por razones de protección internacional (art. 37.b. LDA y arts. 125 y 129 RLOEX); c) la tarjeta acreditativa del estatuto de apátrida (art. 34.1 LOEX y art. 13 Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida aprobado por RD 865/2001, de 20 julio, en adelante RREA); y d) la resolución administrativa de estar exceptuado de la autorización de trabajo que se otorga a quienes desempeñan determinadas actividades profesionales (art. 41.1 LOEX y art. 117 RLOEX).

4.2. Regímenes especiales.

El régimen general descrito en el epígrafe anterior no resulta de aplicación a los refugiados -o en general, las personas necesitadas de protección internacional- ni a los apátridas, en cuanto que tanto los unos como los otros que gozan de un régimen especial previsto en la propia legislación de extranjería, así como en la normativa específica de que son objeto.

De igual modo, están excluidos del mismo los nacionales de los países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, tal y como se prevé expresamente en el art. 1.3 LOEX.

Por añadidura, desde fechas recientes también se dispensa un trato especial a los denominados “emprendedores”, a fin “de atraer inversión y talento a España”, según puede leerse en el Preámbulo de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores.

Además, dicho régimen general descrito debe entenderse sin perjuicio de los convenios y tratados internacionales sobre la materia suscritos y ratificados en España -a los que se hará una breve referencia en el epígrafe 3.6.-; de hecho, el propio art. 1.2 LOEX formula expresamente el principio de respeto a los tratados internacionales.

4.2.1. Los refugiados y apátridas.

En la actual política migratoria europea, los refugiados -o en general, las personas necesitadas de protección internacional- y apátridas gozan de un régimen especial del que se derivan consecuencias en el ámbito laboral, tratando de compensar así su situación de especial desprotección.

En particular, aquellas personas a los que se les haya reconocido bien la condición de refugiados, bien la condición de beneficiarios de la protección subsidiaria -modalidad de protección internacional incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico en virtud de la Ley 12/2009- no tienen que solicitar autorización para trabajar en España, ya que la concesión de asilo o del derecho a la protección subsidiaria implica la autorización de residencia en España y la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles (art. 36.1.c. LDA y art. 34.3 LOEX). Es más, están autorizados para trabajar durante la tramitación de la solicitud de protección internacional (art. 32 LDA). Y aún denegada la solicitud de protección internacional, podrá concedérseles una autorización de residencia temporal por razones de protección internacional que llevará aparejada una autorización de trabajo en España (art. 37.b. LDA y art. 125 y 129 RLOEX).

Asimismo, los apátridas reconocidos tendrán derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles sin que se les exija otro requisito adicional que la tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida (art. 13 RREA y art. 34.1 LOEX).

4.2.2. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Por su parte, y tal y como dispone el art. 1.2 LOEX, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se rigen prioritariamente por la legislación de la Unión Europea, siéndoles únicamente de aplicación la legislación española de extranjería en aquellos aspectos que les puedan ser más favorables.

En particular, los tratados, anexos y protocolos que integran el Derecho originario constituyen la base de las diferencias de tratamiento que establece el Derecho español entre los empresarios comunitarios y los restantes empresarios extranjeros. Así, aquellos se encuentran en una posición más próxima al empresario español que al extranjero en virtud de la cláusula *de no discriminación por razón de nacionalidad* fijada por el art. 7 del Tratado de Roma, así como por gozar de la ciudadanía de la Unión que le atribuye el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (arts. 8 y 8A del Tratado de Roma). En aplicación de esta regla, España ha dejado de requerir a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo el permiso de residencia a los efectos de poder establecerse en territorio español y de poder acceder en el mismo a cualquier actividad por cuenta propia -o ajena-. En suma, los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pueden residir en España sin más requisitos que poseer su pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste la nacionalidad de su titular y solicitar su inscripción en el Registro Central de Extranjeros para estancias superiores a tres meses (art.

7 RD 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Es más, tal derecho adquiere la condición de residencia de larga duración tras haber residido por un periodo continuado de cinco años en España (art. 10.1 RD 240/2007). Asimismo, tiene derecho a la residencia de larga duración el ciudadano de la Unión Europea, que trabajando por cuenta propia, se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) haber alcanzado en el momento del cese su actividad la edad prevista en la legislación española para acceder a la jubilación con derecho a pensión; b) haber cesado en el desempeño de su actividad por incapacidad laboral permanente, siempre que haya residido en España durante un periodo ininterrumpido de más de dos años; y c) pasar a desempeñar su actividad en otro Estado miembro manteniendo la residencia en España, tras haber residido y desarrollado su actividad en territorio español de modo continuado durante más de tres años (art. 10.2 RD 240/2007).

Junto a dicho principio general, el Tratado de Roma, así como el Derecho derivado del mismo garantizan una serie de libertades económicas en beneficio de todos los ciudadanos de la Unión Europea a respetar por los Estados miembros: libre circulación de mercancías, libre circulación de personas y derecho de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales, cuya efectiva puesta en práctica se ha producido con la construcción del mercado interior comunitario de 1993, una vez en aplicación el Acta Única Europea, y mejora con la paulatina vigencia del Tratado de Schengen, incorporado posteriormente al Tratado de Amsterdam.

En lo que aquí interesa, la libre circulación de mercancías implica la supresión en el intercambio de mercancías de los derechos de aduana, de importación y exportación y de cualesquiera exacción de efecto equivalente entre los Estados miembros (arts. 9 a 37 del Tratado de Roma). La libre circulación de personas conlleva la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (arts. 48 a 51 del Tratado de Roma). La libertad de establecimiento comprende la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (arts. 52 a 58 Tratado de Roma). La libre prestación de servicios implica la supresión de las restricciones existentes en la prestación de servicios -entendiendo por tales aquellas actividades industriales, mercantiles, artesanales y propias de las profesiones liberales- para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Unión Europea que no sea el del destinatario de la prestación (arts. 59 a 66 del Tratado de Roma). Por último, la libre circulación de capitales supone la eliminación de las limitaciones estatales existentes tanto a la disposición transfronteriza por parte de los ciudadanos comunitarios de sus capitales como a la transferencia de los mismos a terceros países (arts. 67 a 73H del Tratado de Roma).

4.2.3. Los “emprendedores”.

Finalmente, la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización dispensa un trato especial por razones de interés económico a aquellos extranjeros que, no siendo ciudadanos de la Unión Europea ni beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia, tengan la condición de “emprendedores”, en cuanto “facilita su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico” (art. 61).

En particular, se considera emprendedores a aquellos extranjeros que pretendan iniciar, desarrollar o dirigir una actividad emprendedora, esto es, una actividad económica “que sea de carácter innovador con especial interés económico para España [lo que se traduce prioritariamente en la creación de puestos de trabajo] y, a tal efecto, cuente con un informe favorable del órgano competente de la Administración General del Estado” (arts. 69.1 y 70 Ley 14/2013).

Por añadidura, deberán cumplir los requisitos generales que exige la legislación de extranjería para residir y trabajar por cuenta propia, así como los requisitos que la legislación española impone a los nacionales para el inicio de la actividad empresarial de que se trate (art. 69.2 Ley 14/2013).

Este tratamiento especial se traduce *a priori* en que podrán solicitar un visado de residencia por un periodo de un año, a fin de efectuar los trámites previos que les permita desarrollar su actividad emprendedora (art. 68 Ley 14/2013). En caso de que deseen residir en España durante un periodo superior al de vigencia de su visado, podrán solicitar la concesión de una autorización de residencia para actividad empresarial, válida para todo el territorio nacional y con una vigencia temporal de dos años renovables, siempre que se mantengan las condiciones que generaron su concesión (art. 69.1 Ley 14/2013).

5. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

No obstante lo anterior, existen algunas limitaciones en Derecho español que matizan el acceso igualitario de los extranjeros al ejercicio de una actividad empresarial, pudiendo distinguir dentro de las mismas entre supuestos de prohibiciones y restricciones, y supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.

5.1. Supuestos de prohibiciones y restricciones.

En orden a las prohibiciones y restricciones, cabe señalar que los extranjeros, aunque pueden ser agentes mediadores de comercio en España, carecen de fe pública, en cuanto les está vedado el ingreso en los Colegios de agentes españoles (arts. 89 y 94 Cco). Tampoco pueden ser agentes de la propiedad intelectual, salvo

que sean nacionales de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (art. 157 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad).

Párrafo aparte merece el desarrollo de la actividad bancaria por los extranjeros en España, ya se trate de la creación de bancos bajo control de personas extranjeras o propiamente del ejercicio de la actividad bancaria por entidades crediticias extranjeras. Sobre la primera cuestión, el art. 9 RD 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito prevé, como requisito adicional a la autorización del Banco de España -necesaria para la creación de cualquier Banco: art. 6 Ley 10/2014,-, la prestación de una garantía que alcance a la totalidad de actividades a desarrollar por el Banco, en caso de que el control del banco vaya a ser ejercido por una o varias personas domiciliadas o autorizadas en un Estado no miembro de la Unión Europea. En lo que atañe a la segunda cuestión, la precitada Ley 10/2014 supedita el ejercicio en España de la actividad bancaria por entidades de crédito de Estados no miembros de la Unión Europea, ya sea mediante la apertura sucursal o en régimen de libre prestación de servicios (sin establecimiento permanente) a la obtención de previa autorización del Banco de España (arts. 6 y art. 13), autorización que podrá ser denegada en caso de incumplimiento de los requisitos previstos en su Reglamento de desarrollo o por aplicación del principio de reciprocidad (art. 17.1 RD 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). Esta limitación no afecta, sin embargo, a las entidades crediticias autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, las cuales, según dispone el art. 12 Ley 10/2014 “podrán realizar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, las actividades que gocen de reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea” (vid., asimismo, art. 16.1 RD 84/2015), desde el momento en que el Banco de España reciba una comunicación de la autoridad supervisora de del país de origen con la información prevista al efecto en el art. 16.2 RD 84/2015. En cualquier caso, el ejercicio de la actividad bancaria en España por entidades crediticias extranjeras -ya se trate de europeas o de terceros países- requiere, al igual que por parte de las españolas, la correspondiente inscripción en el Registro de entidades de crédito del Banco de España (art. 15.2 Ley 10/2014). Finalmente, conviene reparar en la circunstancia de que los extranjeros -ya sean nacionales de la Unión Europea o de terceros países- tienen impedido el acceso a los órganos rectores tanto del Banco de España (art. 24 Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España) como del Instituto de Crédito Oficial (arts. 6.3 RD 706/1999, de 30 abril); no así, en cambio, a los de la Banca privada, sin perjuicio de que se les exija los requisitos de idoneidad previstos en la legislación española (vid. art. 14 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

5.2. Supuestos de sometimiento al principio de reciprocidad.

En otras ocasiones el libre acceso de los extranjeros a la actividad empresarial se hace depender de que nuestros nacionales reciban en el país de origen de los interesados el mismo trato. Así, por ejemplo, el principio de reciprocidad opera en el ámbito de la banca privada y, en concreto, en lo relativo a la creación de filiales de entidades de crédito extranjeras (art. 7 del RD 1144/1988 sobre creación de bancos Privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras); en materia de seguros privados (art. 2.2 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre); así como en el ámbito de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual, ya examinado.

6. RÉGIMEN CONVENCIONAL.

Para finalizar este trabajo, no puede obviarse la importante incidencia en el desarrollo de la actividad empresarial por los extranjeros en España de los convenios bilaterales de los que España forma parte en materia de comercio. Aunque su elevado número hace improcedente un tratamiento pormenorizado de los mismos, sí parece oportuno exponer brevemente las cláusulas comúnmente empleadas respecto de la materia que nos ocupa, de acuerdo con la doctrina internacionalista:

a) la *cláusula de la nación más favorecida*, en virtud de la cual los países signatarios adquieren el compromiso de ofrecer a los nacionales de la otra parte el mejor trato del que gocen los nacionales de otros países en el propio (como es el caso de los celebrados con países iberoamericanos).

b) la *cláusula de asimilación*, a través la cual los países signatarios se comprometen a ofrecer a los nacionales de la otra parte el mismo trato que sus nacionales.

c) la *cláusula de reciprocidad*, mediante la cual los países signatarios se comprometen a ofrecer a los nacionales de la otra parte el mismo trato que sus nacionales, siempre que exista un tratamiento recíproco.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ PIÑA, J. F.: "La adquisición de inmuebles por extranjeros", *La Ley* (1985-1), pp. 1060-1072.

ABARCA JUNCO, A. P. et al.: *Inmigración y extranjería: Régimen jurídico básico*. Madrid (2010): Colex.

ÁVILA NAVARRO, P.: *El Registro Mercantil*. Barcelona (1997): Bosch.

COIG MARTÍNEZ, J. M.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Madrid (2004): Universitas Internacional.

DÍAZ CREGO, M.: "El derecho a no ser discriminados por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?", *Revista Española de Derecho Constitucional* (2010), núm. 89, pp. 115-155.

DE BENITO, J.: "Modificaciones en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio", *La Administración Práctica* (2009), núm. 10, pp. 953-959.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ CABALLERO, M. J.: "Virtualidad actual del principio de equiparación del status del extranjero con el nacional ante los derechos civiles", *La Ley* (2005), núm. 3, pp. 1754-1757.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*. Madrid (2010): Tecnos, 14ª ed.

IRIARTE ÁNGEL, J. L.: *Los derechos civiles de los extranjeros en España. El art. 27 del Código civil*. Madrid (1988): La Ley.

IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: "La adquisición del dominio y derechos reales por extranjeros sin autorización militar y sin inscripción: ¿cuándo el contrato es nulo?", *La Ley* (1998), núm. 4, pp. 1542-1544.

LORENZO SERRA, L.: "Adquisición por extranjeros del dominio y derechos reales sobre inmuebles en zonas de acceso restringido. Autorización militar. Inscripción en el Registro de la Propiedad" (URL: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/autorizacion-militar.htm>).

LUCAS FERNÁNDEZ, F. DE: "La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas", *Revista de Derecho Notarial* (2002), núm. I, pp. 93-202.

MARÍN LÓPEZ, A.: "Los derechos civiles, públicos, laborales, económicos y culturales de los extranjeros en España", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (2003), núm. 6, pp. 389-433.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. (dtor): *Derecho de extranjería, asilo y refugio*. Madrid (2003): Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2ª ed.

MARTÍN VILLAREJO, A.: "Comentario al art. 163 de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodríguez Tapia). Madrid (2007): Thomson-Civitas, pp. 930-935.

MENÉNDEZ, A. y ROJO, Á. (dtores.): *Lecciones de Derecho mercantil*. Madrid (2014): Thomson-Civitas, 12ª ed.

MULLERAT, R.: "La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros en España. Especial consideración de las normas sobre control de cambios", *Revista de Derecho Privado* (1979), pp. 318-344.

PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Cizur Menor (2004): Thomson Reuters Aranzadi.

PAZ-ARES, C., BERCOVITZ, R., DÍEZ-PICAZO, L. y SALVADOR CODERCH, P. (dtores.): *Comentario del Código civil*. Madrid (1993): Ministerio de Justicia.

RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.): *El nuevo Derecho de Extranjería. Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Granada (2001): Comares.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil*. Cizur Menor (2014): Thomson Reuters Aranzadi, 36ª ed.

TRINIDAD GARCÍA, M. L.: "La condición jurídica del comerciante extranjero", *Revista de Derecho Mercantil* (1988), pp. 487-538.

URÍA Y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*. Madrid (2006-2007): Thomson-Civitas, 2ª ed.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I. Barcelona (1991): J.M. Bosch Ed.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR: EL CASO
DE MÉXICO

THE RIGHT TO IDENTITY OF THE CHILD: THE CASE
OF MEXICO

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 56-75



Karla
CANTORAL
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de marzo de 2015

RESUMEN: El objetivo de este artículo consiste en realizar un estudio sobre el derecho a la identidad en México, especialmente en el caso de personas vulnerables como son los menores, para analizar las garantías que permiten hacer efectivo este derecho y el ejercicio de otros, tales como la educación, la salud y el propio reconocimiento frente a la sociedad, toda vez que la evolución dogmática del derecho a la identidad a partir de su constitucionalización permite valorar su independencia dentro del contexto del derecho de familia.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la identidad, interés superior del menor, registro de nacimiento, nombre, filiación.

ABSTRACT: The purpose of this article is to conduct a study on the right to identity in Mexico, especially in the case of vulnerable people such as children, to analyze the guarantees that allow the exercise of this right and exercising other such such as education, health and recognition itself to society, since the dogmatic evolution of the right to identity from its constitutionalization can assess their independence within the context of family law.

KEY WORDS: Right to identity, interests of the child, birth registration, name, affiliation.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Aspectos doctrinales del derecho a la identidad.- III. Perspectiva del derecho a la identidad del menor en México.- IV. El nombre como elemento del derecho a la identidad del menor.- V. La cédula de identidad para menores ¿avance o retroceso?- VI. Constitucionalización del derecho a la identidad del menor en el sistema jurídico mexicano.- VII. Estudio jurisprudencial sobre el derecho a la identidad del menor.- VIII. Conclusiones.- IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

En el contexto del mundo globalizado en el que nos encontramos, es una realidad que todavía existen personas que carecen de registros de acta de nacimiento, especialmente menores de edad, por ejemplo en los países de América Latina de acuerdo a un estudio realizado por la UNICEF¹, en el año 2000 un 18% de niños menores de 5 años carecía de registro de nacimiento, mientras que para el año 2011 este porcentaje disminuyó a un 10%, cifra que representa para esta región alrededor de 5.3 millones de niños no registrados².

En el Estado Mundial de la Infancia 2015 emitido por la UNICEF, encontramos que a nivel mundial, al 78% de los niños menores de 5 años más ricos se les registra al nacer; pero sólo el 49% de los más pobres gozan del derecho a una identidad oficial; mientras que el 79% de los niños que viven en las ciudades tienen su certificado de nacimiento, esto ocurre solamente entre el 50% de los que viven en zonas rurales³. De acuerdo al informe de la UNICEF, para el caso de América Latina y el Caribe al año 2014 se contaba con un registro de nacimientos del 92% de la población⁴.

Los datos cuantitativos antes citados, nos permiten justificar el objetivo general de este artículo, que consiste en analizar el derecho a la identidad del menor como elemento *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos, tales como la educación, la salud y su propio reconocimiento frente a los integrantes de una comunidad.

1 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

2 Registro de nacimiento en América Latina y el Caribe, UNICEF, boletín número 1, 15 de julio de 2011, http://www.unicef.org/lac/UNICEF_TACRO_boletin_registro_de_nacimiento_06152011%283%29.pdf

3 *Estado mundial de la infancia 2015: reimaginar el futuro*, UNICEF, disponible en la página: <http://sowc2015.unicef.org/report/part-2/?lang=es>

4 *Estado mundial de la infancia 2014 en cifras: todos los niños y niñas cuentan*, UNICEF, 2014, disponible en la página: <http://www.unicef.org/spanish/sowc2014/numbers/#statistics>

• Karla Cantoral Domínguez

Doctora en Derecho Judicial, profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel I. Especialista en responsabilidad civil, derecho civil, mediación, transparencia, derecho a la información y protección de datos personales. Correo electrónico: karlacantoral@gmail.com

De ahí que la hipótesis que se propone es la siguiente: la negación del derecho a la identidad de los niños los coloca en una situación de gran vulnerabilidad, que les hace nugatorio el ejercicio de otros derechos como educación, salud, la expedición de un pasaporte, así como para poder contar con un documento que permita distinguirlos del resto de la sociedad y tener certeza inclusive hasta de su fecha de nacimiento.

En México, desde el año 2014 el derecho a la identidad se reconoce como un derecho fundamental, toda vez que se incorporó al art. 4º de la Constitución Federal, mediante el cual se establece la facultad de que el Estado haga posible que se expida de forma gratuita por parte del Registro Civil la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento correspondiente, a continuación estudiaremos algunos elementos así como la evolución del derecho a la identidad en el caso de menores de edad en el sistema jurídico mexicano.

II. ASPECTOS DOCTRINALES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

El jurista italiano Adriano de Cupis fue el primero en sistematizar el derecho a la identidad de las personas. Al explicar el derecho a la identidad expresaba que la identidad personal, es decir, el ser sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede, en sí y por sí, ser destruida, y ser sí mismo significa serlo también aparentemente, en el conocimiento y en la opinión de los otros, y significa serlo socialmente⁵.

Es en Italia donde este derecho a la identidad se configura judicialmente. La Corte Suprema italiana de 1971 estableció el derecho de cada uno a ser reconocido en "su peculiar realidad" con los "atributos, calidad, caracteres, acciones, que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo". Esto, sobre el caso siguiente: En un cartel utilizado para propaganda se reprodujeron las imágenes de un hombre y una mujer que, siendo notorios partidarios de la ley de divorcio y coautores de la norma, eran mostrados pronunciándose a favor de la abrogación de ella; aparecían casados y como agricultores, lo que no era cierto. El pretor atendió a las tres inexactitudes y se refirió a la imagen y al derecho a la identidad sustentado en la Constitución. El juez encontró afectado el derecho a la identidad de la pareja porque estaba falseada la ideología, el estado de familia y la posición social de las personas, cuya imagen también se había utilizado sin su consentimiento⁶.

En Italia la Corte de Casación de 22 de junio de 1985, sentenció: cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta

5 DE CUPIS, A.: *Il diritto della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu A. y Messineo F., Milán (1959), t. II, p. 3.

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima (1990): Universidad de Lima, p. 151.

es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular; con la aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva.⁷

El derecho a la identidad incluye el nombre, la nacionalidad, la filiación, los caracteres físicos y morales, la profesión y los acontecimientos diversos de la vida.

En la doctrina argentina también se ha abordado el contenido y significado del derecho a la identidad como derecho de la personalidad fundamental; al respecto se ha sostenido que el derecho a la identidad se refiere a los modos de ser culturales de cada uno.⁸ Depende del dinamismo de la vida en su apariencia ante los otros. Se autocrea y puede modificarse si se cambian las vivencias personales, las ideas políticas, religiosas y estéticas, hasta las costumbres y hábitos. Los doctrinarios argentinos han sostenido que la identidad es la verdad exterior del propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, según había aparecido con base en circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social⁹.

Pero hay autores que discrepan en considerar parte del derecho a la identidad, los relativos a las ideologías, la política y la moral; en todo caso, han señalado que representan un interés general pero no una identidad personal¹⁰.

III. PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR EN MÉXICO.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en los arts. 2, 4 y 20 el derecho a la identidad:

Art. 2. La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas...

Art. 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. [...]

7 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires (1992): Astrea, p. 86.

8 FERNÁNDEZ RUIZ, J. "Derecho humano a la identidad". Puede consultarse en <http://www.juridicas.unam.mx/vjvl/video.htm?e=21&m=235&p=52&par=4>.

9 Cfr. CIFUENTES, S.: "Protección jurídica de la vida privada y de la identidad personal", *Anales, Segunda Época*, t. XIII, núm. 39, Argentina (2001); *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Jurídicas de Buenos Aires*, p. 22.

10 Cfr. LORENZETTI, R. L.: *Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*, Argentina (1993): La ley, p. 675.

*Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento*¹¹.

Art. 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación [...].

C. De los derechos de la víctima o del ofendido: [...].

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. [...]

El derecho a la identidad, de indiscutible contenido propio de la persona natural o física, tiene indudablemente, otros impactos y proyecciones de gran trascendencia social. En México, el derecho a la identidad cultural no sólo está explicitado en la Constitución Federal, sino también ha sido objeto, por su contenido e implicaciones, de varias tesis propuestas por el Poder Judicial.

Para efectos del presente trabajo, se analizará específicamente el derecho a la identidad en el caso de menores de edad, así tenemos que en México, el derecho a la identidad ha sido objeto de debate no sólo en el ámbito académico, sino también en el Poder Legislativo, prueba de ello es la iniciativa expresada por el entonces diputado federal Arturo Zamora Jiménez en La LXI Legislatura de la Cámara de Diputados, para celebrar el Primer Foro Legislativo sobre “El derecho a la identidad en México: situación actual, retos y desafíos”, en el que se valoró el derecho a la identidad como primordial, porque éste constituye la capacidad de los individuos de encontrar su propio lugar en todos los ámbitos dentro de una sociedad. Identidad es sinónimo de *personalidad*, que se comprueba cuando a un individuo se le reconoce, se le describe y se confirman sus datos que lo hacen conocido y, por ende, comprobable. Ante esto, el Derecho, en sentido general, establece y regula la necesidad de identificación de una persona frente al Estado, que lo individualiza, que lo conoce y protege su derecho subjetivo. En el foro aludido se determinaron como aspectos que involucran la identidad de la persona, los siguientes: el nombre, la nacionalidad, el género, el lugar de nacimiento, raza, color, idioma, religión y etnia.

En ese foro también se evidenció el hecho de que a pesar de que todas las personas deben gozar de este legítimo y fundamental derecho, se calcula que en México más de cien mil niños no tienen acta de nacimiento, lo que los margina

¹¹ Párrafo adicionado mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de junio de 2014.

dentro de su núcleo familiar y social, excluyéndolos de sus derechos fundamentales a recibir educación y salud.

En el derecho español, el profesor De Verda y Beamonte¹², define el Derecho de Familia como aquel sector del Derecho civil que regula las relaciones entre los cónyuges y parientes; y, por extensión, entre las personas que se encuentran en una situación semejante a ellos. Así, forman parte del contenido de esta disciplina, el matrimonio, la obligación de alimentos entre parientes, la filiación en sus diversas manifestaciones y las instituciones de defensa de los menores e incapacitados; para efectos de este trabajo nos avocaremos al interés superior del menor y su vinculación con el derecho a la identidad.

Por su parte, define la doctora Gisela Pérez Fuentes, que por interés superior del menor debe entenderse el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como generar las condiciones materiales que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social¹³, como es en este caso el derecho a la identidad.

En un estudio realizado sobre la cobertura del registro de nacimiento en México, entre 1999 y 2009, encontramos que durante ese periodo, el total de nacimientos estimados de acuerdo a las cifras de los censos de 2000 y 2010 pasó de 2.6 a 2.2 millones, respectivamente. Por otro lado, en términos absolutos el registro de nacimientos oportunos fue similar en 1999 y en el año 2009, con una cifra de poco más de 2 millones de registros. Sin embargo, el porcentaje de cobertura pasó de 78.8% a 93.4%. Es decir, de los niños y niñas que nacieron en 1999 el 78.8% fueron registrados de manera oportuna. En el caso de los niños y niñas que nacieron en el año 2009, el porcentaje de cobertura oportuna se amplió a 93.4% a nivel nacional. Si bien, de 1999 a 2009 hubo un aumento considerable respecto a la cobertura oportuna, persiste un 6.6% de niños y niñas que no se registran oportunamente¹⁴, situación que los coloca en una situación de alta vulnerabilidad toda vez que les impide el ejercicio de otros derechos fundamentales.

12 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.): *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Valencia, España (2013): Editorial Tirant lo Blanch, p. 17.

13 PÉREZ FUENTES, G. M.: "El interés superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil Mexicano", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, España, No. 4, Octubre-Diciembre (2013): Editorial Reus, pp.655-683.

14 Derecho a la identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México en 1999 y 2009, México (2010): FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF) – INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), 22.

Como ya se mencionó en líneas anteriores, fue en el año 2014 cuando se incorporó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho a la identidad en su contexto general en el art. 4 a través de la adición de un párrafo octavo en el que se expresa que toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrada de manera inmediata a su nacimiento¹⁵.

Pero como todo proceso de reforma legislativa, se estableció en los artículos transitorios un plazo de seis meses para que las Legislaturas de los 31 Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, establezcan en sus códigos financieros la exención de cobro del derecho por el registro de nacimiento y la expedición de la primera copia certificada del acta de nacimiento¹⁶. Por otra parte, se estipuló también en los artículos transitorios que el Congreso de la Unión en un plazo no mayor a seis meses a partir de la entrada en vigor de dicha reforma, deberá realizar las adecuaciones a la ley que determinen las características, diseño y contenido del formato único en materia de registro de población, así como para la expedición de toda acta del registro civil que deberá implementarse a través de mecanismos electrónicos y adoptarse por las propias entidades federativas del país y por las representaciones de México en el exterior.

La incorporación del derecho a la identidad en la constitución mexicana, obedece también a la participación de México en el Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA) auspiciado por la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo objetivo consiste en apoyar a los Estados Miembros de la OEA en la erradicación del subregistro¹⁷ para asegurar el reconocimiento del derecho a la identidad civil de todas las personas en la Región. Las actividades del PUICA están orientadas a cumplir los cinco objetivos establecidos por el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y el Derecho a la Identidad:¹⁸ universalización y accesibilidad del registro civil y el derecho a la identidad; fortalecimiento de las políticas, las instituciones públicas y la legislación de los países; participación ciudadana y sensibilización; identificación de mejores prácticas y promover la cooperación internacional y regional.

15 Párrafo adicionado mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de junio de 2014.

16 El 5 de enero de 2015, como parte de las acciones encaminadas a instrumentar la Clave Única de Identidad, se firmaron acuerdos para compartir la base de datos de los registros civiles a efecto de que se puede consultar e imprimir el acta de nacimiento desde cualquier lugar en México o en el extranjero. Con esta medida, subrayó el presidente Enrique Peña Nieto, se garantiza el derecho a la identidad y se facilitan los trámites. Al respecto véase la página: <http://www.jornada.unam.mx/2015/01/06/politica/012n1pol> así como en la página oficial de la Secretaría de Gobernación <http://www.gobernacion.gob.mx/>

17 Aquellos nacimientos que cumplido un determinado plazo fijado para ello no son registrados, infiriéndose que si el niño o niña no ha sido registrado en ese tiempo es poco probable que se registre después. Cfr. Derecho a la identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México en 1999 y 2009, México, (2010): Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) – Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 11.

18 Aprobado en la cuarta sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2008, por la Asamblea General de la OEA.

En México, la Ley General de Población¹⁹ dispone que la Secretaría de Gobernación tiene a su cargo el registro y la acreditación de la identidad de todas las personas residentes en el país y de los nacionales que residan en el extranjero a través del Registro Nacional de Población, que al incorporarse una persona en este registro se le asignará una clave que se denomina Clave Única de Registro de Población, misma que servirá para registrarla e identificarla en forma individual²⁰.

Esta ley refiere además que el Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición de la Cédula de Identidad Ciudadana son servicios de interés público que presta el Estado, a través de la Secretaría de Gobernación y que podrá expedirse a mexicanos menores de 18 años, sin embargo, la realidad social nos muestra que el estado mexicano todavía está en el proceso de implementación para la expedición de dicha cédula de identidad, que deberá contener cuando menos los siguientes datos y elementos de identificación:²¹ Apellido paterno, apellido materno y nombre (s); Clave Única de Registro de Población (CURP); Fotografía del titular; Lugar de nacimiento; Fecha de nacimiento; y Firma y huella dactilar.

En México, la Clave Única del Registro de Población (CURP) es el documento de identidad oficial con el que la mayoría de la población cuenta en la actualidad; no obstante ello, dicho documento no incluye una tarjeta con fotografía, ya que sólo consiste en una constancia de inscripción con los datos del ciudadano. La clave se inscribe después en diversos documentos, como el pasaporte o el acta de nacimiento, credencial de elector, credencial del seguro social y licencia de conducir. Esta constancia prescinde de la fotografía y en la vida diaria no se utiliza como identificación oficial, pues no tiene una función útil en tal sentido.

Tratándose de personas mayores de 18 años de edad, la credencial para votar (o de elector) con fotografía expedida por el Instituto Nacional Electoral (INE) antes Instituto Federal Electoral (IFE) —organismo público autónomo—, hace las funciones de un documento de identidad. La credencial para votar no es obligatoria, pero al ser requerida para participar en las elecciones es ampliamente aceptada y requerida obligatoriamente como documento de identificación por parte de entidades públicas y privadas. La credencial incluye a partir de 2013, entre otros elementos: la foto del propietario, la firma y huella dactilar, una imagen holográfica para impedir falsificaciones, elementos de seguridad, tinta ultravioleta, un código QR que puede ser escaneado por un teléfono inteligente, así como los datos necesarios para cumplir su función electoral.

19 Ley General de Población publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de enero de 1974, cuya última reforma fue publicada el 19 de mayo de 2014.

20 Al respecto véanse arts. 85 al 91 de la Ley General de Población.

21 Cfr. art. 107 de la Ley General de Población.

IV. EL NOMBRE COMO ELEMENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR.

El nombre es uno de los elementos más polémicos en cuanto parte del derecho a la identidad como derecho subjetivo. El nombre es el conjunto de vocablos, el primero opcional y los segundos por filiación, mediante los cuales una persona física es individualizada e identificada por el Estado y la sociedad. Adriano De Cupis comprende el nombre y el seudónimo como formando parte del ejemplo del derecho a la identidad²². Otros autores sostienen, sin embargo, que el nombre no es un derecho de la personalidad porque como dato identificador es un atributo de la persona, constitutivo en su ser en el derecho²³.

En México, autores como Domínguez Martínez han defendido la dualidad que reviste este elemento de la identidad. Por una parte —dice éste—, el derecho al nombre se tiene por el mero hecho de la procreación, pues al momento de que alguien es engendrado tiene los apellidos paternos del hombre y la mujer que lo procrearon. Se trata, pues, de un derecho subjetivo, el cual puede ejercitarse en cualquier momento: es intransmisible, inembargable, intransigible, por lo que no puede ser objeto de transacción alguna. La finalidad del nombre como atributo de la persona es precisamente, individualizar e identificar al sujeto. Sobre esta doble función, precisamos: Individualizar es señalar o determinar los seres por sus características peculiares para distinguir unos de otros, separar los individuos comprendidos en la especie para particularizarlos y diferenciarlos entre sí. Identificar, por su parte, es verificar la identidad, es decir comprobar o acreditar si una persona es la misma que se supone o busca. La identificación es un proceso de investigación mediante el que comprueba si el sujeto es realmente el mismo que pretende ser o el que se indaga²⁴.

La dualidad funcional del nombre como elemento de la identidad es propio tanto de los derechos de la personalidad como de los atributos de la personalidad, así se ha sostenido en la doctrina y el Poder Judicial de la Federación en México también ha reconocido la función del nombre como derecho de la personalidad²⁵.

22 DE CUPIS, A.: *Il diritto della personalità*, cit., p. 399.

23 CIFUENTES, S.: "Protección jurídica", cit., p. 107.

24 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil, Parte General. Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México (2000): Editorial Porrúa, p. 254.

25 Tesis 1a. XXXII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VI, Marzo de 2012, Tomo I, p. 275. DERECHO HUMANO AL NOMBRE. ES UN ELEMENTO DETERMINANTE DE LA IDENTIDAD. El derecho humano al nombre a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene como fin fijar la identidad de una persona en las relaciones sociales y ante el Estado, de suerte que la hace distinguible en el entorno, es decir, es una derivación integral del derecho a la expresión de la individualidad, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto. [...]

V. LA CÉDULA DE IDENTIDAD PARA MENORES ¿AVANCE O RETROCESO?

En el 2010 el gobierno mexicano autorizó al Registro Nacional de Población (Renapo) para empezar las obras de creación de una base de datos de todos los mexicanos y después comenzar a emitir la Cédula de Identidad Ciudadana a partir del año 2011, la cual tendría el carácter de obligatorio para todos los ciudadanos.

La Secretaría de Gobernación de México tenía previsto establecer una cédula de identidad que integrara en un solo sistema el Renapo, para concluirlo en tres años a partir del 2011, como podemos observar; este proyecto se ha desfasado toda vez que al año 2015 todavía se está trabajando en la implementación del mismo, además se inició por la parte más vulnerable, dado que empezaron con la integración del Registro de Menores de Edad y la emisión para los niños, niñas y adolescentes de la Cédula de Identidad Personal²⁶, sin embargo al cambiar el gobierno federal se paralizó la expedición del documento de identidad, hasta noviembre de 2012 – cierre del sexenio de Felipe Calderón- había capturado los datos personales –entre ellos el iris del ojo – de 6.6 millones de niños y adolescentes de entre 4 y 17 años de edad, pero había entregado las micas apenas a 3.4 millones²⁷.

VI. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), define el Derecho a la Identidad como el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas²⁸.

Dentro del marco jurídico que tutela los derechos de los menores en México, encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)²⁹, que destaca el derecho a la identidad en sus arts. 7 y 8:

26 El 19 de enero de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al Reglamento de la Ley General de Población, con el propósito de establecer en dicho ordenamiento que para el Registro Nacional de Ciudadanos se deben recabar la fotografía, huellas dactilares, imagen del iris y firma del ciudadano, tanto para menores de edad como para mayores de 18 años, con la finalidad de expedir la cédula de identidad personal. Al respecto, consúltense los arts. 47 y 52 del citado reglamento.

27 Al respecto véase la nota: En la congeladora, la expedición de la cédula de identidad para menores, <http://www.jornada.unam.mx/2013/03/29/politica/010n1pol>

28 Registro de nacimiento en América Latina y el Caribe, UNICEF, boletín número 1, 15 de julio de 2011, http://www.unicef.org/lac/UNICEF_TACRO_boletin_registro_de_nacimiento_06152011%283%29.pdf

29 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

Art. 7.

1. *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Art. 8.

1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El pasado 4 de diciembre de 2014, después de un intenso debate entre la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que fue resultado de un proyecto de iniciativa de ley con carácter preferente que remitió el Presidente de la República, Enrique Peña Nieto a la Cámara de Diputados en el mes de septiembre del mismo año, órgano que a su vez la turnó a la Cámara de Senadores. Esta nueva ley, tiene por objeto³⁰, entre otros, reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el art. 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De esta forma, dicha ley contempla que para su aplicación, deberán tomarse en cuenta las condiciones particulares de niñas, niños y adolescentes en los diferentes grupos de población, a fin de proteger el ejercicio igualitario de todos sus derechos.

Por tal motivo, las autoridades federales, de las entidades federativas y municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán medidas de protección especial de derechos de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de vulnerabilidad por circunstancias específicas de carácter socioeconómico,

30 Cfr. art. 1 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre de 2014.

alimentario, psicológico, físico, discapacidad, identidad cultural, origen étnico o nacional, situación migratoria o apátrida, o bien, relacionadas con aspectos de género, preferencia sexual, creencias religiosas o prácticas culturales, u otros que restrinjan o limiten el ejercicio de sus derechos³¹.

Dentro de los derechos que se reconocen en la ley especial de forma enunciativa a niñas, niños y adolescentes, se encuentra el derecho a la identidad, lo que les da la prerrogativa a:³²

I. Contar con nombre y los apellidos que les correspondan, así como a ser inscritos en el Registro Civil respectivo de forma inmediata y gratuita, y a que se les expida en forma ágil y sin costo la primera copia certificada del acta correspondiente, en los términos de las disposiciones aplicables;

II. Contar con nacionalidad, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales;

III. Conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez, y

IV. Preservar su identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad y su pertenencia cultural, así como sus relaciones familiares.

Esta ley especial, contempla además que en el caso de que existan procesos o procedimientos que deriven en cambio de apellidos de niñas, niños y adolescentes, éstos tendrán el derecho a opinar y a ser tomados en cuenta, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez; además prevé que la falta de documentación para acreditar la identidad de niñas, niños y adolescentes no será obstáculo para garantizar sus derechos.

Para el caso de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad extranjera que se encuentren en territorio nacional, tendrán derecho a comprobar su identidad con los documentos emitidos por la autoridad competente u otros medios previstos en la Ley de Migración. En los casos en que niñas, niños o adolescentes cumplan con los requisitos para obtener la nacionalidad mexicana, se les brindarán todas las facilidades a efecto de darles un trato prioritario.

Es interesante, que en la multicitada norma especial, se reitere de forma armónica que cuando se trate del reconocimiento de maternidad y paternidad de niñas, niños y adolescentes, así como en relación con los derechos y obligaciones derivados de la filiación y parentesco, se estará a la legislación civil aplicable, así como que ante la

31 Al respecto véase art. 10 de la LGDNNA.

32 Cfr. art. 19 de la LGDNNA.

negativa de la prueba de paternidad o maternidad, la autoridad competente, salvo prueba en contrario, presumirá que es el padre o la madre respectivamente³³.

El 5 de enero de 2015, se dio a conocer a nivel nacional la integración de todas las oficinas del registro civil en la República Mexicana para efectos de la expedición del acta de nacimiento, desde cualquier entidad federativa, inclusive para los mexicanos que residan en el extranjero, esperemos que esta política pública se convierta en realidad y no sea simple retórica.

VII. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR.

El Poder Judicial de la Federación en México también se ha pronunciado en cuanto al contenido del derecho a la identidad y su reconocimiento³⁴. En el año 2009, la interpretación jurisprudencial en México, respecto al balance o contrapeso que tiene en el derecho que los niños conozcan su verdadera *identidad*, les brinda la posibilidad de saber con exactitud su origen genético, en cuanto a su verdadera ascendencia, lo cual redundará en un beneficio psicológico y emocional, pues al conocer quiénes son sus legítimos padres les despierta un sentimiento de confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar; al saberse protegidos y educados por quienes son sus auténticos progenitores, diferentes resoluciones del máximo órgano del Poder Judicial así lo explican³⁵.

El derecho a la identidad como derecho humano y fundamental está compuesto por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación³⁶. El derecho a la identidad conforma también parte de un nuevo derecho fundamental y de la personalidad que se denomina datos personales, en el caso de los menores, aplicando la ponderación como medio de solución judicial en caso de posible conflicto de ahí que cuando en un litigio el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo³⁷.

33 Al respecto véanse arts. 19 y 20 de la LGDNNA.

34 DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA. Tesis P.LXVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

35 CFR. MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Tesis I.10o.C.73 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1661.

36 DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS. Tesis 1a. CXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, Septiembre de 2011; p. 1034.

37 CANTORAL DOMÍNGUEZ, K., *Derecho de protección de datos personales de la salud*, México (2012): Editorial Novum – CONACYT, p. 55.

A continuación se analizará un asunto del que derivó una jurisprudencia mediante contradicción de tesis, a partir del cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación formuló un precedente muy interesante en cuanto al derecho a la identidad de los menores.

Este asunto se suscitó a partir de la denuncia presentada por el Magistrado Presidente de un Tribunal Colegiado del Estado de Sinaloa, ante la posible contradicción entre un criterio sustentado por ese órgano jurisdiccional y otro adoptado por un Tribunal Colegiado en Materia Civil del Estado de México.

La materia de la contradicción, consiste en determinar si debe o no admitirse la prueba pericial en genética en un juicio de investigación de paternidad promovido en representación de un menor de edad, cuando existe en el acta de nacimiento de este último el registro de un padre legal. Así, el tribunal denunciante resolvió un caso en el que determinó que la existencia del acta no es un obstáculo para la admisión de la prueba pericial en genética. En cambio, el tribunal denunciado resolvió que no debe admitirse dicha probanza, ya que para que su desahogo proceda es necesario que no haya sido reconocida previamente alguna paternidad, y si la hubiera, que ésta haya quedado insubsistente pues, de lo contrario, podría ocasionarse al demandado una afectación de imposible reparación³⁸.

Para el ministro ponente que le correspondió resolver la contradicción, el problema se delimitó a fijar si en un juicio de investigación de paternidad promovido en representación de un menor; ¿constituye un obstáculo para la admisión de la prueba pericial en genética la circunstancia de que en el acta de nacimiento del niño o la niña obre el registro de un padre legal?³⁹

Primero se analizó el origen de cada criterio, así como las circunstancias en las que se justificaron los argumentos de estos tribunales colegiados para verificar si realmente existía contradicción en los criterios denunciados. En el caso de Sinaloa, el órgano colegiado consideró que sí debía admitirse la prueba pericial en genética ofrecida en un juicio de reconocimiento de paternidad, porque debe prevalecer el interés superior del menor consistente en el derecho fundamental de conocer su identidad personal, aunque exista reconocimiento previo con un acta de nacimiento, al ser la probanza idónea para el conocimiento de los orígenes biológicos, que incide en la protección del derecho a la salud, en su vertiente de prevención y tratamiento de enfermedades.

38 Contradicción de tesis 430/2013, suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Segundo Circuito, resuelta mediante sesión de fecha 28 de mayo de 2014 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

39 Idem.

Por su parte, en el asunto contradictorio del Estado de México, se refería a la hermana de un menor, con el carácter de tutora provisional, que demandó a un hombre el reconocimiento de paternidad respecto del citado niño, así como la nulidad del acta de nacimiento del menor, el pago de alimentos y aseguramiento de los mismos, y los gastos y costas generados durante el juicio. La parte actora solicitó que fueran llamados al juicio como terceros las dos personas que figuraban como padre y madre en el acta de nacimiento del niño, y ofreció la prueba pericial en genética.

El Tribunal Colegiado concluyó que la admisión de la prueba pericial en genética en un juicio de paternidad sólo resulta jurídica cuando, después de colmarse los supuestos legales, el actor legalmente carezca de padre; situación que para el órgano colegiado no acontecía, cuando el accionante cuenta en el registro civil con un progenitor (quien no lo ha desconocido ni se ha declarado judicialmente que no fuera su hijo), dado que todo ello impide la admisión de esa prueba⁴⁰. Adicionalmente, el Tribunal Colegiado estimó que la admisión y desahogo de la probanza generaría consecuencias irreparables en perjuicio del padre que aparece en el acta de nacimiento, pues se afectarían sus derechos personales, como es su privacidad.

La Primera Sala fijó que la acción a analizar era la de investigación de paternidad promovida en representación de un menor; por tanto la metodología que se utilizó para la estructura de la resolución fue dividida en tres partes:

1. Análisis de los rasgos específicos del sistema "cerrado" de investigación de paternidad propuesto en las legislaciones civiles de Sinaloa y el Estado de México;

2. Definir el contenido y alcances del derecho de los menores a la identidad en este tipo de juicios a la luz de la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México, identificando los principios rectores que deben regir en materia de filiación, y

3. Precisar si existe o no la necesidad de impugnar una filiación anterior previa o simultáneamente a establecer otra distinta para que sea admitida la prueba pericial en genética en un juicio de investigación de paternidad.

Se sostuvo en la resolución que si bien este tipo de acción en sí no constituye un derecho, representa una de las vías para hacer valer el derecho a la identidad, de indudable rango constitucional. La Primera Sala afirmó que desde la perspectiva

40 En el Código Civil Federal, el art. 63 dispone: Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el Juez del Registro asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. El contenido de este artículo lo encontramos en la mayoría de los códigos civiles de las 32 entidades federativas que conforman la República Mexicana.

instrumental del derecho a la identidad de los menores, éste se encuentra integrado por varios derechos, entre los que se encuentra de manera relevante el derecho a indagar y conocer la verdad de sus orígenes. Ello implica el derecho a solicitar y recibir información sobre su origen *biológico*, mismo que, además, le traerá beneficios en su derecho a la salud, en su vertiente de prevención y tratamiento de enfermedades⁴¹.

En virtud del análisis realizado, la Corte sostuvo que, históricamente, los ordenamientos civiles tuvieron como propósito consolidar la unión matrimonial, afianzando la seguridad jurídica. Para ello, se habían valido de presunciones que hacían prevalecer una ficción querida por la ley aunque no correspondiera con la realidad biológica. Asimismo, establecieron una lista taxativa de las personas legitimadas para cuestionar la paternidad de un “hijo de matrimonio”⁴².

En relación al sistema “cerrado” de la investigación de la paternidad para los hijos nacidos *fuera de matrimonio*, los legisladores pretendieron evitar la existencia de supuestos juicios escandalosos que pusieran en peligro la familia matrimonial. Ello toda vez que la indagatoria de paternidad promovida por un menor reconocido legalmente por el cónyuge de su madre implicaba lógicamente que esta última hubiera sostenido una relación extramarital.

Sin embargo, ni la consolidación del vínculo matrimonial ni la evitación de escándalos constituyen objetivos válidos para hacer nugatorio el derecho a la identidad del menor:

Es preciso recordar, que como sostiene la doctora Gisela Pérez Fuentes,⁴³ en el sistema jurídico mexicano las instituciones familiares heredadas desde el derecho romano sufren una importante evolución que permite hoy un mayor acercamiento a los derechos de la niñez y se aleja de los intereses propios de los adultos. De esta forma el interés superior de la niñez cuya salvaguarda es prioritaria, permite delimitar con precisión y claridad los derechos que les corresponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor beneficio posible para ellos, como un imperativo de la sociedad hacia las personas que ejercen la patria potestad o custodia, de tal manera que la protección de los infantes en México se ubica incluso por encima de los derechos de los adultos, y cumple hoy una trascendente función de orden público e interés social.

41 Tesis: 1a. LXXI/2013 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 541, bajo el rubro INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES EN UN JUICIO DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.

42 Contradicción de tesis 430/2013, suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Segundo Circuito, resuelta mediante sesión de fecha 28 de mayo de 2014 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28.

43 PÉREZ FUENTES, G. M.: “El interés superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil Mexicano”, cit., pp. 655-683.

La Primera Sala reconoce la existencia de principios rectores en materia de filiación que necesariamente informan la regulación de acciones como la de investigación de paternidad y la admisión de la prueba pericial en materia genética, que consisten en: a) No discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio; b) Verdad biológica; c) Incompatibilidad entre filiaciones contrapuestas, y d) Protección del interés del hijo.

No obstante, ninguno de estos principios podría servir como justificación para impedir la admisión de la prueba pericial en materia genética en un juicio de investigación de paternidad, toda vez que no será la *mera admisión* de la prueba la que modifica en sí misma el estado filiatorio del menor. Lo que sí podría acontecer es que el desahogo de la prueba ya generara un daño al menor, es decir, que el conocimiento del resultado de la prueba produjera un perjuicio en la construcción de su identidad. De ahí que el juez deba analizar cuidadosamente si la *comunicación del resultado al niño o niña* armoniza con su interés superior.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que en aras de resguardar la protección del interés del hijo, dependiendo de las circunstancias particulares y una vez ponderada cuidadosamente la situación familiar del menor, el juez podría dictar las medidas necesarias a fin de mantener el resultado de la prueba pericial en genética en sigilo respecto del niño o niña, hasta en tanto no se emitiera una resolución definitiva sobre su filiación, de ser el caso. De esta forma, el juzgador de estimarlo conveniente, ordenaría el sigilo mencionado a fin de resguardar la estabilidad emocional y familiar del niño o niña en cuestión hasta el dictado de la sentencia definitiva, a fin de impedir que la constatación del hecho biológico produzca al hijo más inconvenientes que los inevitables.

En conclusión, en un juicio de investigación de paternidad promovido en representación de un menor, no es obstáculo para la admisión de la prueba pericial en genética que en el acta de nacimiento del niño o niña obre el registro de un padre legal. Lo anterior es así ya que, si lo que se pretende evitar es la acumulación de estados de familia incompatibles entre sí, la mera admisión de la prueba pericial en genética no variará por sí sola el estado filiatorio del menor, por lo que el impedimento no resulta idóneo para lograr dicho fin.

La Primera Sala determinó que, en un juicio de investigación de paternidad, impedir la admisión de la prueba pericial en genética por existir en el acta de nacimiento del actor un padre registral, constituye una restricción que no es idónea ni proporcional, pues limita de manera innecesaria el derecho del menor a la identidad y, además, puede tener como consecuencia su desprotección⁴⁴.

44 Al respecto véase la tesis de jurisprudencia: 1a./J. 55/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I, p. 566, bajo el rubro: PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. NO ES OBSTÁCULO PARA SU

De lo anterior, podemos afirmar que a pesar de haberse reconocido de forma tardía el derecho a la identidad en la Constitución, tal situación no ha sido obstáculo para su tutela en México desde el Derecho Civil a partir de una de sus instituciones fundamentales: la persona, ello mediante el uso de otras fuentes de derecho, tales como tratados internacionales, doctrina y jurisprudencia.

VIII. CONCLUSIONES.

En México, el derecho a la identidad está reconocido en la teoría del Derecho Civil, aunque desde el año 2014 se constitucionalizó al incorporarse en el art. 4º de la Carta Magna, sin embargo esta reforma es insuficiente si no está acompañada de una política pública que permita hacer eficaz este derecho.

El menor tiene derecho a conocer la verdad sobre su origen, lo que le permite tener un nombre y una filiación, lo que le permitirá acceder a otros derechos tales como la salud y la educación.

En el caso de menores, la falta de registro de nacimiento los coloca en una situación de gran vulnerabilidad, porque les impide ejercer otras prerrogativas, tales como el acceso a la educación, servicios de salud, la expedición de un pasaporte, inclusive el derecho a que el menor pueda conocer exactamente la fecha de nacimiento y sus orígenes.

Las garantías del derecho a la identidad del menor son el registro de nacimiento y la expedición de la cédula de identidad, en cuanto a la primera se está trabajando en la armonización del Registro Civil y en cuanto a la segunda todavía hace falta mucho camino por recorrer en el sistema jurídico mexicano.

La experiencia en el ámbito internacional nos permite afirmar que la negación del registro de nacimiento afecta principalmente a niños y niñas de escasos recursos, como aquellos que habitan en áreas rurales, remotas o aisladas, incluyendo zonas fronterizas y zonas de poblaciones indígenas, situación que aumenta su grado de vulnerabilidad al no tener la posibilidad de conocer su origen y poder gozar del ejercicio de otros derechos.

Como señala la UNICEF debemos reimaginar el futuro para que disminuyan los índices de desigualdad social en el mundo globalizado, de forma tal que se convierta en realidad la protección del derecho a la identidad de los menores.

BIBLIOGRAFÍA

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Derecho de protección de datos personales de la salud*, México (2012): Editorial Novum – CONACYT.

CIFUENTES, S.: "Protección jurídica de la vida privada y de la identidad personal", *Anales*, Segunda Época, t. XIII, núm. 39, Argentina (2001): *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Jurídicas* de Buenos Aires.

DE CUPIS, A: *Il diritto della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu A. y Messineo F., Milán (1959), t. II.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.): *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Valencia, España (2013): Editorial Tirant lo Blanch.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil, Parte General. Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México (2000): Editorial Porrúa.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.: "Derecho humano a la identidad" <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/video.htm?e=21&m=235&p=52&par=4>.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires (1992): Astrea.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima (1990): Universidad de Lima.

LORENZETTI, R. L.: *Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*, Argentina (1993): La ley.

PÉREZ FUENTES, G. M.: "El interés superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil Mexicano", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, España, No. 4, Octubre-Diciembre (2013): Editorial Reus.

EL DERECHO ALIMENTARIO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. LA
PERSPECTIVA DE LA CORTE FEDERAL ARGENTINA Y SU IMPACTO
EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

THE RIGHT TO MAINTENANCE OF CHILDREN AND
ADOLESCENTS. THE ARGENTINE FEDERAL COURT'S PERSPECTIVE
AND ITS IMPACT ON THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 76-99



Mariel F.
MOLINA
de JUAN.

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 14 de enero de 2015

RESUMEN: El presente trabajo indaga sobre el derecho alimentario de los niños y adolescentes. Como estrategia de abordaje, se estudian algunos antecedentes de la jurisprudencia de la Corte Federal sobre este tópico, a fin de detectar principios o reglas troncales que han sido fuente material del Código Civil y Comercial, y recoge algunas reformas que trae nueva legislación argentina en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Alimentos, derechos humanos, niñez y adolescencia.

ABSTRACT: This paper studies the right to maintenance of children and adolescents. It analyses the most relevant and important jurisprudence of the Federal Court on this topic in order to identify the principles or rules that have acted as the material source of the Civil and Commercial Code. It also embraces some reforms that brings the new Argentine legislation in this matter.

KEY WORDS: Right to maintenance, human rights, children and adolescents.

SUMARIO.- I. Introducción.- 2. Punto de partida: el derecho alimentario es un derecho humano.- III. El carácter prioritario y urgente de la prestación alimentaria para niños y adolescentes.- IV. El derecho a reclamar alimentos a los abuelos.- 1. La respuesta clásica: subsidiariedad a ultranza.- 2. Reclamo directo o simultáneo.- 3. La flexibilización de los requisitos procesales.- 4. Simultaneidad en el reclamo, subsidiariedad de la obligación.- 5. La solución del nuevo Código Civil y Comercial.V. Alimentos debidos a los hijos y el impacto de la mayoría de edad- 1. Una aproximación al tema.- 2. Una respuesta de la Corte Federal.- 3. Algunas reglas aplicables y la solución en el nuevo Código Civil y Comercial.- VI. Prohibición de indexar las deudas por alimentos. – VII. Cierre.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo persigue el análisis de uno de los derechos de mayor relevancia en la niñez y adolescencia: el derecho alimentario. Como derecho humano, tiene raigambre constitucional. En el orden privado interno, reconoce dos fuentes diferentes: la responsabilidad parental, y el parentesco.

El Código Civil y Comercial recientemente sancionado, cuya entrada en vigencia está prevista para el 1 de agosto de este año¹, organiza las bases del derecho alimentario en el título relativo al Parentesco, que contiene una serie de disposiciones aplicables también a las otras fuentes legales: la responsabilidad parental, el matrimonio y las uniones convivenciales.

El nuevo articulado denota una gran preocupación por la eficacia de este derecho, dado que en Argentina, con lamentable frecuencia, las sentencias que fijan alimentos son el paradigma de la ineficacia. Caen en letra muerta por los abusos y las estrategias - legales o de facto- que implementan los obligados alimentarios. La tutela judicial efectiva² es, entonces, un territorio prácticamente “inalcanzable”.

Para evitarlo, la nueva ley organiza una estructura normativa que brinda enormes posibilidades al juez, quien puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado, medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia (por ejemplo, prohibición de salir del país, inscripción en registros de deudores alimentarios morosos, astreintes, etc.)³. Del activismo judicial y de la creatividad de los operadores

1 Sancionado por ley 26.994, el 1 de octubre de 2014. Promulgado el 7 de octubre de 2014.

2 Garantía reconocida por el Art. 8 . I de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3 Art. 553 Código Civil y Comercial

• **Marief F. Molina de Juan.**

Doctora en Derecho Universidad Nacional de Cuyo. Docente de Doctorado en Derecho Universidad Nacional de Cuyo. Miembro del cuerpo docente de la Maestría en Magistratura y Gestión Judicial Universidad Nacional de Cuyo. Integrante de la subcomisión que colaboró en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Libro II.

jurídicos, dependerá encontrar aquellas estrategias más idóneas para alcanzar este loable objetivo.

Como estrategia de abordaje, se estudian algunos precedentes de la jurisprudencia de la Corte Federal, a fin de detectar principios o reglas troncales, que han sido fuente material de la nueva regulación.

II. PUNTO DE PARTIDA: EL DERECHO ALIMENTARIO ES UN DERECHO HUMANO.

El derecho a los alimentos se vincula directamente con el derecho a la vida⁴ y la dignidad de la persona. Está consagrado en una pluralidad de instrumentos internacionales, que en Argentina tienen rango constitucional (conf. art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), es decir, integran el “bloque de constitucionalidad federal” que obliga a todos los actores del sistema a someterse a sus mandatos⁵.

En relación con la tutela alimentaria de los niños y adolescentes, la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN), reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; el derecho a la salud y a servicios ligados al tratamiento de las enfermedades, y entre ellos, a la atención sanitaria apropiada para las mujeres embarazadas. Establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable (conf. art. 24). La obligación *primordial* de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo de los niños, en principio corresponde a los padres y otras personas responsables por ellos (dentro de sus posibilidades y medios económicos), no obstante, la Convención impone a los Estados Partes el deber de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia (art. 27).

El espectro de protección alimentaria alcanza también a los miembros de otros grupos vulnerables; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), le garantiza servicios apropiados en

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de precisar el alcance de este derecho fundamental: “El derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna” (Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, 19/11/1999, Serie C N° 63. Párr. 144) El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dijo que “los Estados Partes deben tomar todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias” (Observación General N° 6, artículo 6 - Derecho a la vida, 16° periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1982, Párrafo N° 5).

5 Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre (art. 30), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 11), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 17, 19).

relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y asegurándole una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12). La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ⁶ consagra el derecho a un nivel de vida digno para ellas y sus familias, que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (art. 28).

Todas estas directrices, junto al mandato del art. 75 inc. 23 párr. I de la Constitución Nacional⁷, posicionan al niño y adolescente en una condición relevante, y exigen adoptar todas las medidas de acción positiva necesarias para responder a la preocupación consagrada en las legislaciones supranacionales fundamentales. Ello muestra que existe una indudable relación entre el principio de solidaridad familiar y la responsabilidad del Estado y de la sociedad. Del mismo modo que vulneran los derechos de los niños, sus padres cuando incumplen la obligación alimentaria, lo hace el Estado cuando no asume la responsabilidad a la cual se comprometió, dado que si bien los padres son los primeros obligados a criar y educar a sus hijos, el Estado debe tomar todas las medidas para asegurar el pago de los alimentos⁸, y si ello es imposible, suplir la deficiencia paterna mediante diversos mecanismos que ponen en marcha la ayuda directa a esas personas⁹.

La consideración del derecho alimentario como un derecho humano impone la plena vigencia del principio *pro homine*. Ciertamente, este principio tiene importantes implicancias en el ámbito de las relaciones familiares, en tanto exige que el operador jurídico encuentre y aplique la norma que en cada caso resulte más favorable a la persona humana para su libertad y derechos, independientemente de cuál sea la fuente que aporte esa norma (un tratado, la constitución o el derecho interno). La selección de la fuente y la norma mejores no repara en el nivel donde se sitúa, sino que lo que importa es que aporte la mejor solución para ese caso¹⁰. Es decir, que la normativa interna que regula el derecho alimentario, debe interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos aplicables, buscando en cada caso la solución que resulta más beneficiosa para la protección de la persona y el sistema integral de derechos¹¹. De este modo se pone de relieve la interdependencia

6 La reciente ley 27.044 le confiere rango constitucional.

7 Este artículo impone al Congreso el deber de “Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

8 Compulsar CSJN, 06/02/2001, “Guckenheimer Carolina Inés y otros c. Kleiman Enrique y otro”, LL 2001-C, 568, DJ2001-2, 525, AR/JUR/983/2001.

9 Cfr GROSMAN, C.: *Alimentos a los hijos y derechos humanos*. Buenos Aires (2004): Universidad, p. 60.

10 Cfr. BIDART CAMPOS, G.: “Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*”, en BIDART CAMPOS –GIL DOMINGUEZ, A. (Coord.): *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires (2000): Ediar, p. 12.

11 CSJN 15/11/2005, “F, L. v. L., V. recurso de hecho”, SJA 1/3/2006 JA 2006-I-20, JA 2005-IV-62; Rev. Actualidad Jurídica Córdoba - Familia y Minoridad, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2005, p. 2085-2089, LL 2006 A 605,

de los órdenes normativos, se sustituye la idea de “compartimento estanco”, por la de sistemas convergentes y en interacción permanente.

Por último, el sistema constitucional del derecho alimentario aporta otra regla para tener en cuenta: El estudio de problemas relativos a créditos de naturaleza alimentaria exige una consideración particularmente cuidadosa *a favor de los alimentados*, que en definitiva gozan de especial protección por ser la parte más débil de la relación.

III. EL CARÁCTER PRIORITARIO Y URGENTE DE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES.

El carácter prioritario y urgente del derecho alimentario de niños y adolescentes, se encuentra recogido en diversas normas del nuevo Código Civil y Comercial.

Así por ejemplo, el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado (art. 664, alimentos del hijo no reconocido), y la mujer embarazada puede reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665, alimentos de la mujer embarazada). Por otra parte, aunque la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario y cesa en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente, y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia (art. 676, alimentos del progenitor afín).

Además, el art. 543 dispone el trámite de la pretensión alimentaria por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión; el art. 544 autoriza al juez desde el principio de la causa, a fijar alimentos provisionales y el art. 550 faculta a trabar medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos¹².

Este carácter prioritario fue señalado por la Corte Federal argentina al revocar un fallo que había supeditado la ejecución de alimentos fijados para personas menores

con nota de SOSA, T. “Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa”, *DJ*, 2005-3-992. Ver también Cám. Familia 2 Nom. Córdoba, 14.09.2011, con nota de SOSA, T.: “Obligación alimentaria de los abuelos: de relativamente subsidiaria a concurrente”, *Rev. DFyP*, 2-2012-106, y SEGURA, R.: “Obligación alimentaria de los abuelos: en la antesala de un nuevo paradigma”, *Rev. Abeledo Perrot*, Córdoba, 6- 2012- 638.

12 Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, MOLINA DE JUAN, M. (Dir): *Alimentos*. Buenos Aires (2014): Rubinzal Culzoni.

de edad, a la resolución del planteo de nulidad de un convenio alimentario¹³. En el caso, dado que el padre de los niños no cumplía con la obligación a su cargo, la madre y los abuelos paternos suscribieron un convenio -homologado judicialmente- por el cual los últimos se comprometieron a abonar una cuota mensual para el sustento de los niños. Como los abuelos tampoco cumplieron, la progenitora inició la ejecución y trabó medidas cautelares. Más adelante, celebró un nuevo acuerdo mediante el cual se estipuló la entrega de una suma de dinero (en concepto de pago único y total) y el cese definitivo de la obligación alimentaria de los abuelos en favor de sus nietos. Este acuerdo fue impugnado de nulidad por la propia progenitora, quien alegó haberlo firmado en estado de necesidad y con su voluntad viciada, por lo que solicitó que no se homologara, ya que contenía una renuncia a alimentos futuros prohibida por la ley.

El juez de grado entendió que la cuestión propuesta excedía el marco procesal de la ejecución de los alimentos, y le dio trámite de conocimiento pleno (procedimiento ordinario). Mientras tanto, la actora pidió que prosiguiera la ejecución contra los abuelos sobre la base del convenio originario, con acogida favorable del tribunal. La Alzada revocó dicha resolución. Consideró que, sin perjuicio de lo que se resolviera en el juicio de nulidad, no podía continuarse con la ejecución como si el acuerdo impugnado no existiera, máxime cuando había tenido principio de ejecución al haberse percibido la suma de dinero acordada.

Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Federal dio la razón a la progenitora. Argumentó que la consideración primordial del interés de los niños fundada en la CDN, orienta a las autoridades en los asuntos concernientes a éstos, y condiciona cualquier decisión de los tribunales en todas las instancias (Fallos: 322:2701). Por ello cuestionó el resolutive que impidió continuar con el procedimiento que pretendía asegurar la subsistencia de *los menores*, sobredimensionando el instituto de la preclusión al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad (Fallos: 317:757). Sostuvo que la decisión se basó en motivaciones que vuelven inoperantes las normas de fondo y de forma que prevén una vía rápida para la acción de alimentos, e impiden su acumulación a otra que deba tener un procedimiento ordinario. "Tratándose de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias en favor de *menores*, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia de este tipo de prestaciones". Consecuentemente, precisó que los trámites debían encauzarse por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda frustrar derechos tutelados por la Constitución Nacional -art. 27 inc. 4° - CDN.

13 CSJN, 06/02/2001, "Guckenheimer Carolina Inés y otros c. Kleiman Enrique y otro", LL 2001-C, 568, DJ2001-2, 525, AR/JUR/983/2001.

De este modo, la Corte Federal dejó en claro que el derecho alimentario de los niños y adolescentes no admite dilaciones. Los mecanismos procesales deben ser ágiles, como único modo de garantizar la tutela judicial efectiva y oportuna.

IV. EL DERECHO A RECLAMAR ALIMENTOS A LOS ABUELOS.

Abuelos y nietos son parientes, y la relación alimentaria que existe entre ellos surge de ese parentesco¹⁴. La ligazón nace de la naturaleza (*consanguinidad*), la adopción plena o las TRHA¹⁵, en línea recta, en segundo grado.

En general, la obligación alimentaria que tiene fuente en el parentesco está prevista como una respuesta de naturaleza netamente asistencial ante las contingencias que pueden afectar a uno de los miembros de la familia, que le impiden circunstancial o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar su subsistencia¹⁶. Su fundamento no es otro que la solidaridad familiar¹⁷, en razón del vínculo que los une, imponiendo al primero el deber de compartir, en cierta medida, con el pariente necesitado, sus medios de vida¹⁸, pues es característico de las relaciones familiares que los sujetos más débiles sean fortalecidos por los que pueden llevar las cargas más pesadas. Es una obligación subsidiaria, con alcance limitado y presupuestos de procedencia rigurosos.

Pero el rol trascendente que muchos abuelos desempeñan en las configuraciones familiares modernas, llevó a preguntarse si la relación alimentaria con sus nietos debía ser analizada exclusivamente desde la óptica del parentesco – como cualquier pariente, por ejemplo, hermanos entre sí, hijos a padres, etc.- o si, tenía alguna connotación especial que exigiera un análisis diferente. El problema es que si se adopta una posición rigurosa, dado que los primeros obligados son los padres (art. 265 Cód. Civ. y 658 Código Civil y Comercial) y los abuelos como parientes solo concurren en forma subsidiaria (art. 367 Cód. Civ. y 537 Código Civil y Comercial), el carácter prioritario de los derechos alimentarios de niños y adolescentes puede desdibujarse.

Antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, doctrina y jurisprudencia discutieron si debía mantenerse la sujeción estricta a la regla de la subsidiariedad, o si por el contrario deberían flexibilizarse los recaudos, hasta admitir incluso, el reclamo directo a los abuelos.

14 Art. 537 Código Civil y Comercial (art. 367 Código Civil derogado)

15 Sobre el empleo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su impacto en las relaciones de parentesco, compulsar MOLINA DE JUAN, M., *El parentesco en el Anteproyecto del Código Civil*, JA número especial 2012- II, 43, y "El Derecho de Familia en el Anteproyecto del Código Civil", JA 2012, II 1307.

16 ZANNONI, E.: *Derecho Civil Derecho de Familia*. Buenos Aires (2006):Astrea, p. 117. Ver también BOSSERT, G.: *Régimen Jurídico de los Alimentos*. Buenos Aires (2006):Astrea, p. 269.

17 Compulsar BOSSERT, G.: *Régimen jurídico*, cit. p. 269.

18 BUSSO, E.: *Código Civil Anotado*, t II. Buenos Aires (1945): Ediar, p. 831.

Veamos las principales posturas y sus argumentos.

I. La respuesta clásica: subsidiariedad a ultranza.

Durante muchos años, la jurisprudencia argentina resolvió la cuestión aplicando la regla de subsidiariedad. Aún después de la CDN, muchos tribunales siguieron aferrados a esta postura clásica. Consideraron que el deber alimentario de los abuelos surge del parentesco, y por ello es sucesivo del de los padres, en tanto si bien son parientes comprendidos en la enumeración legal, se encuentran en grado posterior;¹⁹ no siendo razonable equiparar su obligación con la que resulta del vínculo paterno - filial²⁰.

Con esta mirada, defienden el interés de los abuelos, en tanto se mantiene -como es debido en cabeza de los padres - la principal obligación alimentaria para con su prole; agregan que generalmente los abuelos son personas de edad avanzada, que se encuentran fuera de la etapa económicamente productiva, y que dependen en muchos casos para su supervivencia de una magra jubilación o pensión²¹.

Como consecuencia de esta posición, para poder reclamar alimentos a los abuelos se debe acreditar la insuficiencia de recursos de ambos padres, o bien la imposibilidad de suministrarlos²². Ello es así porque "la obligación del abuelo no es una especie de obligación accesoria cuyo modo de operar sería análogo al de la fianza, sino que es condicional por encontrarse sometida a condición suspensiva"²³.

2. Reclamo directo o simultáneo.

Las voces opuestas admiten una acción "directa" contra los abuelos o al menos, simultánea con la que incumbe al progenitor. Afirman que los mandatos de la CDN son claros al no establecer subsidiariedad alguna entre los padres y el resto

19 Puede consultarse BERTOLA, G.: "Extensión de los deberes en materia de alimentos de los padres y abuelos con relación a los menores", *DJ* 2003-2-217.

20 Una autora brasilera postula la interpretación restrictiva de la obligación alimentaria de los abuelos, en tanto "los abuelos no son padres dos veces de sus nietos, son simplemente abuelos". Argumenta que la irresponsabilidad de los padres no merece premios, mucho menos pagos con el sacrificio de los abuelos y que la transitividad de la responsabilidad de los padres para los abuelos, admitida con asiduidad por los tribunales brasileros, crea confusión de funciones de cada uno, no respeta los límites de las responsabilidades y menoscaba el ejercicio de las funciones afectivas de los abuelos [MENEZES DA COSTA, M.: *Os limites da obrigacao alimentar dos avós*. Porto Alegre (2011): Livraria do Advogado].

21 VILLAGRAN, S.: "La constitucionalidad de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos", *E.D.*, 230-1122.

22 CNCiv., Sala B, 3/11/77, "R. de K., A. M. v. K., H. O.", ED 77-728, sum. 1081; CNCiv., Sala A, 01/07/91, "S. de P., A. A. v. P., C.", ED 143 235; CNCiv., Sala A, 10/03/94, "C. S., S. A. y otros v. S., V. L.", LL 1994 C 43; CNCiv., Sala C, 28/07/87, "G. de B., M. C. v. B., J.", LL 1988 A 398. CNCIV. Sala A, 16/ 03/ 95, LL 95 D 106; Cám. de Apel en lo Civil y Comercial de Mar de Plata, Sala 2 28/03/2006, RDF 2007 I 93, con nota de CATALDI, M., "Obligación alimentaria de los abuelos"; CNCiv. Civil, sala C, C., S. G. c. P., C. y otro, 24/02/2004, LL 2004 E 281 Ver también STJ Corrientes, 10/12/2007, RDF, 2008, N° 40, p. 220-223, Cám. Apel en lo Civil y Com de Pergamino, 04/02/13; autos N° 1493-12, "D C/R S/A", Expte. N° 50520, www.infojus.gov.ar.

23 Cfr. MENEZ COSTA, M., *Visión jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe (2.000) Rubinzal Culzoni, p. 246.

de las personas responsables del niño²⁴, por lo que no corresponde que la ley reglamentaria la exija.

Para Morello, el mantenimiento del sistema de subsidiariedad resulta axiológicamente negativo porque las dilaciones lesionan "las exigencias de la tutela urgente, y, en la jurisdicción de acompañamiento, la protección temprana efectiva". Esta opinión se apoya en la prelación constitucional de la Convención con relación al derecho interno, en el nuevo contenido y direcciones que tienen los derechos del niño y las garantías jurisdiccionales que los tutelan, y en que el ejercicio de la protección alimentaria dentro de la justicia de acompañamiento atañe a la dignidad misma de la persona, y asegura "en tiempo oportuno" la satisfacción del interés superior del menor; sin quebrantar la regla de la razonabilidad²⁵.

Enrolado en esta visión, un tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma de la cual surge la subsidiariedad, e hizo lugar a la demanda de alimentos contra el abuelo. Interpretó que si bien, en principio, es criterio generalizado que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres de prestarla, no lo es menos que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primar la tutela de los derechos básicos de los niños. Argumentó que los derechos consagrados por la CDN no son programáticos, meras aspiraciones a lograr, sino directamente operativos. En consecuencia, se viola la regla de la sana crítica si el Tribunal recurre a un temperamento ritualista imponiendo al menor comenzar un largo itinerario procesal postergando la satisfacción de sus necesidades asistenciales, ya que entre el interés del adulto y el del niño, éste debe ser priorizado²⁶.

3. La flexibilización de los requisitos procesales.

Una postura que podría definirse como "intermedia," o conciliadora, parte de la premisa que los principios enunciados por la CDN resultan aplicables a la obligación de los abuelos, porque, en general, están involucradas personas menores de edad, quienes se encuentran en plena etapa de desarrollo madurativo, y para las cuales la cuestión alimentaria exige una respuesta prioritaria. Postula que la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, amparados por la ley 26.061 y el principio de interés superior; exige redimensionar la pauta de la subsidiariedad, aunque sin abandonarla totalmente.

24 Cfr. LLOVERAS, N.: "La obligación alimentaria de los abuelos y el nieto menor de edad ¿un pariente?", (Dir)., AMEAL, O. J. (Coord), GESUALDI, D.: *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*. Buenos Aires (2001): Hammurabi, p. 957.

25 Ampliar en MORELLO, Augusto M. y MORELLO DE RAMÍREZ, María S.: "La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño", JA 1998-IV-1090. Ver también "La prestación de los alimentos por parte de los abuelos", JA 2005 IV 66 en su comentario al fallo de la Corte Suprema el 15/11/2005.

26 Trib. Col. de Instancia Única Familia Quilmes, 18/4/2007 LLBA, julio de 2007, p 606.

Este redimensionamiento se concreta mediante la flexibilización de las exigencias procesales, y de la valoración de los requisitos sustanciales de procedencia²⁷. Entonces, tratándose de niños, no es necesario agotar una serie de pasos formales previo a demandar a los abuelos, cuando surge evidente que ellos resultarían inútiles²⁸ (como por ejemplo, imponerle a la actora que inicie un incidente de ejecución contra el progenitor que debe los alimentos, cuando las circunstancias indiquen que estará condenado al fracaso). Le bastará, en cambio, arrimar elementos que lleven a la convicción del juez que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos²⁹.

Esta visión se plasmó en un fallo resonante de la Corte Suprema de la Nación (2005).³⁰ La madre reclamó alimentos al abuelo paterno, a raíz del incumplimiento de la obligación alimentaria por el progenitor (pactada mediante convenio). El fallo de primera instancia acogió el planteo y fijó una cuota a cargo del abuelo. La alzada revocó la sentencia con asiento en la posición más conservadora antes expuesta.

La Corte Federal acogió el recurso extraordinario; dijo: "parece inadecuado exigir el cumplimiento de otros pasos a fin de considerar expedita la vía para reclamar el pago al abuelo paterno". Interpretó que la alzada desatendió las directivas de la CDN y colocó a los niños en una situación de grave peligro al no poder cubrir sus necesidades más elementales, especialmente el art. 27 inc. 4 que establece que "los estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los padres y otras personas que tengan responsabilidad financiera," así como la regla del interés superior de los niños (art. 3 CDN).

Si bien en este fallo la Corte Federal no abandonó totalmente la idea de subsidiariedad, priorizó el principio del interés superior del niño plasmado en la Convención. Cabe recordar que varios años más tarde (2012), la CIDH en el caso *Fornerón v. Argentina*, afirmó que toda decisión estatal, social familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente las disposiciones que rigen esta materia; porque dicho interés superior (...) se funda en la dignidad misma

27 Ver por ejemplo, J Familia Nro 1, Mendoza, 29.11.2010, con nota aprobatoria YUBA, G.: "La obligación alimentaria de los abuelos a favor de los nietos", *Rev. DFyP*, 6-2011-77. Cám. De Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, 19.09.2013, autos R. S. M. c/ F. M. A. y otro/a s/ Alimentos del C.P.C. Id Infojus: NV6075.

28 Cfr. CNCiv. Sala G; 24/04/2012 "S., T. G. Y Otros c/ D. A., J. R." elDial.com - AA76D4

29 CNCiv., sala C, 17.04.97, "C. A y otros c/ T. de S., E.", JA, 1998- I -65, CNCiv. Ver también BELLUSCIO, C.: *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*. Buenos Aires, (2006): Universidad, p. 453.

30 CSJN 15/11/2005, "E., L. v. L., V. recurso de hecho", SJA 1/3/2006 JA 2006-I-20, JA 2005-IV-62; *Rev. Actualidad Jurídica Córdoba - Familia y Minoridad, Nuevo Enfoque Jurídico*, Córdoba, 2005, p. 2085-2089, LL 2006- A- 605, con nota de SOSA, T. E.: "Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa". DJ, 2005-3-992 Ver también Cám. Familia 2 Nom. Córdoba, 14.09.2011, con nota de SOSA, T. E.: "Obligación alimentaria de los abuelos: de relativamente subsidiaria a concurrente", *Rev. DFyP*, 2-2012-106.

del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”³¹.

Esta tesis reconoce que el factor tiempo tiene un impacto directo en el reclamo alimentario de la infancia y adolescencia. Imponer al actor la prueba de demostrar que agotó todas las medidas para obtener el cumplimiento de la cuota alimentaria antes de recurrir a los abuelos, puede terminar configurándose en una “exigencia diabólica” cuyo efecto concreto no es otro que dilatar la satisfacción del derecho alimentario del niño o adolescente³². La premura del interés involucrado, justifica una respuesta ágil del órgano jurisdiccional para garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva, e impone imaginar soluciones que trascienden el ritualismo procesal ordinario de los conflictos meramente patrimoniales³³.

Como puede observarse, cuando los beneficiarios son menores de edad, la vigencia de la CDN y el impacto del derecho constitucional familiar imponen que la subsidiariedad legal esté desprovista de exigencias que terminarían desnaturalizando la obligación³⁴. En definitiva, sin abandonar la regla ni el orden de prelación³⁵, ni proteger a los progenitores que se sustraen de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, propicia evitar un rigorismo formal que conspire contra el fin primordial del proceso: atender con inmediatez las necesidades del niño alimentado³⁶.

La flexibilización de los requisitos para reclamar tiene un alto impacto axiológico porque, con lamentable frecuencia, los primeros obligados –los padres- recurren a ágiles maniobras para evadir su responsabilidad (ocultamiento de ingresos, de bienes, renuncia al empleo) muchas veces en connivencia con sus propios progenitores. Naturalmente, ello no impide que el abuelo que ha sido demandado por alimentos demuestre que su hijo se encuentra en condiciones de atender al mantenimiento del niño o adolescente, o incluso, si ha sido condenado al pago de la cuota, solicite

31 CIDH, 27/04/2012, “Forneron hija vs. Argentina”, www.corteidh.or.cr

32 BISCARO, B.: “Alimentos a cargo de los abuelos. Principio de solidaridad de la obligación”, JA 2006-I-21.

33 La madre de un menor demandó por alimentos al padre, el juez de grado fijó una cuota alimentaria que fue incumplida por el alimentante, en consecuencia aquélla inició acción a los abuelos del menor. El juez de grado rechazó la demanda. La Cámara revocó la sentencia apelada y admitió la demanda. TSJ Provincia de La Rioja, “Presser, Mónica S. c. Heredia, Gustavo F. y otra”, 28/03/2006, LL Gran Cuyo 2006-1417, AR/JUR/5166/2006. Ver también Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, 16/12/2008, DJ del 08/07/2009 y LL Buenos Aires, n° 6/julio 2009, p. 597.

34 En un caso se rechazó la demanda porque “la orfandad probatoria resultante no puede sino jugar en contra de quien tenía que acreditar los presupuestos fácticos de su pretensión” (Cám de Apel en lo Civil y Comercial de Azúl, Sala II, “Y. J. D. c/ T. A. D. y T. M. A. s/ alimentos. Embargo prev.” 30.04.09, MJ-JU-M-43513-AR | MJJ43513, ED 2009- 234- 331, con nota de SOJO, L.: “La obligación alimentaria de los abuelos ¿subsidiaria o simultánea?”), ver también, VILLAVERDE, M.: “Alimentos. Obligación alimentaria de los abuelos”, Rev. Abeledo Perrot Buenos Aires, 6-2009-702; BAY, N.: “Alimentos y abuelos. Subsidiariedad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños y adolescentes en el proyecto de reforma argentina”, RDF 59- 2013- 199.

35 Cám. de Apel en lo Civil y Comercial de Junín, 16.12.08, “T., N. L. v. G. Vda. de L., M. E. s/ Alimentos” ABELEDO PERROT N°: 14/151157. Ver también BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Actualidad en derecho de familia”, JA 2009-II-812.

36 CNCIV, sala I, 28/09/06 H., S. M. y otros v. B., M. y otro SJA 17/1/2007, JA 2007-I-17.

su cese o disminución si prueba que el padre adquirió posibilidades de asumir su obligación.

4. Simultaneidad en el reclamo, subsidiariedad de la obligación.

Ante la inmediatez de las necesidades alimentarias de los niños, una variante admite el reclamo conjunto o simultáneo al padre y abuelo en el mismo proceso judicial, demostrando la imposibilidad de lograr el cobro frente al principal responsable.

De este modo se evita iniciar un nuevo juicio después del fracaso del reclamo al progenitor³⁷, aunque ello tampoco implique erradicar el criterio de la subsidiariedad. En abono a esta posición se ha sostenido que la subsidiariedad legal que se desprende del orden de prelación de los parientes no supone -correlativamente- una sucesividad procesal en el sentido de requerirse la promoción y sustanciación de distintos procedimientos, uno después de otro; la ley no exige, para la procedencia de la pretensión contra el abuelo, un juicio previo contra los progenitores en el que haya quedado formalmente establecida su absoluta o relativa falta de recursos. Esta es la única solución práctica admisible porque, de lo contrario, a través de exigencias procesales ordinarias, se desnaturalizaría el fin perseguido de atender con inmediatez las acuciantes necesidades del alimentista³⁸.

En esta línea, se acogió la demanda por alimentos planteada conjuntamente contra el progenitor y el abuelo paterno, realizando una interpretación dinámica y finalista de la CDN, en miras a la efectiva tutela del menor alimentado. El fallo estableció la cuota del progenitor en una suma determinada, y condenó al abuelo a afrontar el pago en forma subsidiaria y automática. "Frente al incumplimiento del obligado principal y verificada la mora de la cuota mensual, automáticamente deberá afrontar su obligación alimentaria el abuelo, quien debe cargar con un 50% de la cuota que corresponda a su hijo"³⁹.

5. La solución del nuevo Código Civil y Comercial.

La línea abierta por la Jurisprudencia de la Corte Federal a partir del año 2005, ha tenido repercusiones en la reforma argentina. El nuevo Código Civil y Comercial se propone alcanzar coherencia con el sistema de derechos humanos, y en este contexto, rechaza la solución clásica de la subsidiariedad a ultranza, que generalmente perjudica a los niños y adolescentes.

37 Cám. Apel. Neuquén, sala 3°, 18.04.06, "C., M. L. v. L., L. R. y otros", LL Patagonia 2006-636. 131-S.

38 Tribunal de Familia de Jujuy, 01/10/2012, "C. A. M. c/ L. G. | sumarísimo por alimentos", MJ-JU-M-76044-AR | MJJ76044.

39 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualaguaychú "V. F. c. V. O. F. y otros s/ alimentos y litis expensas", 28/08/2012, LL Litoral 2013 (febrero), 81, LLLitoral 2013 (mayo) , 377, AR/JUR/48223/2012.

El nuevo texto, ubicado en el título de la Responsabilidad Parental, autoriza el reclamo a los ascendientes de niños o adolescentes en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso. El artículo 668 dice: "Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado".

La solución refleja el ejercicio oportuno de la protección alimentaria dentro de la órbita de la justicia de protección o acompañamiento, en coherencia con el ordenamiento legal en su conjunto, en la cual el factor tiempo es insoslayable. Responde a un agudo problema que atañe a la dignidad de la persona⁴⁰ persiguiendo la efectividad del derecho fundamental en juego⁴¹.

V. ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS Y EL IMPACTO DE LA MAYORÍA DE EDAD.

I. Una aproximación al tema.

En principio, la obligación de los padres de brindar alimentos a sus hijos, fundada en la responsabilidad parental, se extiende mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. En Argentina, hasta el año 2009 la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años; la ley 26.579 la redujo a los 18 años pero dejó a salvo la obligación alimentaria de los padres hasta los 21 años. El artículo 658 del Código Civil y Comercial mantiene la regla: "La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo".

A partir de esa edad, padres e hijos –recíprocamente- se deben alimentos con fundamento en las relaciones de parentesco que los vinculan, ya que son parientes por consanguinidad en primer grado.

En consecuencia, es posible distinguir distintas categorías de alimentos debidos a los hijos: a) los debidos mientras son menores de edad; b) los debidos a los hijos mayores de edad hasta los 21 años y c) los debidos entre padres e hijos mayores de 21 años fundados en relaciones de parentesco⁴².

40 Cfr. BISCARO, B.: "Alimentos a cargo de los abuelos. Principio de solidaridad de la obligación", JA 2006-I-21. Compulsar también MORELLO, A. y MORELLO DE RAMÍREZ, M: "La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño", JA 1998-IV- 1090

41 En el mismo sentido WAGMAISTER, A.: "Obligación alimentaria solidaria del padre y de la abuela. Subrogación de la madre que detenta la tenencia en el derecho de sus hijos", DJ, 2007-2-821.

42 Consultar FAMÁ, M.: "Alimentos debidos a los hijos mayores de edad", RDF N 47; GROSMAN, C.: "La mayoría de edad y la responsabilidad alimentaria de los padres", RDF 47.

El problema es que en numerosas oportunidades, el cese de la cuota por la mayoría de edad coincide con la época en que el hijo se encuentra cursando sus estudios terciarios o universitarios, que implican gastos y muchas veces una dedicación y carga horaria que le impide desempeñar un trabajo rentado en forma paralela a los estudios. Dado que la educación integral de los hijos es una de las principales funciones derivadas de la responsabilidad parental ¿puede calificarse esta situación como una categoría diferente que permita –bajo ciertas circunstancias- la continuidad de la prestación alimentaria, o no es otra cosa de una manifestación más de la obligación nacida de la relación de parentesco? Si se opta por la primera posibilidad ¿cuál sería su alcance? En este caso ¿el hijo debe interponer el pedido de continuidad de la prestación, o su derecho se considera automáticamente sostenido y en todo caso, correspondería al alimentante solicitar su cesación si estima que no se dan los presupuestos de procedencia?

Antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, doctrina y jurisprudencia, no daban respuestas unánimes. Algunos abonaban la continuidad de la prestación pues los padres son responsables de brindar los medios necesarios para el desarrollo íntegro del hijo, y por eso subsiste hasta el fin de su educación⁴³. Dado el tiempo que irroga terminar una carrera universitaria, la interpretación restrictiva no condice con la realidad; por otra parte, el ingreso a los mercados laborales es más accesible para quienes cuentan con capacitación suficiente. Por eso debe fomentarse el acceso a niveles superiores de educación, aun cuando éstos no resulten obligatorios. Una “solución adversa devendría en instalar una marcada e inexcusable desigualdad entre los hijos convivientes con los padres bien avenidos, que jamás cuestionarían esfuerzos económicos para solventar sus estudios, y aquellos que tienen sus padres separados”⁴⁴.

Para el mantenimiento de la prestación, se ha exigido la prueba de la imposibilidad de realizar tareas remuneradas que permitan al hijo autosustentarse, por la carga horaria que ellas implican⁴⁵, por eso se admitió “la subsistencia de la cuota alimentaria fijada a favor del hijo, aun cuando éste hubiese llegado a la mayoría de edad, pues se acreditó que cursa estudios universitarios y existe un impedimento horario en orden al cumplimiento de tareas remuneradas”⁴⁶. También se ha puesto el acento en la necesidad de demostrar el desempeño académico en forma regular⁴⁷.

43 Ampliar en BELLUSCIO, C.: “Continuidad de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad”, *RDF* N°38, p. 2.

44 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación de Santiago del Estero, 2/11/2004, P. “G. O. c. Del V., A. E”, LL Noroeste 2005 (marzo), p. 458, AR/JUR/4449/2004.

45 Cám. Civ. Com. de Dolores, “M., C.C. v. M., H.R.”, 08/07/2010, Abeledo Perrot online, <http://www.abeledoperrot.com/>.

46 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II ,04/12/2008, “Tagni Gerardo Raúl c. Tagni Jessica Romina y otra”, LL Buenos Aires 2009 (abril), p. 314, AR/JUR/22752/2008.

47 Cfr. Tribunal de Familia de Formosa, DJ. 1997-3-512.

La jurisprudencia que adhirió a esta postura, coincidió en la necesidad de estipular un límite razonable de tiempo para el mantenimiento o fijación de la cuota, independientemente de la época en que el hijo, en definitiva, culmine sus estudios o formación. Así, por ejemplo se estimó prudente fijarlo hasta la fecha en que alcanzó la edad de 25 años; "tal tope responde a parámetros sociológicos que muestran que a esa edad se concluyen los estudios universitarios o la preparación profesional"⁴⁸. No puede "dejarse librado a la voluntad del reclamante el límite temporal de la prestación alimentaria del padre, afectándose seriamente la certeza de las relaciones jurídicas paterno-filiales, pues, al establecer la ley un límite fijo entre la minoridad y la mayoría de edad, se procura que aquéllas se asienten sobre una base cierta, que no es posible exorbitar por la voluntad de los interesados, al estar involucrado el interés general"⁴⁹.

Otras voces rechazaron la extensión del derecho alimentario de los hijos mayores de edad con fundamento en su estudio o capacitación sin una norma expresa que así lo habilite, de modo que una vez que el alimentado llegara a la edad prevista por la ley como límite de la obligación, ésta debía cesar *de pleno derecho*. Para esta posición el hijo mayor sólo podía reclamar a sus padres los alimentos derivados del parentesco, debiendo probar los extremos exigidos por la ley para su procedencia⁵⁰. Sin embargo, atento la limitada extensión que tiene este derecho entre parientes, agregaban, no podría fijarse una cuota destinada a atender los gastos de educación del hijo mayor alimentado.

2. Una respuesta de la Corte Federal.

La Corte Federal se pronunció ante un pedido del progenitor del cese de la cuota alimentaria abonada a su hija, porque ésta alcanzó la mayoría de edad. La demandada hija se opuso, invocando su carácter de estudiante universitaria.

El magistrado de primera instancia rechazó la solicitud con fundamento en que la accionada acreditó la imposibilidad de procurarse los medios de subsistencia, al haber demostrado los excelentes resultados obtenidos en sus estudios, los distintos lugares donde debía trasladarse a fin de cursar cada una de las materias, el tiempo que le insumía, los gastos que le demandaban traslados y vivienda, etc. La Cámara de Apelaciones de Paraná (provincia de Entre Ríos) confirmó el fallo y rechazo el incidente de cese, pues estimó probados los requisitos exigidos por la ley para su subsistencia. El Superior Tribunal de Justicia Provincial acogió la apelación deducida por el progenitor:

48 Cám. Civ. y Com. De Necochea, "K., C.A. v. G.M. s/ incidente de cese de cuota alimentaria", 04/11/2008, JA, 2009-II-811.

49 CNCiv., sala J, 14/02/2005, D. B., J. E. c. D., R.AR/JUR/4588/2005.

50 NOVELLINO, J. N.: *Los alimentos y su cobro judicial*, 2ª reimp., Santa Fe (2006): Ed. Jurídica Nova Tesis p. 116.

La mayoría de la Corte Federal declaró formalmente inadmisibile el planteo⁵¹, no obstante, la disidencia criticó el análisis estricto de los requisitos que realizó la sentencia cuestionada, sin reparar en que las particularidades del caso imponían una interpretación de la norma efectuada con la máxima prudencia, cuidándose que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, y que el apego a la letra no desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción, con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho (Fallos: 310:500,937 y 2456). Teniendo en cuenta entonces, que lo perseguido por la hija no era una cuota alimentaria para subsistir, sino para continuar con su actividad universitaria, "el requisito exigido para el pariente que pide alimentos consistente en demostrar que le es imposible adquirirlos con su trabajo, debía considerarse en función de si ello afectaría sus estudios y buen desenvolvimiento académico".

3. Algunas reglas aplicables y la solución en el nuevo Código Civil y Comercial.

Para evitar la falta de previsión y la inseguridad jurídica que generaba la ausencia de reglas claras, se ensayaron algunas reglas que pueden sintetizarse de este modo:⁵²(i) El hijo o la hija ya mayor de edad puede reclamar ser alimentado por su padre y madre para su formación laboral y profesional; (ii) Debe invocar su derecho a la educación, dimanado de su dignidad de ser persona humana, reconocido en el bloque de constitucionalidad federal, (iii) Solo procede el reclamo si su padre y madre están capacitados para satisfacerlo; (iv) Debe tenerse en cuenta la concurrencia – si fuere tal- de los restantes deberes alimentarios del padre y de la madre para con otros hijos aún menores de edad y para con parientes imposibilitados de autoalimentarse; (v) El derecho alimentario sólo continua vigente, si el alimentado observa el cumplimiento regular del plan de estudios⁵³.

Finalmente, la posibilidad de extender el derecho alimentario de los hijos que estudian o se preparan para un oficio o una profesión más allá de la edad de 21 años, se encuentra expresamente contemplada en el artículo 663 del Código Civil y Comercial. Este derecho se extiende hasta los 25 años. En tanto se trata de una excepción a la regla general (art 658), corresponde al acreedor alimentario que pretende que la obligación a su favor continúe prestándose, probar el supuesto de hecho previsto por la norma, es decir, que el *cursado de sus estudios o preparación le impiden acceder a los medios necesarios para su subsistencia independiente*. En consecuencia, no es suficiente la mera prueba de estar inscripto en la matrícula; el hijo debe acreditar que el horario de cursado o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares, le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse

51 CSJN, 04/11/2003, A. 636. XXXVII. "Albornoz de Kunzi, Claudia L. c/ Kunzi, Eduardo Germán s/ incidente."

52 Ampliar sobre la sistematización en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. (Dir): *Alimentos*, T I. Buenos Aires (2014): Rubinzal Culzoni, p. 152

53 Conforme GÓMEZ, J.: "Alimentos a favor del hijo mayor de edad para su formación laboral y profesional", ED 211-822, 2005.

en forma independiente. Se encuentran legitimados para solicitar la extensión de la obligación alimentaria tanto el hijo como el otro progenitor que convive con éste.

VI. PROHIBICIÓN DE INDEXAR LAS DEUDAS POR ALIMENTOS.

Antes de cerrar este breve recorrido sobre la evolución de algunos aspectos del derecho alimentario de niños y adolescentes en Argentina, me interesa realizar una reflexión sobre uno de los graves problemas que enfrenta el derecho alimentario en nuestro país: la dificultad para mantener el poder adquisitivo de la cuota fijada por el impacto de los habituales procesos inflacionarios, que producen un significativo incremento del costo de vida y hacen que las cuotas fijadas en un determinado momento, queden desactualizadas rápidamente. Naturalmente el problema se suscita si la prestación ha sido estipulada en una suma de dinero fija, pues si es un porcentaje de los haberes del alimentante, o se han pactado pagos directos de diferentes rubros (colegio, expensas, obra social, etc.), no existen estos inconvenientes en tanto *la actualización o adecuación de la suma*, se realiza en forma automática.

Como principio general, la vía para *reacomodar* el poder adquisitivo de la cuota, es el incidente de aumento. Pero en muchas ocasiones, estos procesos insumen largos meses, incluso años, lo que atenta contra una respuesta oportuna y eficaz, cuestión que reviste mayor gravedad si los beneficiarios de los alimentos son niños o adolescentes.

El problema es que en el año 1991 se sancionó una ley llamada "de convertibilidad" (ley 23.928), cuyo art. 7 prohibió la indexación o actualización de las deudas dinerarias por la variación de los precios. Dice el texto: "el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto".

A partir de entonces se discutió si esta prohibición resultaba aplicable a las obligaciones alimentarias. La Corte Federal tomó posición y sostuvo que la obligación de pagar una suma de dinero en concepto de alimentos se encuentra alcanzada por la restricción, y que en ningún supuesto se admite la actualización monetaria con posterioridad al 1º de abril de 1991⁵⁴.

54 CSJN, 30/11/93, "De La Cruz de Sessa, Adela M. v. Sessa, Alejandro Julio s/ divorcio 67 bis.", 30/11/1993, JA 1994-III-219, LL 1995-A-949.

Aunque la Corte Suprema de la Nación no volvió a pronunciarse sobre la actualización de las cuotas alimentarias, sí lo hizo en relación con la constitucionalidad de las mencionadas leyes. Sostuvo que la ventaja o acierto de prohibir toda clase de actualización monetaria escapa al control de constitucionalidad, o sea, que la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial⁵⁵.

Conforme lo dicho, en principio no serían admisibles las cláusulas de actualización, pero el progresivo aumento del costo de vida padecido durante el último quinquenio en Argentina, está forzando la revisión de estos postulados, y obliga a interrogarnos si aquella jurisprudencia del máximo tribunal, que tiene más de veinte años y respondió al orden público entonces imperante, se debe conservar en la actualidad.

Un fallo dictado en el año 2009 por una la Cámara Nacional Civil de Apelaciones⁵⁶, actuó como bisagra y abrió la puerta para un cambio de rumbo. No obstante que en esa oportunidad, la decisión mayoritaria apoyó la constitucionalidad de prohibición, la disidencia ancló sus argumentos en el derecho familiar constitucional-convencional, y diseñó algunos elementos para comenzar a recorrer un camino contrario al hasta entonces consolidado. Destacó la injusticia de una solución, que impone a las personas más vulnerables la obligación de transitar un proceso judicial de duración incierta⁵⁷ para lograr un ajuste en la cuota destinada a satisfacer sus necesidades inmediatas, cuando es un hecho notorio el aumento en los precios de los productos que componen la canasta familiar y demás prestaciones incluidas en el amplio concepto de “alimentos”⁵⁸.

Aunque la mayoría de la jurisprudencia posterior todavía sigue la línea de la Corte Federal⁵⁹, el trazo de aquel fallo precursor dejó algunas huellas que están cobrando algún protagonismo.

En esta línea se sostuvo que prohibición de fijar pautas de reajuste automático en materia alimentaria, sea por sentencia o por convenio, configura en la actualidad una inconstitucionalidad sobreviniente, además de un resultado perjudicial para los menores⁶⁰, y que la judicialización auspiciada por la prohibición de fijar mecanismos

55 Cfr. CSJN, “Massolo, Alberto J. v. Transporte Tejar SA”, 20/04/10, LL 2010-C, p. 711 con nota de CASIELLO, J., “¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?”.

56 CNCiv. Sala J “R, M. c. R., J. s/aumento de cuota alimentaria” 12/11/2009. EDFA On Line, 24/02/2010, n° 6

57 MATTERA, M.: “Actualización monetaria en materia alimentaria: necesidad de revisión constitucional”, RDF N°38-103; Cfr. ÁLVAREZ, O.: “Actualización de la cuota alimentaria a favor de los hijos”, ED 240-697.

58 CNCiv. Sala J “R, M. c. R., J. s/aumento de cuota alimentaria” 12/11/2009, EDFA On Line, 24/02/2010, n° 6. De los argumentos de la disidencia (Dra. Mattera).

59 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 28/12/2009 en la Ley Online AR/JUR/57506/2009.

60 CNCiv. Sala J, 19/4/11, Sumario N° 21042 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil www.pjn.gov.ar

de actualización en la sentencia o los convenios sobrecarga innecesariamente los tribunales y atenta contra la paz familiar⁶¹.

En oportunidad de resolver sobre el pedido de homologación judicial de un convenio en el que ambos padres acordaron la actualización de la cuota alimentaria para sus hijos, un tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas que la prohíben. El fallo realizó un análisis exhaustivo de la doctrina y jurisprudencia desarrollada con relación al tema, cuestionó “el actual divorcio entre la suba generalizada de precio de productos y servicios básicos y la prohibición de cláusulas de estabilización en las obligaciones alimentarias” Con fundamento en la protección constitucional del derecho alimentario de los niños, resaltó que “el orden jurídico del Estado debe ser interpretado a favor del reconocimiento del hijo a gozar del derecho alimentario integralmente, y, en particular, también las normas contenidas en la ley 23.928 en sus arts. 7 y 10, a tenor de las modificaciones introducidas por la ley 25.561, deben ser analizadas desde la óptica de la protección integral de la persona menor de edad, a fin de evitar el menoscabo en el cumplimiento de su derecho alimentario (...) pretender invalidar la eficacia de la convención de los padres que acuerdan una pauta de reajuste a fin de intentar evitar la depreciación sistemática de los bienes a los que acceda el hijo, implica desentenderse del derecho del niño a la integridad de su cuota alimentaria y propiciar la degradación de su calidad de vida, en razón de las modificaciones que pudieren producirse en los precios de los bienes que requiere para la satisfacción de sus necesidades”. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de esas normas –respecto de las obligaciones alimentarias- y homologó el convenio⁶².

Como una variante, a los fines de neutralizar el riesgo de que alguna de las necesidades de los alimentados (menores de edad) puedan quedar insatisfechas a la brevedad, algunos tribunales optaron por fijar aumentos de la cuota en forma escalonada⁶³.

Estas opciones acercan el derecho a la realidad. Consideran el contexto socioeconómico argentino y propenden a la economía y celeridad procesal, así como también a la seguridad jurídica que otorga la claridad de parámetros a los cuales ajustarse, sin tener que acudir permanentemente a los incidentes de aumento

61 GARDANINO, C.: “Cuota alimentaria y prohibición de actualización. Panorama de una problemática aún vigente”, *Rev. Derecho de Familia y las Personas*, LL, 2-2012-53.

62 Juzgado de Familia de Mar del Plata N 6, 30/09/2013, “G. V.M. y P. C.G. s/ Homologación de convenio”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. MOLINA DE JUAN, M. *Alimentos II*. Buenos Aires (2014): Rubinzal Culzoni, p. 59. Ver también otra jurisprudencia allí citada.

63 CNCiv. Sala B, 12/03/2013 “D., M. G. y O. c. De U., A. M.” APJD 19/09/2013, ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/25634/2013, APJD 19/09/2013, con nota de PREVALIL, S.: “La prohibición de actualizar y los alimentos”, *RDF* 2013 IV 39, y de RIPA, M.: “Deber alimentario: niños, niñas, adolescentes y su vinculación con los derechos de género”, *JA* 2013-II-78. La misma Cámara, 2011 20/03/2014, “S. M. L. y OTRO c/ C. S. P. s/ Alimentos (Juzgado Nacional en lo Civil N° 85)”.

de cuota. Son también valiosas en tanto preservan al grupo familiar de las inevitables tensiones que genera la tramitación de estos pleitos.

Por estas razones estimo que sería conveniente la derogación de estas normas en materia alimentaria, sin perjuicio de que, si la Corte Suprema de la Nación tiene la oportunidad, revierta la tesis restrictiva, y ofrezca una solución más acorde con la real problemática inflacionaria en la que se encuentra inmerso nuestro país. Más aun cuando –en las actuales circunstancias - los hechos han demostrado que el fin pretendido por la norma prohibitiva, lejos está de ser alcanzado.

VII. CIERRE.

Un gran jurista español recalcó que los fines últimos que el ordenamiento jurídico asigna a la familia, están constituidos por los necesarios auxilios que sus miembros deben prestarse a través de lo que lo juristas conocen como obligación de alimentos⁶⁴. A lo largo de este trabajo he tratado de escudriñar algunas de las novedades que en el derecho alimentario de niños y adolescentes, trae el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

Las líneas jurisprudenciales elaboradas por la Corte federal en relación con este tópico, han resultado un aporte de indudable trascendencia, no solo desde el punto de vista axiológico sino también normativo, pues tuvieron una impronta singular en la jurisprudencia posterior; así como también en el nuevo derecho familiar argentino.

No obstante, cabe recordar que en esta materia, como en muchas otras del derecho que regula las relaciones familiares, la ley puede ser un gran paso, pero no lo es todo. Morello decía que la mejor protección de los alimentos se asienta en una tría muy difícil de alcanzar en una sociedad en crisis: la estabilidad y cohesión de la familia a través del acrecentamiento de la solidaridad interior; una plataforma ética de sustento; y la reconquista de la estabilidad económica mínima y decorosa de volver a crecer; sin la cual las dos precedentes están jaqueadas⁶⁵. Este es pues, el verdadero desafío.

64 DIEZ PICAZO, L.: Prólogo al libro de Encarna Roca, *Libertad y familia*, Valencia (2014): Tirant lo Blanch, p. 8.

65 MORELLO, A. y MORELLO DE RAMÍREZ, M.: *El moderno derecho de familia*. La Plata (2002): Platense, p. 154.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, O.: "Actualización de la cuota alimentaria a favor de los hijos", **ED** 240-697.

BACIGALUPO DE GIRARD, M.: "Actualidad en derecho de familia", **JA** 2009-II-812.

BAY, N.: "Alimentos y abuelos. Subsidiariedad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños y adolescentes en el proyecto de reforma argentina", **RDF** 59- 2013- 199.

BELLUSCIO, C.: *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*. Buenos Aires (2006): Universidad.

BELLUSCIO, C.: "Continuidad de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad", **RDF** N°38, p. 2.

BÉRTOLA, G.: "Extensión de los deberes en materia de alimentos de los padres y abuelos con relación a los menores", **DJ** 2003-2-217.

BIDART CAMPOS, G.: "Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine", en BIDART CAMPOS –GIL DOMINGUEZ, A. (Coord.): *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires (2000): Ediar.

BÍSCARO, B.: "Alimentos a cargo de los abuelos. Principio de solidaridad de la obligación", **JA** 2006-I-21.

BOSSERT, G.: *Régimen Jurídico de los Alimentos*. Buenos Aires (2006): Astrea.

BUSSO, E.: *Código Civil Anotado*, t II. Buenos Aires (1945): Ediar.

CASIELLO, J.: "¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?", **LL** 2010 – C 711.

CATALDI, M.: "Obligación alimentaria de los abuelos", **RDF** 2007 I 93.

DIEZ PICAZO, L.: Prólogo al libro de Encarna Roca, *Libertad y familia*. Valencia (2014): Tirant Lo Blanch, p. 8.

FAMÁ, M.: "Alimentos debidos a los hijos mayores de edad", **RDF** N 47, p. 225.

GIARDANINO, C.: "Cuota alimentaria y prohibición de actualización. Panorama de una problemática aún vigente", **Rev. Derecho de Familia y las Personas**, LL, 2-2012-53.

GÓMEZ, J.: "Alimentos a favor del hijo mayor de edad para su formación laboral y profesional", **ED** 21 I-822, 2005.

GROSMAN, C.: *Alimentos a los hijos y derechos humanos*. Buenos Aires (2004): Universidad.

GROSMAN, C.: "La mayoría de edad y la responsabilidad alimentaria de los padres", *RDF* 47, p. 17.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. (Dir): *Alimentos*. Buenos Aires, (2014): Rubinzal Culzoni.

LLOVERAS, N.: "La obligación alimentaria de los abuelos y el nieto menor de edad ¿un pariente?", (Dir). AMEAL, O. J., (Coord) GESUALDI, D. *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*. Buenos Aires (2001): Hammurabi.

MATTERA, M.: "Actualización monetaria en materia alimentaria: necesidad de revisión constitucional", *RDF* N°38-103.

MÉNDEZ COSTA, M., *Visión jurisprudencial de los alimentos*. Santa Fe (2000): Rubinzal Culzoni.

MENEZES DA COSTA, M.: *Os limites da obrigacao alimentar dos avós*. Porto Alegre (2011): Livraria do Advogado.

MERLO, L.: "La obligación alimentaria de los abuelos respecto sus nietos ante la imposibilidad de pago de uno de los progenitores", *Rev. De Derecho de Familia y Sucesiones* IJ-LXIX-658.

MOLINA DE JUAN, M.: "El parentesco en el Anteproyecto del Código Civil", *JA* 2012-II, p 43.

MORELLO, Augusto M. y MORELLO DE RAMÍREZ, María S.: "La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño", *JA* 1998-IV-1090.

MORELLO, A. y MORELLO DE RAMÍREZ, M.: *El moderno derecho de familia*. La Plata (2002): Editora Platense.

NOVELLINO, J. *Los alimentos y su cobro judicial*, 2ª reimp. Santa Fe, (2006): Jurídica Nova Tesis.

PREVALIL, S.: "La prohibición de actualizar y los alimentos", *RDF* 2013 IV 39.

RIPA, M.: "Deber alimentario: niños, niñas, adolescentes y su vinculación con los derechos de género", *JA* 2013-II-78.

SEGURA, R.: "Obligación alimentaria de los abuelos: en la antesala de un nuevo paradigma", *Rev. Abeledo Perrot*, Córdoba, 6- 2012- 638.

SOJO, L.: La obligación alimentaria de los abuelos ¿subsidiaria o simultánea?", *ED* 2009 – 234 – 331.

SOSA, T.: "Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa", *DJ*, 2005-3-992.

SOSA, T.: "Obligación alimentaria de los abuelos: de relativamente subsidiaria a concurrente", *Rev. DFyP*, 2-2012-106.

VILLAGRAN, S.: "La constitucionalidad de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos", *E.D.*, 230-1122.

VILLAVARDE, M.: "Alimentos. Obligación alimentaria de los abuelos", *Rev. Abeledo Perrot* Buenos Aires, 6-2009-702.

WAGMAISTER, A.: "Obligación alimentaria solidaria del padre y de la abuela. Subrogación de la madre que detenta la tenencia en el derecho de sus hijos", *DJ*, 2007-2-821.

YUBA, G.: "La obligación alimentaria de los abuelos a favor de los nietos", *Rev. DFyP*, 6-2011-77.

ZANNONI, E.: *Derecho Civil Derecho de Familia*. Buenos Aires, (2006): Astrea.

**MENORES Y EXTRANJERÍA: SITUACIONES DE
REGULARIZACIÓN**

FOREIGN CHILDREN: SITUATIONS OF REGULARIZATION

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 100-119



María Elena
COBAS
COBIELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de febrero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 9 de marzo de 2015

RESUMEN: La temática del menor extranjero ya sea acompañado o no determina una situación de vulnerabilidad especial. El trabajo “Menores y extranjería: situaciones de regularización” pretende iniciar al lector en las cuestiones más relevantes en el ámbito legislativo, con especial incidencia en la normativa que regula la regularización de los diversos status en que puede encontrarse un menor de edad extranjero.

PALABRAS CLAVE: Menores, minoría de edad, inmigración, extranjeros.

ABSTRACT: The topic of foreign minor, accompanied or no, determines a situation of special vulnerability. The work “Foreign children: situations of regularization” is intended to introduce the reader to the most relevant issues in the legislative field, with special emphasis on the rules governing the regularization of the various possible status of a foreign minor.

KEY WORDS: Minors, minority old, immigration, foreign.

SUMARIO.- I. Introduciendo la cuestión.- II. Notas preliminares en materia de extranjería.- I. Estatuto del extranjero.- 2. Estatuto jurídico del menor extranjero.- 3. Menores acompañados.- A) Residencia del hijo nacido en España de residente.- B) Residencia del hijo no nacido en España de residente.- 4. Menores no acompañados.- A) Breve presentación del art. 35 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.- B) Repatriación de los menores.- C) Autorización de residencia de los menores imposibles de repatriar.- D) Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es un titular de una autorización de residencia.- E) Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.- F) Desplazamientos de menores.- III. Jurisprudencia reciente en relación a la cuestión del menor de edad con pasaporte.

I. INTRODUCIENDO LA CUESTIÓN.

El ser humano carece de raíces (dice Goytysolo, 2004), no está atado necesariamente a ningún lugar, por lo que dispone de la facultad de desplazarse.

Ello conlleva a la existencia de movimientos migratorios, cada vez más acuciantes, y que la cuestión de la nacionalidad, de la extranjería y de la migración susciten interés, preocupación y debates políticos, económicos, sociales, religiosos, incluso hasta enfrentamientos raciales e interculturales a nivel europeo y mundial. De los cuales tampoco España está exenta, y a lo que se une en la actualidad que los propios nacionales deban emigrar a otros países; por la situación económica que atraviesan los países europeos.

Los menores no están ajenos a este proceso, en ocasiones siguen el destino de sus padres, en otras, no tan escasas como quisiéramos, llegan por diversas vías a España y se encuentran igualmente inmersos y afectados por la doble condición de menores y de inmigrantes, como señala la doctrina en la materia al tratar este tema con especial interés, "la triple condición de menor, extranjero y no acompañado, determina una situación de especial vulnerabilidad. La protección del menor, objeto de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CNUDN)¹, con arreglo a la que fue redactada Ley Orgánica 1/1996 de

¹ Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990 (BOE número 313, 31 diciembre 1990, en vigor en España desde el 5 de enero 1991).

• María Elena Cobas Cobiella

Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Valencia, España. Acreditada a Profesor Titular de Universidad. Licenciada en Derecho por la Universidad de la Habana en 1983. Profesora de la Facultad de Derecho, Departamento Civil, Universidad de la Habana, Cuba (1983-1999). Catedrática de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba (1996). Notario Público en Cuba (1992-1998). Correo electrónico: m.elena.cobas@uv.es.

Protección Jurídica del Menor (LOPJM)², motiva que las medidas que recoge nuestro ordenamiento sean aplicables con independencia de la nacionalidad (art. 2 CNUDN, art. 3 LOPJM) y, esencialmente, que cualquier actuación o decisión que le afecte, haya de venir basada en el principio del interés superior del menor con la finalidad principal de la defensa y salvaguardia de sus intereses (arts. 2 y 11.2 a) LOPJM siguiendo al art. 3.1 CNUDN³”.

La problemática de los menores extranjeros es un tema no demasiado tratado en el ámbito del Derecho de extranjería, aunque cabe decir que existe una copiosa jurisprudencia en cuestiones relativas, a guarda y cuidado de los menores, régimen de visitas, pensiones cuando uno de los padres vive fuera de España, entre otras materias, aunque a efectos de este trabajo he preferido centrarme en la situación jurídica de los menores extranjeros, disciplina generalmente ausente en los planes de estudio de derecho en las Facultades, y cuando se aborda, es tratada de una manera tangencial y no con la profundidad que requiere un tema de esta magnitud.

Debemos considerar primeramente la existencia de un conjunto de principios básicos que ha establecido la UNICEF y el Consejo General de la Abogacía⁴ ante la realidad jurídica y social de los menores extranjeros. Esta declaración de principios resulta doblemente importante, ya que, por una parte expone los principios que han de marcar este tema, y por otro lado pone al descubierto, con crudeza, una realidad latente, porque señala que se carece de información fiable para el conocimiento preciso del número de niños extranjeros en España ni de la situación de cada uno de ellos, de ahí que una de las recomendaciones de este informe es la urgente necesidad de mejorar la coordinación entre las diferentes administraciones y la puesta en marcha efectiva del Registro Nacional de Menores Extranjeros no Acompañados.

Entre los principios se destacan en primer lugar que el fenómeno de la inmigración es un hecho imparable y cambiante: de ahí que, tanto la legislación migratoria como la de protección de menores deben adaptarse a esta nueva realidad, considerando muy especialmente las necesidades de estos menores y los contextos respectivos. En segundo lugar se destaca un principio que marca todo el Informe y que es desde mi punto de vista, uno de los más importantes dentro del marco de la protección

2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm 15, 17 de enero 1996.

3 SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: “Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (2012), núm 8, p. 1.

4 El informe “Ni ilegales ni invisibles: realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España” analiza la situación de los niños y niñas que se han visto afectados por los procesos migratorios en España. Algunos de estos niños son hijos de inmigrantes, mientras que otros han dejado sus hogares atrás para emigrar a España, a veces sin la protección de su familia. En ambos casos, forman parte de una realidad creciente frente a la que no se puede mirar a otro lado. UNICEF quiere contribuir con este estudio a garantizar que los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño sean realidad para todos estos niños y niñas. INFORME 2009. Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España. Vid. <http://www.unicef.es/actualidad-documentacion/noticias/ni-ilegales-ni-invisibles-ninos-extranjeros-en-espana>, 22 de septiembre de 2009.

internacional y nacional en relación a esta temática; que son menores, antes que extranjeros: un niño es un niño en cualquier lugar del mundo con independencia de su documentación o situación legal, y por tanto le amparan todos los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵.

Otros principios de importancia se encaminan a la necesidad de fomentar y hacer más efectiva la coordinación interterritorial entre instituciones en referencia a la protección del menor: a la revisión de los procedimientos de tutela, repatriación y de autorización de residencia temporal, a la necesaria asistencia letrada, y en general a los procedimientos judiciales donde intervengan menores inmigrantes.

Los principios básicos también hacen alusión a la educación, explicando que el fracaso escolar es mayor entre el colectivo de niños y niñas de origen inmigrante, y sus expectativas de estudios y empleo están por debajo de las de sus compañeros de origen español, a la tan ansiada integración, explicando que la misma en menores extranjeros constituye un elemento clave para garantizar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el correcto funcionamiento de una sociedad⁶.

II. NOTAS PRELIMINARES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.

I. Estatuto del extranjero.

El extranjero es aquella persona física que no ostenta la nacionalidad española, en correspondencia con lo que prevé el art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000⁷, que considera extranjero, a los que carezcan de la nacionalidad española, entendida ésta como la condición de una persona que la identifica como perteneciente a una determinada comunidad y que en principio la somete a sus normas. El concepto de nacionalidad es importante y tiene dos facetas pública y privada, la primera porque determina el vínculo con el Estado y la segunda es privada porque determina los derechos privados de los individuos.

5 La Convención de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en su art. 2 señala que: “todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación”, y el art. 3 que establece que: “todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”.

6 También se analizan los recursos y responsabilidades, destacando que resulta imprescindible garantizar los procedimientos adecuados para ofrecer a la sociedad información clara acerca el reparto de responsabilidades, transparencia en la rendición de cuentas y rigor en la aplicación de los procedimientos.

7 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el BOE n°. 299, de 12 diciembre 2009, tras su modificación de las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre.

Igualmente debemos tener en cuenta que existen categorías de extranjeros, los comunitarios y los no comunitarios. Los primeros son Miembros de la UE y miembros de Terceros Estados a saber y a los que se les aplica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero regula la libre circulación y residencia de ciudadanos de Estados miembros⁸. Los otros, pertenecientes a terceros estados no miembros de la Comunidad Económica Europea y que son regulados por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

Esto resulta importante a efectos de las autorizaciones y las situaciones de acceso al empleo, que repercuten en definitiva en la situación de los menores; habida cuenta que los comunitarios no tienen las mismas dificultades que los extranjeros de terceros países, para residir y trabajar en España. De igual manera resulta importante señalar, que el Código Civil es discriminatorio en cuanto a la obtención de la nacionalidad⁹, lo que de igual forma redundará en los derechos de los menores, porque los plazos para la obtención de la misma dependerán del país de donde se proceda y la existencia de Tratados internacionales.

El art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, señala que: "1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país", no obstante a ello, constitucionalmente no está respaldado, ya que el art. 13.1 de la Constitución española señala que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley", lo que no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros, si bien el legislador podrá otorgarlo a aquellos extranjeros que cumplan con unos determinados requisitos establecidos por la ley.

Así pues los tratados y leyes pueden modular el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas¹⁰.

8 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE, número 51, de 28/02/2007.

9 Cfr. art. 22. 1 del Código Civil. Vid. COBAS COBIELLA, M. E.: "Nacionalidad y Registradores de la Propiedad: una curiosa combinación", *Diario La Ley* (2013), núm. 8050, pp. 2 y siguientes.

10 Tales modulaciones se presentan como el presupuesto básico en materia de extranjería, por lo que habrá que tener en cuenta los requisitos para la entrada en el territorio nacional y la categoría que se tenga; si la entrada se produce desde un Estado del espacio SCHENGEN o desde un Estado ajeno, ya que la adhesión de España al convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen ha supuesto la eliminación de las fronteras y ha dado lugar al denominado espacio Schengen, con libre circulación de las personas que pertenezcan al mismo, mientras que si la entrada a España se produce desde un tercer Estado no miembro del mismo, los requisitos son establecidos por cada país, como estime conveniente.

2. Estatuto jurídico del menor extranjero.

La minoría de edad se protege en base al principio del interés superior del menor; que constituye un concepto jurídico indeterminado, estudiado y entendido como principio general del Derecho, lo que se deduce de las múltiples normas civiles que lo recogen¹¹, así como por parte de reiterada jurisprudencia. El interés superior del niño constituye un derecho, un principio y una norma de procedimiento¹².

Según el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor: "primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo". Y la Convención internacional de Derechos del Niño, dice en su 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 una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"¹³.

Constituye un concepto jurídico indeterminado, que sirve para adaptar los diferentes supuestos de hecho a la norma.

Si nos atenemos además, a la Declaración de los Derechos del Niño¹⁴, establece en el principio número uno, que el niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, de ahí que el término "niños" implica que el interés superior del menor sea de aplicación, no sólo a los niños individualmente, sino como grupo, y que abarque tanto a niños nacionales, niños extranjeros acompañados o no¹⁵.

11 Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007): Dykinson, 2ª ed., p. 81. En igual sentido DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La Tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2013), parte Comentario, núm 1, Volumen 2, pp. 51-70. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que propicia la flexibilidad de quienes han de aplicar las normas, atendiendo a la realidad y circunstancias concurrentes en cada caso, aunque no deje de provocar cierta e indeseable inseguridad jurídica, especialmente en un Derecho que, como el español, a diferencia de otros, carece de criterios normativos preestablecidos para la concreción de cuál sea el interés del menor.

12 Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1).

13 En igual sentido se pronuncia el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación de protección a la infancia de 4 noviembre 2013, que prevé la modificación de la Ley 1/1996, de 15 de enero, Orgánica de la Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

14 Aprobado en 20 de noviembre de 1959 por la Organización de Naciones Unidas.

15 La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 no se refiere de forma expresa a los menores extranjeros no acompañados si bien establece en su artículo 2º la especial protección del niño y como señala: "esta es la primera manifestación en un instrumento internacional del principio conocido como interés superior del menor; principio fundamental que debe regir el ámbito de protección de los derechos del menor de edad". Vid. DIEZ MORRÁS, F.J.: "Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección", *Revista Electrónica de Derecho (REDUR)* (2012), núm. 10, p. 98.

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que les conciernan, visto como derecho colectivo y como derecho individual, tal como señala la Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: "Un niño es en primer lugar y sobre todo, un niño. Sólo después puede él o ella ser visto como un migrante". Esta consideración, junto con la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor; tal y como establece el art. 3 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, y la prohibición de discriminación entre los niños, debería constituir el punto de partida de cualquier discusión relativa a los menores migrantes no documentados. La cuestión de su estatus migratorio puede sólo considerarse en segundo lugar¹⁶.

Por esta razón, y por lo menos legislativamente, la Ley de Extranjería en sus modificaciones más recientes establece en consonancia con los derechos esenciales el derecho de los menores a la educación¹⁷, el derecho a la asistencia sanitaria¹⁸, o el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, a tenor de lo previsto en el art. 14.2¹⁹.

Sobre estas premisas, el art. 139 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, establece el principio rector que marca toda la regulación en la materia actualmente, al señalar que: "en la aplicación de las previsiones de este capítulo a extranjeros menores de edad las actuaciones realizadas estarán en todo momento sometidas

16 "5.1 Les enfants non accompagnés doivent être traités avant tout comme des enfants et non comme des migrants; 5.2. l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les décisions prises à son égard, quel que soit son statut au regard de l'accès au territoire ni refoulé par une procédure sommaire à la frontière d'un Etat membre; il conviendrait de l'orienter immédiatement vers les services spécialisés qui pourront lui fournir une assistance et le prendre en charge afin de vérifier s'il est mineur, de préciser les particularités de son cas, de déterminer ses besoins de protection et de trouver finalement une solution durable dans son intérêt supérieur". Résolution 1810 (2011). Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe. <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/tal1/FRES1810.htm>.

17 Art. 9. Derecho a la educación. "1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización. En correspondencia con la protección de los derechos del menor, el artículo 9.4 regula que los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración".

18 Art. 12. Derecho a la asistencia sanitaria, que en su apartado 3, establece que: "los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles".

19 Art. 14.2: "Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico".

a la consecución del interés superior del menor; estableciéndose medidas de protección específicas”.

La normativa, no obstante estas regulaciones de corte común, distingue entre menores acompañados y menores no acompañados, por tratarse de dos situaciones diferentes, que siguen procedimientos distintos, que se deben destacar:

3. Menores acompañados.

En cuanto a los menores extranjeros acompañados, que son aquellos que o bien viven con sus padres, familiares o tutores, cabe decir una regla que es de aplicación en toda la materia de extranjería, y es que éstos ostentan la misma situación o idéntica situación que sus progenitores.

La Ley de Extranjería y su Reglamento contemplan distintos supuestos concretos en relación a la regularización de los menores.

A) Residencia del hijo nacido en España de residente.

El art. 185 del Reglamento de extranjería regula la situación del hijo nacido en España de residente extranjero, con exactitud. El citado artículo contempla a su vez tres supuestos: en el apartado 1 establece que los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo en España adquirirán automáticamente la residencia de la que sea titular cualquiera de los progenitores. De ahí que los padres, bien los dos o uno de ellos deberá solicitar “personalmente” la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia, acompañando original y copia del certificado de nacimiento.

En el apartado dos establece el supuesto del hijo nacido en España de padre o madre reconocidos como refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria, los cuales podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor:

El apartado tres recoge el caso de un hijo nacido en España de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en condición de descendiente de otro residente, regulando la norma, que aquél adquirirá una autorización de residencia por reagrupación familiar dependiente de su progenitor²⁰.

20 El art. 17 de la Ley de Extranjería establece el derecho a la reagrupación familiar; de ahí que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a determinados familiares, entre los que se encuentran los hijos menores de edad, así lo previene el art. 17.b) al establecer como familiares reagrupables, a los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de

En la renovación de la citada autorización de residencia serán valorados, en cuanto a la acreditación de la disposición de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir las necesidades de la familia, junto a los del progenitor del menor, los del primer reagrupante, siempre que el progenitor del menor siga siendo titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar²¹.

En todos los casos anteriormente expuestos, las autorizaciones de residencia concedidas en base a lo previsto en los apartados anteriores, cuando sus titulares alcancen la edad laboral, habilitarán para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo²².

Esta regulación es de extrema importancia a efectos de los menores, porque salvo los cuentos infantiles como Peter Pan, el tiempo el implacable, llega y se adquiere la mayoría de edad y la norma soluciona la situación del tránsito de la menor edad a la mayoría de edad.

B) Residencia del hijo no nacido en España de residente.

Este supuesto contempla a los menores que no han nacido en España, pero son hijos de extranjeros con residencia en España, así como los menores sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, a virtud de lo previsto en el art. 186 del Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería.

El citado artículo expresa que podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios económicos y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar:

La vigencia de la autorización concedida por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado. En caso de que la autorización derive de su tutela por un ciudadano

salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España. También es posible reagrupar a los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español, a tenor del art. 17.c), así como y de manera excepcional, podrá el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración. Cfr. art. 17.3 de la Ley de Extranjería.

21 Cfr. art. 185.3 del Reglamento de la Ley de Extranjería.

22 Cfr. art. 185.4 del Reglamento de la Ley de Extranjería.

comunitario, su duración será de cinco años²³. Al igual que en anteriores supuestos cuando sus titulares alcancen la edad laboral, habilitarán para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo²⁴.

4. Menores no acompañados.

La Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre²⁵ introdujo importantes reformas en la Ley de Extranjería y en su Reglamento²⁶, en relación con los menores extranjeros, tanto acompañados como no acompañados²⁷. En este sentido, configura un régimen jurídico integral, de especial interés en el caso de estos últimos, regulándose por primera vez en detalle el procedimiento de repatriación del menor; con intervención intensa del Ministerio Fiscal, así como el tránsito de la minoría a la mayoría de edad y la normativa al respecto.

La protección de los menores no acompañados se regula en doce apartados frente a la mínima regulación anterior de cinco apartados. El art. 189 del Reglamento de la Ley de Extranjería ofrece la definición del menor no acompañado como el "extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor; mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor; así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación"²⁸.

Los requisitos que por tanto han de darse para hablar de un menor no acompañado al decir de la doctrina son: que el menor carezca de la compañía de un adulto al llegar a territorio español que se haga responsable de él, que la responsabilidad que recae sobre el adulto puede ser de hecho o de derecho, y finalmente la declinación por parte del adulto de su responsabilidad, una vez que el menor ha entrado en territorio español, de manera que se le deja solo²⁹.

23 Cfr. art. 186.3 del Reglamento de la Ley de Extranjería.

24 Cfr. art. 186.5 del Reglamento de la Ley de Extranjería.

25 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

26 Reformado igualmente en virtud de Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, publicado en BOE número 103, de 30 de abril de 2011.

27 Conocido como MENA.

28 Cfr. Reglamento de la Ley de Extranjería. Igualmente hay que tener en cuenta en este punto la definición que ofrece el art. 1 de la Resolución del Consejo de la UE Menores no acompañados procedentes de terceros países, 26 junio 1997 (DOCE, núm C 221, 19 julio 1997).

29 ADAM MUÑOZ, M. D.: "El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (2009), núm. 20, p. 16.

A) Breve presentación del art. 35 de la Ley Orgánica 2/ 2009, de 11 de diciembre.

El art. 35 de la Ley Orgánica 2/ 2009, de 11 de diciembre, establece algunas cuestiones de interés en aras de la protección de los menores no acompañados y algunas garantías que han de tenerse en cuenta en este sentido, con vistas a garantizar una uniformidad en la materia y que han de respetarse por los organismos que estén implicados, el primero de ellos, es el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen de forma integrada, la prevención de la inmigración irregular; la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos, a tenor de lo previsto en el apartado I del citado artículo.

El apartado tercero del art. 35 de la Ley de Extranjería, articula algunas de las garantías y procedimientos con vistas a la protección de los menores, que abarca desde la localización del menor; la atención inmediata, la investigación de identidad, la determinación de la edad del presunto menor; la intervención del Ministerio Fiscal³⁰, quien ha de ser puesto en conocimiento inmediato, en relación a la determinación de la edad, estableciendo en los siguientes apartados el mecanismo a seguir con vista al cuidado y protección de los menores, los que deberán ser puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años. Presunción que le favorece³¹.

Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

B) Repatriación de los menores.

La normativa prevé la posibilidad de repatriar a un menor, enmarcado el procedimiento en el apartado 5 del art. 35 de la Ley de Extranjería, que establece

30 En este sentido se establece en el apartado tres que los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

31 Cfr. STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 4839) y STS 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 4689).

que la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.

El Reglamento de la Ley de Extranjería desarrolla la competencia del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas³², interviniendo las Delegaciones y subdelegaciones del Gobierno que serán los Centros directivos competentes³³. El art. 192 regula la conformación del expediente, con las garantías requeridas para la protección del menor³⁴, tomando como premisa siempre el interés del menor, si este aconseja que deba ser repatriado con su familia o puesto a disposición de los servicios de protección de su país de origen, se procederá a la misma.

Este procedimiento administrativo lleva alegaciones, y período de prueba, y se señala que si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe³⁵.

El art. 194 contempla trámite de audiencia y resolución del procedimiento, con presencia del menor para que pronuncie lo que considere, con intervención del

32 Cfr. art. 191 y siguientes del Reglamento que lo desarrollan.

33 La competencia se establece teniendo en cuenta el territorio donde se halle el domicilio del menor.

34 Cfr. art. 192 que establece entre las garantías del proceso: la grabación en la aplicación informática correspondiente, la identidad del menor; la intervención del Ministerio Fiscal y la información al menor por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español.

35 En caso de que no haya alcanzado dicha edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, no obstante, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente. Correspondiendo al Ministerio Fiscal, al propio menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor; durante el trámite de alegaciones la Delegación o Subdelegación del Gobierno recabará informe del servicio público de protección de menores sobre la situación del menor en España, así como cualquier información que pueda conocer sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio cuando la misma no se hubiera presentado con anterioridad. El informe habrá de ser emitido en el plazo máximo de diez días desde su solicitud. Cfr. art. 35.6 de la Ley de Extranjería y el art. 193 del Reglamento de la Ley de Extranjería

Ministerio Fiscal, del tutor y todas las categorías que el derecho de persona regula para tutelar los derechos de los menores e incapacitados³⁶.

C) Autorización de residencia de los menores imposibles de repatriar.

La ley también prevé el supuesto de los menores cuyas circunstancias hagan imposible la repatriación de éstos, estableciendo que se procederá a otorgarles la autorización de residencia, a tenor de lo previsto en los arts. 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 196 del Reglamento, si ha transcurrido el período de nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Los efectos de la autorización se retrotraen al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor³⁷. No obstante, la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor; en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo.

La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia, teniendo el representante del menor el plazo de un mes desde la notificación de la resolución, para solicitar la autorización, lo que se efectuará ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

De ahí que reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al

36 Sin perjuicio de las funciones del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución de la resolución, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen. En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta estará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal. La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos, subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor.

37 Cfr. apartado 7 del art. 35.

mercado de trabajo, debiendo las Comunidades Autónomas desarrollar las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad, porque de lo contrario sería una norma estéril y vacía de contenido.

La autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.

En cuanto a la posibilidad de obtener una autorización de trabajo, el legislador ha potenciado la protección del interés del menor, para lo cual ha tenido en cuenta dentro de los supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo, a los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen³⁸. Dicha autorización de trabajo tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia³⁹.

D) Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es un titular de una autorización de residencia.

La norma prevé⁴⁰ que en el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia concedida en base al artículo anterior, podrá solicitar la renovación de la misma en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. Lo que protege al menor extranjero no acompañado que llega a la mayoría de edad siendo titular de una autorización de residencia.

La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo⁴¹.

38 Cfr. art. 40.1 i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de diciembre.

39 En cuanto a las renovaciones posteriores de la autorización inicial procederá cuando se mantengan las circunstancias que motivaron la concesión inicial, siendo la vigencia de la autorización renovada de un año, salvo que le corresponda la autorización de larga duración. El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

40 Cfr. art. 197 del Reglamento de Extranjería.

41 Cfr. art. 197 Reglamento. Cabe señalar que los requisitos para obtener esta autorización son bastante complejos, fundamentalmente en el rubro de los informes positivos para apreciar el grado de inserción del menor, así como la acreditación de los medios económicos.

E) Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.

La situación en que se encuentra el menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia, constituye un supuesto concreto e importante y bastante abundante en la realidad española.

La solución por lo menos a efectos legislativos, está reconocida en el art. 198 del Reglamento, que regula, que en el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el art. 196 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

Este artículo sin embargo regula un conjunto de requisitos que alternativamente tendrá que acreditar el menor extranjero, bastante improbables que pueda cumplir, porque requieren trabajo e integración en la sociedad española, de difícil consecución para un inmigrante en las condiciones actuales de España⁴².

F) Desplazamientos de menores.

El Reglamento de la Ley de Extranjería también regula los desplazamientos temporales de menores extranjeros, por periodos no superiores a noventa días, en programas de carácter humanitario promovidos y financiados por las administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones u otras entidades ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela, para estancias temporales con fines de tratamiento médico o disfrute de vacaciones, previa autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela, así como el informe previo favorable del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vayan a permanecer, a tenor de lo dispuesto en el art. 187⁴³.

42 Así están los siguientes: "a) Que cuenta con medios económicos suficientes para su sostenimiento, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM, b) Que cuenta con un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva respecto a los que se reúnen los requisitos establecidos en los apartados b), c), d), e) y f) del artículo 64.3 de este Reglamento. c) Que reúne los requisitos establecidos en los apartados a), b) c) y d) del artículo 105.3 de este Reglamento de cara al ejercicio de una actividad por cuenta propia. No obstante, la rentabilidad esperada del proyecto deberá ser, como mínimo, una cantidad para garantizar los gastos relativos a su manutención y alojamiento que represente mensualmente el 100% del IPREM. En caso de concesión de la autorización en base a lo previsto en los apartados b) y c) anteriores, ésta conllevará una autorización de trabajo y su vigencia estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

3. En el marco del procedimiento se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, en los términos previstos en el apartado 3 del artículo anterior".

43 Con varios requerimientos de interés, que se expresan taxativamente en la norma, pero con uno de especial interés que es la verificación previa de la existencia de compromiso escrito de facilitar el regreso al país de

El Reglamento de la Ley de Extranjería también posibilita el desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización en virtud de lo previsto en el art. 188, con la naturaleza jurídica de estancia por estudios.

III. JURISPRUDENCIA RECIENTE EN RELACIÓN A LA CUESTIÓN DEL MENOR DE EDAD CON PASAPORTE.

La jurisprudencia ha despertado el interés doctrinal, con dos sentencias recientes, porque marcan una pauta jurisprudencial ante la cuestión del valor del pasaporte, la minoría de edad de un inmigrante y el concepto de indocumentado. Además porque sacan a la luz el interés del menor extranjero no acompañado, que es siempre la parte más débil en esta temática, ofreciendo una solución concreta a efectos prácticos.

La Sentencia de 23 septiembre 2014⁴⁴ trata un supuesto de una extranjera nacional de Ghana, que portaba su pasaporte acreditativo de su minoría de edad, a pesar de lo cual la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso de apelación de la Administración (Generalidad de Cataluña) y la impugnación del Ministerio Fiscal, manteniendo el criterio de que no ha de pronunciarse sobre la validez del documento aportado, entendiendo además justificada la práctica de la pericial médica de la que se deduce que la edad mínima de la joven es de dieciocho años de edad, por lo que no gozaría de la protección dispensada a los menores.

La Sentencia de 24 de septiembre de 2014⁴⁵ trata un supuesto, en que el extranjero (natural de la República de Guinea), era mayor de edad, en base a las pruebas médicas realizadas a instancia de la Fiscalía de Bizkaia, a pesar de tratarse de un joven con pasaporte expedido en su país de origen, que refleja la fecha de nacimiento y su minoría de edad, a pesar de lo cual la sentencia del Juzgado aun reconociendo que el pasaporte pudiera tener validez a tenor del art. 323 LEC, son las pruebas médicas realizadas las que concluyen su mayoría de edad.

Ambas Sentencias fijan como doctrina jurisprudencial que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento

origen de los menores, y el conocimiento de que el desplazamiento del menor no tiene por objeto la adopción, según lo referido en el apartado 4, y que el mencionado regreso no implica coste para el erario público, salvo que dicho coste haya sido asumido expresa y previamente por el órgano competente.

44 STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 4839). Fundamento Derecho Primero.

45 STS 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 4689).

no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad⁴⁶. En segundo orden de cosas, fija el valor y alcance del pasaporte cuando señala que es un documento de validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular; que además vale o no vale, con o sin visado y se destaca la finalidad del mismo que es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio.

En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, precisando en su Fundamento de Derecho Primero, que en caso de duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, porque como bien se dice en la STS 23 septiembre 2014⁴⁷ la emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes.

Sobre ello coincido con algún sector de la doctrina, que advierte que con las citadas sentencias, el Tribunal Supremo da por concluido el estado de incertidumbre e inseguridad creado sobre este particular por las resoluciones judiciales contradictorias emitidas por las Audiencias Provinciales; y lo hace con la elección del criterio más acertado en línea con la resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE⁴⁸.

46 STS 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 4689). Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 3.

47 STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 4839). Fundamento de Derecho Primero, párrafo cuarto.

48 RUBIO TORRANO, E.: "Menor de edad extranjero, no acompañado y con pasaporte, en situación irregular en España: doctrina jurisprudencial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil* (2014), núm. 8, p. 3.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M. D.: "El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (2009), Editorial Lex Nova, Valladolid, núm. 20.

COBAS COBIELLA, M. E.: "Nacionalidad y Registradores de la Propiedad: una curiosa combinación", *Diario La Ley* (2013), núm. 8050.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La Tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2013), parte Comentario, núm. 1, Volumen 2.

DÍEZ MORRÁS, F. J.: "Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección", *Revista Electrónica de Derecho (REDUR)* (2012), núm. 10.

MURILLAS ESCUDERO, J. M.: "Menores inmigrantes: aspectos jurídicos", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19/2002 parte Comentario, *Revista Aranzadi Doctrinal* (2003).

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007), Editorial Dykinson, 2ª ed.

RUBIO TORRANO, E.: "Menor de edad extranjero, no acompañado y con pasaporte, en situación irregular en España: doctrina jurisprudencial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2014), núm. 8/2014, parte Tribuna.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: "Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad", *Revista Aranzadi Doctrinal* (2012), núm. 8.



AVANCES Y DESAFIOS EN LA REGULACIÓN DE LOS
MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA

ADVANCES AND CHALLENGES IN THE SPANISH
REGULATION FOR THE UNACCOMPANIED MINORS

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 120-141



Lucía
APARICIO
CHOFRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de enero de 2015

RESUMEN: Los menores extranjeros no acompañados se han convertido en nuevos actores del proceso migratorio a causa de su exponencial crecimiento y peculiares características. La regulación de esta cuestión ha sido objeto de considerables avances en la legislación española, propiciados por relevantes pronunciamientos jurisprudenciales, aun así todavía quedan pendientes importantes desafíos.

PALABRAS CLAVE: Menores no acompañados, determinación de la edad, derecho a la tutela judicial efectiva y a ser oído, interés superior del menor y repatriación.

ABSTRACT: Unaccompanied foreign minors have become the new actors of the migratory process, owing to its exponential evolutionary growth and special characteristics. The regulation of this question has been the object of significant advances in Spanish legislation, due to important judicial decisions; however, a number of challenges still remain.

KEY WORDS: Unaccompanied minors, age determination, right to effective judicial protection and right to be heard, the superior interests of the child and repatriation.

SUMARIO.- I. Los menores extranjeros no acompañados en España. II. Evolución y novedades en su regulación. III. La trascendencia de las decisiones jurisprudenciales y de otros órganos en la materia. IV. Conclusión.

I. LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA.

La transformación de España durante el último siglo en un país de inmigración ha conllevado la aparición de nuevos fenómenos, como el de los menores no acompañados, inéditos hasta el momento¹.

En un primer momento los debates en torno a la inmigración se focalizaron en el colectivo de los adultos inmigrantes y predominantemente en cuestiones políticas, económicas o sociales. Pero el acaecimiento de una serie de sucesos, como la llegada masiva de cientos de menores extranjeros no acompañados a las costas españolas poniendo a prueba la capacidad de acogida de los centros de menores de varias Comunidades Autónomas² o los pronunciamientos realizados por diversas instancias

- 1 La población extranjera residente en España se ha multiplicado por cinco en la última media década. De acuerdo con los datos reflejados en las estadísticas del Padrón Continuo de Población del Instituto Nacional de Estadística, el 1 de enero de 2014 residían en España 5.00.258 personas extranjeras que representaban el 10,7% de la población total mientras que en el año 2000 esta misma cifra se situó en 923.879 extranjeros residentes que únicamente representaba el 2,3%. Aunque es conveniente señalar que en los últimos años, en buena parte debido a la difícil situación económica y laboral, se aprecia una ralentización e incluso un decrecimiento. Desde el año 2011 cuando se registró la cifra más alta de población extranjera residente en España, con un total de 5.751.487 personas extranjeras esta cifra se ha ido reduciendo año tras año hasta situarse en el poco más de medio millón actual. Estos datos se pueden consultar en: http://www.ine.es/inebaseDYN/cp30321/cp_inicio.htm
- 2 En el año 2006 llegaron 928 menores extranjeros no acompañados a las Islas Canarias, en 2007 fueron un total de 752 menores y en 2008 se contabilizaron un total de 815 menores. ROJO GARCÍA, L.: *Estudio sobre la migración internacional de Menores Extranjeros No Acompañados Subsaharianos hacia las Islas Canarias: Perfil y expectativas*. Madrid (2009): Fundación Nuevo Sol, p. 27. Una situación que obligó al gobierno español a adoptar una serie de medidas como la aprobación de un Programa Especial para el traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde la Comunidad Autónoma de Canarias mediante el cual se concedían una serie de subvenciones a las distintas Comunidades Autónomas para el acogimiento de estos menores extranjeros no acompañados que eran trasladados desde Canarias por falta de capacidad. A modo de ejemplo se puede consultar el Real Decreto 1515/2006, de 7 de diciembre, por el que se conceden dichas ayudas BOE n°. 293, 8-12-2006, pp. 43104-43105. Unas ayudas especiales para el archipiélago Canario que se siguen manteniendo por parte del Gobierno Español a pesar de que la cifra de menores no acompañados se ha reducido considerablemente, en agosto de 2014 el número de menores no acompañados detectados en Canarias fue de 65. El Día, 10-08-2014, disponible en <http://eldia.es/canarias/2014-08-10/5-ultimos-ninos-cayucos.htm> y el Real Decreto 909/2013, de 22 de noviembre, por el que se regula la concesión de una subvención directa a la Comunidad Autónoma de Canarias para el traslado y acogida de menores extranjeros no acompañados, BOE n° 281, 23-11- 2013, pp. 93489- 93491.

• Lucía Aparicio Chofré

Doctora Europea en Derechos Humanos por la Universidad de Valencia y la Università degli Studi di Palermo y Profesora Asociada en el Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia y Profesora en la Universidad Europea de Valencia. Correo electrónico: Lucia.Aparicio@uv.es

judiciales o gubernamentales sobre diversas cuestiones polémicas que suscitó su tratamiento³ hizo que fueran objeto de un interés creciente a todos los niveles.

Una atención creciente que se ha visto traducida en la constatación del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados como un colectivo, que por su naturaleza presenta unas peculiaridades específicas, que requieren de un tratamiento jurídico singular dentro del ámbito de la inmigración⁴.

Antes de analizar el origen, la evolución cuantitativa y las características de los menores extranjeros no acompañados en España es conveniente realizar una serie de precisiones conceptuales.

En primer lugar hay que señalar el empleo de una pluralidad de términos, por parte de la doctrina y la literatura especializada, para referirse a esta cuestión que no siempre está exenta de consecuencias. Así se utilizan términos como los de Menores migrantes no acompañados (MMNA), Menores inmigrantes no acompañados (MINA), Menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA) o Menores separados que pueden comportar una serie de connotaciones negativas o excluyentes⁵. Por ello, en el presente artículo, nos decantaremos por el empleo de la expresión “menores extranjeros no acompañados” por dos razones, al ser la utilizada de forma más habitual por las entidades que intervienen en este ámbito y por entender que es la que en mayor medida elimina cualquier posible connotación peyorativa en su utilización.

En cuanto a su definición se pueden destacar los siguientes instrumentos jurídicos de carácter internacional, europeo y nacional:

- 3 Entre algunos pronunciamientos se pueden destacar: STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 183), STC 17 septiembre 2007 (RJ 2007, 372), STC 30 enero 2006 (RJ 2006, 17), STC 22 mayo 2003 (RJ, 2003 95), STC 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 221), STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 453) y STS 29 septiembre 2014 (RJ 2014, 452) y las siguientes instrucciones de la Fiscalía: la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, la Instrucción 6/2004, 26 noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, la Consulta 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, la Instrucción 1/2012, 29 marzo 2012, sobre la Coordinación del Registro de menores extranjeros no acompañados, la Circular 2/2006, 27 julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, el informe extraordinario del Defensor del Pueblo ¿Menores o adultos? procedimientos para determinar la edad de 2011, la Declaración de las defensorías del pueblo de las distintas Comunidades autónomas sobre las responsabilidades de las administraciones públicas respecto a los menores no acompañados en 2006 y las referencias que el Defensor del Pueblo viene realizando en sus informes anuales sobre esta cuestión.
- 4 NIETO GARCÍA, C.: “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, *Los derechos de los menores extranjeros*. Madrid (2007): Consejo General del Poder Judicial, p. 14.
- 5 FUENTES SÁNCHEZ, R.: “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)”, *Azarbe Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* (2014), 3º, p.105 y CABEDO MALLOL, V. *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, p. 320.

1º) La Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen⁶, en la que en su apartado tercero, punto 7 se afirma que se entiende por “niños no acompañados” (llamados también “menores no acompañados”) de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

2º) La Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros⁷, en su artículo 1, relativo al ámbito y propósito, indica que se denominarán como menores no acompañados a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos y también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.

3º) La Directiva 2003/86/CE del Consejo, 22 septiembre 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁸, en su artículo 2 apartado f) establece que se entiende por menor no acompañado, al nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor; o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros.

4º) La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 13 diciembre 2011⁹, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, en su artículo 2 apartado l) define al menor no acompañado como el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros.

6 U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), 39º período de sesiones.

7 DOUE n° C 221, 19 julio 1997, pp. 23 - 27

8 DOUE L 251, 30 octubre 2003, pp.12-18.

9 DOUE L 337, 20 diciembre 2011, pp. 9-27.

5º) En el caso del ordenamiento jurídico español la definición más completa se encuentra en el artículo 189 del Real Decreto 557/2011, 20 abril¹⁰, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería actualmente en vigor. Este artículo define al menor extranjero no acompañado como el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor; mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor; así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación¹¹.

En cuanto al origen de este fenómeno en España, se puede señalar que los Servicios Sociales de las diversas Comunidades Autónomas sitúan básicamente en 1996¹² el año en el que la presencia de estos menores comienza a ser significativa. En otros países europeos, el fenómeno era ya relevante en la década de los años 70 y 80¹³.

Respecto a la evolución del número de menores extranjeros no acompañados en España en la última década, hay que señalar la dificultad de encontrar fuentes oficiales, de carácter público y fiable, que nos aproximen a la cuantificación exacta de este fenómeno a nivel nacional¹⁴. A este respecto, tal vez el dato más aproximado de esta evolución, aunque no esté totalmente actualizado, se puede encontrar en un informe realizado en el año 2009 por UNICEF junto con el Consejo General de la Abogacía Española¹⁵. Así vemos en dicho informe como el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en España se multiplicó por cinco en el periodo comprendido entre 1996 y 2007. Mientras en el 1996 llegaron 1.260 menores extranjeros no acompañados en el año 2007 lo hicieron 6.475 menores.

10 Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE nº. 103, 30 abril 2011, pp. 43821-44006

11 Otras definiciones del término Menores extranjeros no acompañados las encontramos en distintos informes y documentos de trabajo elaborados por organizaciones no gubernamentales o asociaciones que trabajan en este ámbito. Entre los que se pueden destacar "Ni legales ni invisibles", *Realidad jurídica y social de los Menores en España* (2009). UNICEF y CGAE y el "Programa de Menores no acompañados en Europa". Declaración de Buenas Prácticas (2004). SAVE DE CHILDREN Y ACNUR, p. 2.

12 JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M.: "Menores marroquíes no acompañados en Andalucía: el caso de Sevilla. De 1996 a 2000", *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*. Madrid (2000): Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) e Instituto Universitario Ortega y Gasset.

13 Véase en relación con Alemania y Francia PÉREZ CRESPO, M^a.J.: "Menores no acompañados", *Revista de Trabajo Social. Servicios Sociales y Política Social*, (1999).48, pp. 55-62.

14 Esta dificultad deriva de la existencia de las distintas fuentes que transmiten esta información sin que aparentemente exista una debida coordinación. Así nos encontramos algunas veces con los datos proporcionados por la Secretaría de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, otras con los del Ministerio del Interior, otras con los de la Dirección General de Policía que hay que señalar que depende jerárquicamente de este último Ministerio y luego también con los datos que proporciona cada Comunidad Autónoma al ser estos entes los que tienen atribuido competencialmente el acogimiento de estos menores. Una situación que provocó que el 24 septiembre 2014 la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados aprobara una iniciativa por la que se instaba al Gobierno a poner en marcha en esta materia una base de datos nacional, de acuerdo con la previsión contenida en la propia Ley de Extranjería.

15 "Ni legales, ni invisibles", cit., 39.

En los últimos años, al igual que ha ocurrido con las cifras de la inmigración en general en España, el número de menores extranjeros no acompañados se ha visto reducido casi a la mitad. Según los datos facilitados por el propio Ministerio de Empleo y Seguridad Social a fecha 31 diciembre 2013 había registrados 2.841 menores extranjeros no acompañados en España¹⁶, unos datos que se aproximan a los reflejados en la infografía elaborada por la Comisión Europea sobre menores no acompañados¹⁷, en la que para el caso de España se señala que el número de menores extranjeros no acompañados en el año 2013 era de 2.175 menores.

Del análisis de estos datos a nivel europeo se puede destacar que España es el segundo país de la Unión Europea, tras Italia que recibió en 2013 a 8.461 menores extranjeros no acompañados, que acogió a un mayor número de estos menores. Unos datos que varían si consideramos en este cómputo también a los menores extranjeros no acompañados que han solicitado asilo ya que en este caso Suecia con 3.850 menores solicitantes de asilo ocuparía la segunda posición y Alemania con 2.485 menores la tercera, relegando a España a un cuarto lugar según el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en 2013¹⁸.

Desde un punto de vista cualitativo, el colectivo de los menores extranjeros no acompañados también presenta unas características bastante definidas. La mayoría de estos menores son varones¹⁹, nacionales de países de África prevalentemente de las zonas del Magreb y del Sahe²⁰, destacan cuantitativamente los marroquíes, su edad media se sitúa alrededor de los 16 años²¹, en cuanto a su procedencia familiar la mayoría viene de familias numerosas con escasos recursos económicos, que están al corriente de su inmigración y para ellas constituye una esperanza para abandonar esta situación económica familiar; en el porcentaje restante de casos, aproximadamente un 30%, una parte proviene de familias con una buena situación económica o se trata de los denominados niños de la calle, que proceden

16 Nota de prensa emitida por el Ministerio de Empleo y Seguridad, el 22 julio 2014, con ocasión de la Firma del Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados (MENAS). Disponible en el siguiente enlace: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2269>.

17 "Unaccompanied Minors in the EU", Dirección General de Inmigración y Asuntos Internos, Comisión Europea (2014), disponible en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/uam/uam_infographic_a4_en.pdf.

18 "Unaccompanied Minors in the EU", cit, pp. 2-4.

19 En relación con la presencia de menores extranjeros no acompañados se puede consultar: MORANTE DEL PERAL, L. y TRILLO VEGA, M.: "Las niñas y adolescentes que emigran solas a España ¿un nuevo fenómeno social?" *Revista MUGAK* (2007). pp. 25-27.

20 MURILLAS ESCUDERO, J.M: "Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante", *Revista Jurídica Española La Ley* (2002). 7, p. 1814. y DURÁN RUIZ, FJ.: "Las Administraciones Públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (2007). 7, pp.1-41 disponible en: www.refdugr.com.

21 Aunque hay que señalar que en los últimos años se había detectado un descenso en la edad de estos menores, localizando incluso a algunos de 10 años. *La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados*. Madrid (2009): Observatorio Permanente de la Inmigración del Gobierno de España, p. 25.

normalmente de familias desestructuradas o padecen algún tipo de adicción²² y por último, otra constante común es la carencia de estudios, de formación o de conocimientos del idioma.

En definitiva, aunque en la última década se aprecia una importante reducción, en casi más de un tercio, del número de menores extranjeros en España, es posible aventurar que la tendencia en un futuro, lejos de su desaparición será su incremento, ya que los menores extranjeros no acompañados se han convertido en nuevos actores del proceso migratorio²³ a escala internacional.

II. EVOLUCIÓN Y NOVEDADES EN SU REGULACIÓN.

La principal característica de la regulación del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados es su especialidad. Una normativa que reviste cierta complejidad, tal y como se pondrá de manifiesto a continuación, por la tensión permanente existente al aplicarse contemporáneamente dos regímenes con idiosincrasias y finalidades distintas.

Por un lado, estos menores estarían amparados por lo dispuesto tanto en la legislación internacional como nacional en materia de protección jurídica del menor, pero por otro, debido a su condición de extranjeros se ven sometidos a un especial régimen regulatorio.

En cuanto al primero, el relativo a la protección jurídica del menor, a nivel internacional destaca la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño²⁴ y las 17 Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos del Niño²⁵, a nivel europeo la Carta Europea de Derechos del niño²⁶ y en España esta se contiene en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor²⁷.

22 APARICIO CHOFRÉ, L.: "La nueva política de los menores no acompañados y el codesarrollo", *El Desafío de la Inmigración*. Valencia (2011): Grupo Valencia del Capítulo Español del Club de Roma, p. 313.

23 A modo de ejemplo se pueden citar las palabras pronunciadas por el Vicepresidente de Estados Unidos, Joe Biden en junio 2014, a propósito de la llegada a la frontera norteamericana de 10.622 niños y adolescentes no acompañados provenientes de Centroamérica y México, "la ola de niños no acompañados en la frontera es un desafío humanitario". El País, 20 de junio de 2014. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/06/20/actualidad/1403224730_734684.html.

24 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 20 noviembre 1989 y ratificada por el Estado Español mediante el Instrumento de ratificación 30 noviembre 1990. BOE nº. 313, 31 diciembre 1990, pp. 38897 – 38904.

25 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

26 DOCE nº C 241, 21 septiembre 1992

27 BOE nº. 15, 17 enero 1996, pp. 1225- 1238. El Consejo de Ministros del Gobierno Español, el pasado 24 abril 2014, aprobó el anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia y de su Ley Orgánica complementaria, <https://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Lproteccioninfancia.pdf>.

Si este proyecto normativo viniera aprobado, tal y como es la intención del gobierno español antes de finales de 2015, supondría una reforma de la actual normativa vigente en materia de menores. En este anteproyecto se abordan distintos aspectos concernientes a la regulación del régimen de los menores extranjeros no acompañados, en concreto en su segundo apartado se modifica el art. 10 de la L.O 1/96, 15 enero reconociendo

En cuanto a la segunda regulación aplicable, la de extranjería, antes analizar la evolución de la misma en España, es oportuno mencionar a nivel internacional además de la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos Niño²⁸, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la UE²⁹ o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 – 2014)³⁰.

Respecto al desarrollo de la legislación española en esta materia, antes de detallar las últimas novedades normativas como la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados³¹, es conveniente señalar someramente las transformaciones que la regulación de los menores extranjeros no acompañados ha experimentado en las Leyes y Reglamentos de Extranjería en España en las últimas dos décadas.

A este respecto resulta llamativo que no es hasta la última reforma de la legislación en materia de Extranjería, llevada a cabo mediante la aprobación de un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería en 2011, cuando se introduce en el ordenamiento jurídico español el término que manejamos en el presente artículo de menores extranjeros no acompañados³².

En la primera Ley Extranjería de carácter global que se adoptó en España, la Ley Orgánica 7/1985, 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España³³, no se contenía ninguna referencia a los menores extranjeros no acompañados. Por su parte en el Reglamento de desarrollo de esta primera norma, contenido en el Real Decreto 155/1996, 2 febrero³⁴, en su sección 4ª, titulada menores extranjeros, dedicaba sus artículos 12 y 13 a definir qué se entiende por menores extranjeros en general y en el segundo de estos artículos, a regular el tratamiento y el régimen aplicable a los menores en situación de desamparo.

Esta ley fue reformada posteriormente mediante la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas de protección de menores, una vez que haya quedado acreditada, la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen y el art. 19 relativo a la reagrupación familiar de los menores extranjeros no acompañados.

28 Observación General No. 6 del Comité de los Derechos Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit.

29 2012/2263 (INI), 12 septiembre 2013, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013_0387+0+DOC+XML+V0//ES

30 COM (2010) 213 final – no publicada en el Diario Oficial, 6 mayo 2010.

31 Resolución 13 octubre 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. BOE n° 251, 16 octubre 2014, pp.83894- 83919.

32 Real Decreto 557/2011, 20 abril, cit.

33 BOE n°. 158, 3 julio 1985, pp. 20824-20829.

34 BOE n°. 47, 23 febrero 1996, pp. 6949-6977.

social³⁵, que en su artículo 32 bajo el título Residencia de menores contiene una escueta regulación en únicamente dos apartados en términos muy similares a los recogidos en el Reglamento antes citado.

Ese mismo año, debido al cambio de gobierno producido en España, se volvió a reformar la legislación incluso antes de que se llegase a aprobar un nuevo Reglamento. En el artículo 35 de Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero³⁶, manteniendo el título de residencia de menores de la anterior ley, se duplica el número de apartados³⁷ del artículo y se desarrollan algunos aspectos como el de la determinación a la edad, la regulación del procedimiento de retorno o en su caso su permanencia en España³⁸. Una regulación que fue desarrollada mediante el Real Decreto 864/2001, 20 julio, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento³⁹. En su artículo 62, manteniendo la misma denominación de Menores extranjeros en situación de desamparo que en el anterior Reglamento, se desarrolla y amplía la regulación para estos supuestos, aunque la regulación reglamentaria se contiene en un único artículo este ve ampliado su contenido al comprender más de 10 apartados en los que se especifican nuevas cuestiones antes no reguladas como el procedimiento a seguir desde la localización del menor, la determinación de la edad o el procedimiento de reagrupación familiar o repatriación.

En el año 2003, la Ley de Extranjería fue reformada de nuevo en dos ocasiones⁴⁰, sin afectar dichas modificaciones a la materia de los menores extranjeros no acompañados. Al año siguiente, se aprobó un nuevo Reglamento, mediante el Real Decreto 2393/2004, 30 diciembre⁴¹, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final 3ª de la LO 14/2003⁴², en el que en su artículo 92 se introduce por primera vez la denominación en nuestro ordenamiento jurídico de menores extranjeros

35 BOE nº. 10, 12 enero 2000, pp. 1139 – 1150.

36 BOE nº. 307, 23 diciembre 2000, pp. 45508 – 45522.

37 Pasando de 2 a 5 apartados.

38 En relación a este procedimiento se destaca que el mismo se desarrollará conforme al principio de reagrupación familiar del menor. Una afirmación que en algunos supuestos como luego se señalará podría suponer una colisión con el principio del interés superior del menor.

39 Real Decreto 864/2001, 20 julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, BOE nº. 174, 21 julio de 2001, pp. 26552 – 26603.

40 Esta reforma se llevó a cabo mediante: Ley Orgánica 11/2003, 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº. 234, 30 septiembre 2003, pp. 35398 – 35404) y Ley Orgánica 14/2003, 20 noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre; de la Ley 7/1985, 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, 10 enero, de Competencia Desleal (BOE nº. 279, 21 noviembre 2003, pp. 41193 – 41204)

41 Real Decreto 2393/2004, 30 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social BOE nº. 6, 7 enero de 2005, pp. 485-539.

42 Cit.

no acompañados. En este caso aunque este artículo mantiene a grandes rasgos la misma extensión y contenido en relación con la posibilidad de llevar a cabo la repatriación del menor aunque se haya autorizado su residencia y la concesión de la misma con carácter temporal cuando hayan alcanzado la mayoría de edad por circunstancias excepcionales.

La última reforma llevada a cabo de la Ley de Extranjería se produjo mediante la Ley Orgánica 2/2009, 11 diciembre⁴³, los motivos que justifican esta reforma según el propio legislador son tres, la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que había declarado la inconstitucionalidad de varios artículos, transponer varias Directivas comunitarias y adaptar la legislación española a los cambios producidos en la inmigración en España durante los últimos años.

En el artículo 35, el legislador español cambia la denominación del artículo para recoger por primera vez en una Ley de Extranjería el término menores no acompañados y duplica la extensión del mismo, pasando de cinco a doce apartados. Algunas de las novedades que se contienen en esta nueva regulación se refieren al establecimiento de acuerdos de colaboración con los países de origen para prevenir este tipo de inmigración⁴⁴ y el retorno de estos menores tanto por parte del Estado Español como por las Comunidades Autónomas, la solicitud de informes sobre las circunstancias familiares del menor a las representaciones diplomáticas de los países de origen y la audiencia al menor si tiene suficiente juicio en los procedimientos de repatriación o la anterior previsión reglamentaria en la que se establecía que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para una ulterior repatriación añadiendo como novedad cuando esto favorezca el interés superior del menor.

Esta nueva regulación fue desarrollada de nuevo reglamentariamente mediante el Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento de la ley de Extranjería⁴⁵. Mediante este Reglamento la regulación de los menores

43 Ley Orgánica 2/2009, 11 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE n°. 299, 12 diciembre 2009, pp. 104986-105031.

44 Algunos de los acuerdos ya suscritos por el Estado Español a este respecto son: Memorando de Entendimiento que España y Marruecos firmado en diciembre de 2003 y que en 2007 se elevó a rango de acuerdo en la VIII Reunión de Alto Nivel (RAN) hispano-marroquí, BOE n°. 70, 22 marzo 2013, pp. 22750 – 22753, Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho «ad referendum» en Dakar, 5 diciembre 2006, BOE n°. 173, 18 julio 2008, pp. 31413-31415, Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid, 15 diciembre 2005, BOE n° 195, 16 agosto 2006, pp. 30512-30514. A este respecto se puede consultar TRINIDAD NUÑEZ, P.: “Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados”, *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Barcelona, (2010): Marcial Pons, pp. 239-274.

45 Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE n° 103, 30 abril 2011, pp. 43821-44006.

extranjeros no acompañados se comprende ahora en diez artículos, del 189 al 198, ubicados en el capítulo III que se titula Menores extranjeros no acompañados. En esta decena de artículos se detallan pormenorizadamente cuestiones como su definición (art. 189), la determinación de su edad (art. 190), la competencia sobre el procedimiento de repatriación y actuaciones previas (art. 191), el inicio del procedimiento de repatriación (art. 192), las alegaciones y determinación del periodo de prueba (art. 193), el trámite de audiencia y la resolución del procedimiento (art. 194), la ejecución de la repatriación (art. 195), la residencia del menor (art. 196), el acceso a la mayoría de edad cuando es titular de una autorización de residencia (art. 197), y el acceso a la mayoría de edad cuando no sea titular de una autorización de residencia (art. 198). A pesar de que esta nueva reglamentación intenta detallar pormenorizadamente los trámites a seguir en dicho procedimiento y los órganos competentes en cada caso se detecta el olvido de algunos aspectos relevantes que sí que se contenían en anteriores regulaciones⁴⁶.

El último instrumento normativo adoptado por el Gobierno de España, siguiendo precisamente la previsión contenida en el artículo 190 de este nuevo reglamento⁴⁷, ha sido el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados en 2014.

Un documento que tiene por objetivo, tal y como se señala en el primer apartado de su exposición de motivos, coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación.

Un Protocolo en el que a través de VIII capítulos, que contienen a su vez 35 apartados, se detallan todas las actuaciones a realizar y los órganos competentes para llevarlas a cabo en los supuestos de localización de un menor extranjero no acompañado en España.

En relación a este Protocolo se pueden señalar dos aspectos, en primer lugar uno de carácter formal y que se refiere a los casi tres meses que transcurrieron desde el acuerdo del Ministerio de Justicia, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de la Fiscalía General del Estado y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para la aprobación de dicho protocolo, el 22 julio 2014, tal y como

46 Algunos ejemplos de estos olvidos, como la previsión establecida en el anterior Reglamento de la no procedencia de la repatriación en los casos en los que se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, se pueden consultar en LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ- MADRÓNERO, A.: "La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados", *Revista europea de derechos fundamentales* (2013). 21º, pp. 157-180.

47 Cit. También hay que señalar que en dicho artículo se menciona el Registro de Menores Extranjeros no acompañados cuya problemática ya ha sido anteriormente mencionada.

se especifica en el propio texto y su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 16 octubre 2014⁴⁸.

El segundo aspecto, este ya relativo a su contenido, que ha sido objeto ya de algunas críticas⁴⁹, se refiere a las previsiones que se contemplan en este Protocolo respecto a la determinación de la edad de los menores no acompañados en aquellos casos en los que estén en posesión de un pasaporte pero la información relativa a la edad contenida en el mismo sea contradictoria con los resultados de las pruebas de determinación de la edad que se le hicieron con anterioridad en España. En estos casos según el Protocolo, en su capítulo II apartado sexto, al menor se le considerará indocumentado lo que podría contradecir la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto que se expondrá en el siguiente apartado⁵⁰.

A modo de conclusión, se puede señalar como la evolución cuantitativa del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados en España ha transcurrido de forma paralela a su regulación y desarrollo normativo en la última década y media.

Así, tal y como se ha puesto de relieve en las anteriores líneas, se aprecia cómo se ha pasado de no mencionarse en la primera Ley de Extranjería de carácter global aprobada en España en 1985 a regularse detallada y extensamente en la normativa actualmente en vigor. Aunque, tal y como se verá en el siguiente apartado, dicha normativa en algunos aspectos sigue todavía suscitando polémica y ha sido objeto de importantes decisiones jurisprudenciales y de recomendaciones formuladas por organismos y entidades encargadas de la defensa y protección de los derechos humanos.

III. LA TRASCENDENCIA DE LAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES Y DE OTROS ÓRGANOS EN LA MATERIA.

En este apartado se analizarán las últimas decisiones jurisprudenciales adoptadas, tanto por el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo Español, y las

48 Una dilación en su publicación que no es habitual en la publicación de otras normas en España y que puede obedecer a las Sentencias que en esta materia, en concreto en relación con las pruebas para determinar la edad de los menores cuando estén provistos de documentos que contienen datos respecto a su edad, adoptó el Tribunal Supremo y que se comentarán en el siguiente apartado y que podían afectar y de hecho afectan al contenido del mismo, poniendo en cuestión su posible legalidad.

49 Fundación Raíces “Es una trampa --dice Lourdes Reyzábal, responsable de la organización--. Las fechas nunca van a coincidir porque la fecha de nacimiento se determina por aproximación en la prueba médica, es una estimación. Cuando el menor consigue después su partida de nacimiento o su pasaporte en la embajada o consulado de su país, las autoridades españolas deciden que las fechas son contradictorias y dan por inválido el documento. Le decretan adulto”, Europapress, 22 diciembre 2014.

50 La propia Defensora del Pueblo en una entrevista concedida a Europapress, el pasado 22 diciembre 2014, señalaba que “sigue siendo excesivo el número de pruebas que se hacen para determinar la edad del menor” aunque su institución ha elevado “las recomendaciones oportunas para que solamente en casos de clara duda se efectúen”. Disponible en: <http://www.europapress.es/epsocial/menores-00645/noticia-fiscalias-menores-encargan-aun-cifra-excesiva-pruebas-determinacion-edad-ninos-migrantes-20141220125936.html>.

repercusiones que han tenido en la modificación de la regulación de los menores extranjeros no acompañados en nuestro país. El apartado concluirá con una mención de las recomendaciones efectuadas por la Defensora del Pueblo y los Institutos de Medicina Legal de España en 2010 en relación con los métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados⁵¹.

El Tribunal Supremo en dos reciente sentencias dictadas en 2014⁵² en relación con el valor de la documentación que portan los menores extranjeros no acompañados cuando dicha documentación contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física del individuo ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial "el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad"⁵³.

Estas sentencias se dictan tras los conflictos que se dieron en relación con la validez y veracidad de la documentación que portaban en algunos casos los menores extranjeros no acompañados y que incluso derivó en la interposición de denuncias penales por falsedad documental por parte de alguna Comunidad Autónoma⁵⁴. Las consecuencias de esta polémica tenían un trágico resultado para los menores y la protección de su interés superior; ya que en muchas ocasiones, en el mejor de los casos, se veían sometidos a la realización de pruebas para la determinación de su edad, con los problemas que ello plantea por la falta de concreción de sus resultados y en el peor conllevaba a la pérdida de la protección por parte de las autoridades autonómicas correspondientes debido a que se establecía su mayoría de edad.

De esta forma la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo viene a clarificar alguna de las cuestiones que habían surgido en estos supuestos en los que los menores extranjeros no acompañados portaban documentación y cuya

51 GARAMENDI GONZÁLEZ, P.M y otros: "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados", *Revista Española de Medicina Legal* (2011). 37º, pp. 22-29.

52 STS 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 452) y STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 453).

53 Fallo 4º.

54 Estas denuncias se interpusieron por la Comunidad de Madrid pero no prosperaron. En el caso de las STS analizadas estas se interponen contra la Generalitat de Cataluña y la Diputación Foral de Álava. Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española. *Sólo por estar Solo, Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*. Madrid (2014). Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, pp. 55-60.

resolución en la práctica era con carácter general considerar que la misma no posea validez y era necesarios someterlos a pruebas para la determinación de la edad, lo que contravenía palmariamente la obligación de carácter internacional de respeto del interés superior del menor; cuando tal y cómo luego veremos la realización de las diversas pruebas para la determinación de la edad de los menores comporta efectos negativos que pueden repercutir incluso en su salud. A pesar de la claridad de estas sentencias, el problema se plantea en la actualidad, tal y como se ha señalado en el apartado anterior; a raíz de lo establecido en los casos en los que los menores extranjeros no acompañados que portan documentación ya se hayan visto sometidos con anterioridad a este tipo de pruebas y los resultados sean contradictorios, con la información respecto a la edad contenida en su documentación identificativa.

Por su parte, también el Tribunal Constitucional, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de reagrupación con el paso de los años ha ido estableciendo la siguiente doctrina. En estos supuestos de hecho los problemas se planteaban en dos aspectos, la audiencia al menor cuando tuviera bastante capacidad para ello y la posibilidad de elegir un abogado que lo representase en dichos procedimiento cuando la institución de protección de menores autonómica que tenía asumida su tutela y representación mantenía una posición que era contradictoria con la manifestada por el menor.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 183/2008⁵⁵, la primera tal y como reconoce el propio Tribunal en la que se pronuncia sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal, estima el recurso de amparo interpuesto y recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal⁵⁶

También aprovecha este pronunciamiento para recordar su anterior jurisprudencia⁵⁷ en la que había estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos de procesos judiciales en los que los menores no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal y reitera el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con lo establecido

55 STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 184) y STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 183)

56 Fundamento Jurídico 5º.

57 STC 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 221), FJ 5, ó STC 30 enero 2006 (RJ 2006, 17) FJ 5.

en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño⁵⁸ y el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de protección jurídica del menor; además de otros instrumentos normativos de ámbito europeo.

En cuanto a los procedimientos de repatriación de menores el Tribunal señala que se trata de uno de los supuestos en los que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor⁵⁹ y por lo tanto debía reconocerse el derecho a ser oído del menor si este tenía suficiente juicio y establecer un trámite específico en el procedimiento para la audiencia al menor.

Así el Alto Tribunal concluye que en estos casos se detecta una aplicación del ordenamiento procesal desproporcionada que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores al impedirles la impugnación de una decisión administrativa que les afecta personalmente y poder así posteriormente instar también su control judicial. En estos supuestos indica el Tribunal la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *pro actione*, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia.

Una jurisprudencia que tuvo como consecuencia, además de la paralización de algunas repatriaciones de menores extranjeros cuando ya se encontraban embarcados en el avión que los llevaba de vuelta a sus países de origen⁶⁰, la modificación de la Ley y el Reglamento de Extranjería para contemplar estos derechos. Así en el actual art. 35 en su apartado 5 de la Ley Orgánica 2/2009⁶¹, se reconoce la audiencia al menor si tiene suficiente juicio antes de la iniciación del procedimiento de repatriación y en su apartado 6º se reconoce la capacidad de actuar de estos menores en dicho procedimiento de repatriación cuando sean mayores de dieciséis años y menores de dieciocho pudiendo hacerlo personalmente o a través del representante que designen. Además se establece la previsión de que cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

58 Cit.

59 STC 17 septiembre 2007 (RJ 2007, 372) en la que argumentaba que en este caso nos encontramos ante un supuesto que afecta a la esfera personal y familiar de un menor; que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído. Por esta razón, es claro que el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía, STC 25 noviembre 2002, (RJ 2002, 221), FJ 5; STC 2 junio 2005 (RJ 2005, 152), FJ 3.

60 El Mundo, 14 enero 2009.

Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/01/14/espana/1231916789.html>

61 LO 2/2009, 11 diciembre, cit.

Unos preceptos que posteriormente se desarrollan en el Real Decreto 557/2011⁶², por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería, así en el art. 192 en su apartado segundo relativo al inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado, se establece que el acuerdo de iniciación será notificado inmediatamente al menor. En el art. 193 se regula la posibilidad de formular por parte del menor las alegaciones de hecho o de derecho que considere oportunas bien de forma personal cuando haya alcanzado la edad de dieciséis años o a través del representante que designe. Cuando no haya alcanzado dicha edad lo representará la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda salvo que manifieste una voluntad contraria a la de esta en este caso se nombrará un defensor judicial. En el artículo 194 se garantiza la presencia del menor en el trámite de audiencia cuando tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere oportuno en relación con su repatriación, a dicho trámite también se convocará al representante designado por el menor y se prevé la notificación de la resolución del procedimiento al menor o en su caso a su representante y en la misma se contendrá la posibilidad de solicitar el derecho de asistencia jurídica gratuita en el caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

En último lugar, en relación con los métodos empleados para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, hay que señalar las recomendaciones efectuadas por la Defensora del Pueblo y los Institutos de Medicina Legal de España en 2010⁶³.

Unas pruebas médicas cuya realización parece haberse generalizado de forma rutinaria y que plantea numerosos interrogantes de tipo tanto jurídico, como técnico o ético.

En estas recomendaciones se abordan algunas de las cuestiones que en relación con la realización de este tipo de pruebas habían planteado una mayor controversia como el carácter invasivo de las pruebas radiológicas y los efectos negativos derivados de la radiación que puede tener sobre los menores por lo que se aconseja evitar su reiteración, su sustitución por otro tipo de pruebas en aquellos casos en los que un simple reconocimiento médico permita certificar la minoría de edad del sujeto, el carácter impreciso de sus resultados que siempre se fijan en un intervalo de edad, los parámetros de comparación para la determinación de los resultados que pueden variar en función de la población que se utilice como muestra, la autoridad que tiene la competencia para encargar la realización de este tipo de pruebas o los requisitos que deben cumplir los centros y los profesionales que las llevan a cabo.

62 Real Decreto 557/2011, 20 abril, cit.

63 GARAMENDI GONZÁLEZ, P.M y otros. "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados", cit, pp. 22-29.

Algunas de las recomendaciones recogidas en este documento han sido incorporadas al Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados⁶⁴, en su capítulo V titulado Extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, en su apartado 5º en el que se regula la realización de las pruebas médicas. En concreto la conveniencia de evitar la duplicación de este tipo de pruebas, la necesidad de consentimiento informado para su realización, el personal sanitario que debe realizar estas pruebas, las pruebas a practicar; así como la posibilidad de revisión del Decreto del Ministerio Fiscal de determinación de la edad y el contenido preceptivo del mismo. A este respecto hay que señalar que el propio Protocolo realiza una mención expresa a las recomendaciones antes citadas.

A pesar de este desarrollo normativo y de las recomendaciones efectuadas por los expertos en la materia, constatamos que todavía en la actualidad se sigue abusando en la realización de este tipo de pruebas cuando no resultan necesarias, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la propia Defensora del Pueblo⁶⁵ y también como algunos aspectos de esta regulación, cómo las consecuencias a nivel jurídico que puede conllevar la negativa del menor a someterse a estas pruebas podrían suponer una vulneración de los derechos reconocidos, tanto a nivel internacional como nacional, a estos menores y seguramente en un futuro no muy lejano serán objeto de ulteriores pronunciamientos judiciales que con mucha probabilidad conllevarán a su vez modificaciones legislativas .

IV. CONCLUSIÓN.

La irrupción de los menores extranjeros no acompañados y la relevante evolución cuantitativa que su presencia ha tenido en España durante la última década ha convertido a este colectivo en un sujeto con un perfil propio dentro del dinamismo que la inmigración ha adquirido en nuestro país en los últimos años siendo objeto de un interés creciente, tanto por parte de los estudiosos en la materia como por el legislador español.

Un fenómeno que no se circunscribe únicamente al ámbito nacional sino que adquiere un carácter global que se ha visto traducido en la adopción de observaciones y resoluciones de carácter internacional en esta materia⁶⁶.

64 Cit.

65 Europapress, 22 diciembre 2014, cit.

66 Entre las que se pueden destacar entre otras la Observación General nº 6 del Comité de los Derechos del Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005) cit., la Resolución del Consejo de la Unión Europea relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (1996), la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea (2013), cit.

En el ordenamiento jurídico español esta sustancial evolución en el número de menores extranjeros no acompañados, que en algunos momentos, como durante los primeros años del nuevo siglo, llegó a desbordar la capacidad de los centros de acogida de menores en algunas Comunidades Autónomas, se ha visto traducida en importantes reformas normativas.

Una regulación, que tal y como se ha puesto de relieve, reviste una especial complejidad. Se diferencia respecto a la que se aplica a otros sujetos extranjeros, debido a la tensión existente en los casos de los menores extranjeros entre la regulación aplicable con carácter general a los menores, que obedece a la salvaguarda del interés superior del menor y su protección y el régimen de extranjería, que obedece a principios más restrictivos y limitadores de la permanencia de dichas personas en nuestro país.

Esta tensión ha conllevado que en no pocas ocasiones los pronunciamientos judiciales de los más altos Tribunales españoles, como son el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, hayan declarado la ilegalidad de determinadas prácticas o procedimientos que se venían aplicando en relación con estos menores extranjeros no acompañados y que suponían una conculcación de sus derechos más fundamentales⁶⁷.

Así podemos concluir que las transformaciones normativas experimentadas por esta materia en la legislación española han constituido un importante avance. Desde la ausencia total de regulación en la primera Ley de Extranjería de carácter global aprobada en España en el año 1985 hemos pasado a contar en la actualidad con una detallada regulación.

En este proceso evolutivo, tal y como se ha reseñado, se ha ido perfilando su denominación, pasando de la utilización del término residencia de menores en las Leyes de Extranjería del año 2000⁶⁸ a la de menores no acompañados que se contiene en la Ley vigente en la actualidad⁶⁹ y a la de menores extranjeros no acompañados que recoge su actual Reglamento de Desarrollo⁷⁰. También se ha ido detallando y desarrollando su regulación, pasando ésta de dos simples apartados contemplados en la Ley Orgánica 4/2000 a la media docena que se contienen en la actualidad. Un desarrollo que reviste una especial trascendencia ya que el tratamiento de los menores extranjeros presenta una especial complejidad debido en buena parte a la pluralidad de actores que intervienen en el mismo (Administración del

67 A este respecto me remito a las sentencias ya comentadas en el apartado III de este artículo.

68 Ley Orgánica 4/2001, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y la Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, cit.

69 Ley Orgánica 2/2009, 11 diciembre. Cit.

70 En las anteriores disposiciones reglamentarias se utilizaban otros términos como el de Menores en situación de desamparo (Real Decreto 155/96 y Real Decreto 864/2001). Real Decreto 557/2001, 20 abril, cit.

Estado, Comunidades Autónomas, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Servicios competentes de protección de menores, Ministerio Fiscal, instituciones sanitarias, representaciones diplomáticas de distintos países, servicios de protección de menores en los países de origen, administración de justicia, organizaciones no gubernamentales). Así se han ido especificando los trámites a seguir en este complejo procedimiento las actuaciones a realizar por cada una de estas entidades y la necesaria coordinación entre las mismas. Otra novedad sustancial ha sido el reconocimiento de la capacidad y de los derechos que les corresponden a los menores extranjeros para intervenir en los procedimientos de repatriación que les afecten y para la obtención de una autorización de residencia.

A pesar de estos avances, y aunque en los últimos años se aprecia un relevante descenso en su número, el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados se enfrenta todavía a importantes desafíos como la utilización indiscriminada de las pruebas médicas para determinar su edad⁷¹ o el respeto del interés superior del menor en la ejecución de los procesos de repatriación.

Aunque la actual regulación no menciona el principio de reagrupación del menor como criterio rector de los procedimientos de repatriación, como si hacía la anterior Ley de Extranjería⁷², sino que lo sustituye por el del interés superior del menor⁷³, la realidad es que en la práctica se han detectado varias irregularidades en estos procedimientos que conculcan este principio⁷⁴ y suponen una vulneración de los derechos humanos.

Una situación que pronto podría verse modificada si el Gobierno Español aprueba antes de final del año 2015 el anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia y de su Ley Orgánica complementaria en el que se incorpora la defensa del interés superior del niño como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma

71 A este respecto ya se ha señalado la problemática que suscita lo establecido en el nuevo Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no acompañados (2014) en relación con los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los casos en los que los menores extranjeros estuvieran en posesión de un pasaporte y la información contenida en el mismo se contradiga con los resultados de las pruebas médicas realizadas con anterioridad.

72 Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, cit.

73 Excede del ámbito del presente artículo realizar una reflexión acerca de si la reagrupación familiar, cuando sabemos que en buena parte de estos casos los menores extranjeros no acompañados emigran con el consentimiento de sus familias y la repatriación confiándolos a los servicios de protección de menores sean los instrumentos más acordes con el respeto del interés superior. LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ- MADROÑERO, A. "La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados", cit., pp. 175-177.

74 Los menores extranjeros no acompañados son repatriados en algunos casos a países como Marruecos en base a los acuerdos bilaterales existentes, poniéndose a disposición de las autoridades de frontera con el riesgo que ello puede conllevar en un país donde la emigración ilegal está penada. En otros los menores son trasladados a centros de protección de menores construidos, algunos de ellos en medio del desierto, en sus países de origen con fondos españoles destinados a la cooperación al desarrollo, con los riesgos que ello conlleva en relación con su falta de control. APARICIO CHOFRE, L. "Entre la externalización y el codesarrollo, novedades en la regulación de los menores no acompañados", *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*. Valencia. (2012): Tirant Lo Blanch, pp. 360-376.

de procedimiento, tal y como recomendó el Comité de Derechos del niño en su Observación General n° 14 adoptada en 2013⁷⁵.

75 Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)



HACIA UNA HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL: LA
MEDIACIÓN EN LA JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOLA. PRINCIPIOS
Y ÁMBITO APLICATIVO EN LA LO 5/2000, REGULADORA DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

TOWARDS A HUMANIZATION OF CRIMINAL JUSTICE: THE
MEDIATION IN SPANISH JUVENILE JUSTICE. PRINCIPLES AND
APPLICATION FIELD IN THE LO 5/2000 ABOUT THE CRIMINAL
LIABILITY OF MINORS

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 142-167



Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 24 de marzo de 2015

RESUMEN: En el trabajo se realiza un estudio de las posibilidades de justicia restaurativa en el Derecho penal juvenil español. Se realiza un análisis de las características y principios de la institución así como de su compatibilidad con los fines y garantías del derecho penal. Por último se lleva a cabo un análisis crítico de la regulación vigente contenida en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

PALABRAS CLAVE: Derecho penal de menores, mediación penal juvenil, principios penales, víctima.

ABSTRACT: Study of the possibilities of restorative justice in the Spanish juvenile criminal law. An analysis of the characteristics and principles of the institution and its compatibility with the principles and guarantees of criminal law. Finally performed a critical analysis of current regulations contained in the LO 5/2000 about the criminal responsibility of minors.

KEY WORDS: Juvenile criminal law, juvenile criminal mediation, criminal principles, victim.

SUMARIO.- I. Consideraciones preliminares.- II. Normativa internacional.- III. Concepto, características y principios rectores de la mediación juvenil.- IV. Compatibilidad con los fines y principios del derecho penal.- V. Marco normativo.- 1. Antecedentes. L.O. 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores.- 2. Regulación vigente. L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.- A) Mediación en fase de investigación.- B) Mediación en fase de ejecución.- VI. Recapitulación y conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Resulta un tanto paradójica la actual situación de la justicia de menores, influenciada por dos corrientes ideológicas claramente contrapuestas. Por un lado estamos asistiendo a un neo retribucionismo presente en todas las reformas de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORRPM) que ha llevado a un endurecimiento progresivo de la respuesta frente a los casos de delincuencia juvenil¹.

Sin embargo, por otra parte, respetando el espíritu original de la ley, encontramos en su texto y en la aplicación que de la misma se hace una apelación al paradigma de la justicia restaurativa y a sus fórmulas: mediación, conciliación, reparación, para tratar de resolver conflictos y problemas que en muchos casos tienen más contenido social que estrictamente penal. Es llamativo como ambas corrientes tienen un origen similar pues están directamente relacionadas con el impulso de los movimientos victimológicos que reivindican recuperar el protagonismo que las víctimas del delito habían perdido en el sistema penal².

Como de manera contundente ha venido denunciando la doctrina, la reciente historia del derecho penal de menores desde la aprobación de la nueva ley en enero de 2000, ha estado protagonizada por una sucesión de reformas en clave punitiva

-
- 1 Algunas de ellas incluso antes de que la ley entrara en vigor en enero de 2001. Un mes antes, en diciembre del año 2000 se aprueban las LO 7 y 9/2000 de diciembre que supusieron un primer giro retributivo. Posteriormente se volvió a reformar en el año 2003 para introducir la posibilidad de acusación particular, LO 15/2003. La última reforma se aprobó a finales del año 2006, LO 8/2006. Esta última supuso un endurecimiento general de las medidas, así como de la sumisión a un régimen cada vez más similar al de adultos, especialmente, si bien no de forma exclusiva, respecto a los hechos de mayor gravedad.
 - 2 Fenómeno que ha sido subrayado, entre otros, por: FERREIROS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Madrid, (2011); Dykinson, pp. 71-72.

• Asunción Colás Turégano

Asunción Colás Turégano es Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural, derechos de la mujer, derecho a la imagen. Correo electrónico: asuncion.colas@uv.es.

guiadas, muchas de ellas, por la intención de hacer frente a una opinión pública alarmada por una serie de hechos delictivos puntuales realizados por menores de edad, de indudable gravedad, pero ciertamente esporádicos. Detrás de todo ello, los espurios intereses de formaciones políticas de todo signo empeñadas en contentar las ansias vengativas de la sociedad en general y, de manera específica, las de los colectivos de víctimas, desgraciadamente mal informados por ciertos medios de comunicación. No es más que una nueva manifestación de la criticable utilización simbólica del derecho penal³.

Frente a dicha corriente y de acuerdo con lo que constituye el espíritu más genuino de la justicia de menores, la nueva ley supuso un cambio fundamental en la justicia juvenil al colocar en el centro del sistema las ideas de responsabilidad y de reeducación, sobresaliendo de manera especial esta última. Lo que fundamentalmente pretende la justicia de menores es la reeducación del menor buscando dicho efecto, tanto durante la tramitación del proceso, como mediante la ejecución de las medidas previstas en el texto, caracterizadas todas ellas por su intenso contenido educativo. Precisamente, en este marco de principios sobresale la posibilidad de acudir a fórmulas restaurativas inspiradas en el principio de proporcionalidad y su exigencia de intervención mínima, lo que en el ámbito procesal del menor se ha traducido en la admisión de fórmulas de desjudicialización basadas en el principio de oportunidad reglada.

El estudio y análisis del tratamiento de la justicia restaurativa en el ámbito del derecho penal de menores resulta de especial interés al tratarse del único ámbito, dentro de la justicia penal en el que la materia se encuentra legislada en España. Es cierto que en el momento actual estamos viviendo un apogeo de la justicia restaurativa en diferentes ramas del ordenamiento jurídico, también en el derecho penal, aunque ha habido experiencias en el ámbito de la justicia penal adulta, ni el código penal ni la ley procesal contemplan una regulación concreta, por lo que ha sido al margen de dichos marcos normativos y aprovechando las distintas fórmulas que en ellos se contemplan que se ha propiciado la solución de determinados conflictos penales de una manera más humanizada que mediante la justicia convencional.

Sin embargo, la ley penal del menor sí contempla de forma particular una regulación de fórmulas restaurativas con diferente alcance. En concreto las posibilidades de acudir a esta manera de resolución del conflicto penal se concreta en dos momentos, el primero recogido en el art. 19 LORRPM, por el que se permite

3 La cuestión ha sido abordada en dos trabajos anteriores: COLÁS TURÉGANO, A.: "La introducción de la "lógica de la seguridad" en el Derecho penal español de menores. La influencia de los medios de comunicación", en AAVV. *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho* (Dir. por CERVELLO DONDERIS, V. y ANTÓN BARBERÁ F.). Valencia (2012): Tirant lo Blanch, pp.209-230. COLÁS TURÉGANO, A.: "La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011 (ARP 2011, 287)". *Revista boliviana de derecho* (2015), núm.19, pp.726-747.

al fiscal, instructor del expediente, desistir del ya incoado contra el menor presunto responsable si este se concilia con la víctima o acepta una propuesta de reparación. La segunda, regulada en el art. 51.3 durante la ejecución de las medidas, puede dar lugar a la extinción de la medida de conciliarse el menor con la víctima. Como posteriormente analizaremos, es llamativa la falta de referencia en este caso a la posibilidad de reparar:

La apelación a fórmulas de justicia restaurativa no es un fenómeno novedoso o reciente, ni siquiera en el ámbito del derecho penal, al ser conocidas modalidades de mediación penal ya en el ámbito del derecho penal indígena⁴, hablamos pues de soluciones antiguas. Sin embargo el movimiento ilustrado propició la asunción por el Estado del monopolio del *ius puniendi*, lo que favoreció la superación de las formas privadas de administrar justicia, asumiendo el Estado la competencia exclusiva en materia de justicia penal. Ello dio lugar, al mismo tiempo, a un progresivo olvido de la víctima. La relación punitiva se establecía de forma exclusiva entre dos protagonistas: El sujeto responsable del delito y el Estado, como principal afectado. Si bien la formación del moderno derecho penal implicó un significativo avance en garantías para el infractor; conllevó al propio tiempo un injustificado olvido de los derechos de las víctimas.

Sin embargo, desde mediados del siglo XX estamos asistiendo a un redescubrimiento de la víctima del delito lo que ha conducido al nacimiento de una nueva disciplina: La victimología y la demanda por parte de los colectivos de víctimas de reformas legales para regular sus derechos. Tales reivindicaciones han encontrado también eco a nivel internacional: En el marco de la Unión Europea se aprobó en el año 2001 la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001 sobre los Derechos de las víctimas en el proceso penal. Más recientemente la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 de "Normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos". En cumplimiento de dichas directrices, se ha presentado el Proyecto de Ley de Estatuto de la víctima del delito, publicado en el Boletín oficial de las Cortes Generales de 5 de septiembre 2014 en el que se recogen el conjunto de derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos.

De esta manera como establece el art. 3.1 del citado proyecto: "Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo

4 Como se expone en el trabajo de BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch, pp. 134 y ss.

adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del mismo”.

El texto presenta ciertos claroscuros pues si bien representa un indudable avance en la necesidad de atender a la persona ofendida por el delito, también encuentra acogida en el texto la corriente más vindicativa al permitirse que la víctima pueda interferir en el proceso resocializador durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

En definitiva, la situación en la que se halla la actual justicia de menores con dichas dos corrientes de influencia no es sino resultado de las reivindicaciones de los colectivos de víctimas, con aspectos muy interesantes y positivos como los que se centran en la necesidad de avanzar en la atención a las mismas durante todo el desarrollo del proceso (información, asesoramiento y participación) y como manifestación más positiva de esa participación la posibilidad de resolver el conflicto mediante fórmulas restaurativas, pero también tiene una deriva negativa que al final se reconduce hacia el neo punitivismo centrado en la reclamación de más derecho penal cuando lo adecuado sería reivindicar algo mejor que el derecho penal.

Precisamente la justicia restaurativa encajaría en esa remozada visión de las relaciones entre infractor y víctima, puesto que sin caer en los peligros de la venganza privada, sí consigue algo más que el puro derecho penal. Las soluciones clásicas del derecho penal no solucionan el posible conflicto, normalmente suelen generar nuevos conflictos; ni son satisfactorias para las víctimas, que se sienten desatendidas, ni para el infractor, que en muchos casos considera injusto y desproporcionado el proceso y la consiguiente sanción. Por el contrario, con las soluciones restaurativas se consigue ir a la raíz del problema y, si tienen éxito, son satisfactorias para ambas partes y para la comunidad. Si, con carácter general, se estima por la doctrina que es una solución especialmente positiva, se subraya que lo es de manera más intensa en el campo del derecho penal juvenil teniendo en cuenta el principio educativo que guía el procedimiento y las medidas, destacándose su valor pedagógico, la importancia y el interés de que el menor asuma este modelo en las relaciones con sus iguales y finalmente su fácil integración y normalización en el proceso de desarrollo del menor⁵.

No obstante, cabe ser cautos pues también son muchas las dudas que se plantean con su aplicación. En concreto la justicia juvenil, por su especial carácter educativo, está esencialmente dirigida al menor que ha delinquido⁶, también las propias soluciones restaurativas recogidas en la ley, produciéndose un cierto olvido

5 Así lo ha señalado FRANCÉS LECUMBERRI, P.: “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, *Indret* (2012), núm. 4, p. 15

6 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: “El principio de oportunidad”, cit., p. 15

de la víctima. Por otra parte, si el hecho delictivo es grave y personal no resultará sencillo para la víctima volver a relacionarse con el infractor, pudiendo incluso resultar contraproducente. En otros casos, si la víctima es especialmente vindicativa nos puede recordar a la peligrosa venganza privada. También se puede discutir la compatibilidad con los fines y principios del derecho penal y la propia virtualidad y adecuación de la solución restaurativa. Incluso puede representar un incremento del control social al someter a mediación hechos que, de otra forma, hubieran quedado al margen del sistema.

Por todo ello en el presente estudio se va a realizar un análisis del marco normativo de la justicia restaurativa en Derecho penal juvenil, estableciendo cuáles son sus presupuestos y características, su compatibilidad con los fines y principios del derecho penal, las dificultades en su aplicación práctica así como su pretendida efectividad frente a las soluciones clásicas.

II. NORMATIVA INTERNACIONAL.

La importancia y necesidad de acoger la justicia restaurativa, como fórmula de solución del conflicto penal en la que se vele por los derechos de las víctimas, respetando al propio tiempo las garantías penales y procesales del infractor y atendiendo a las necesidades de la comunidad, ha sido reclamada por diferentes instancias internacionales al considerarse que es una vía mucho más eficaz, humana y racional de resolver el conflicto social generado por la comisión de una infracción penal.

En esta dirección encontramos distintas Resoluciones del Consejo Económico y Social: 1999/26, de 28 de julio de 1999 sobre la aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal; 2002/12, de 24 de julio de 2002 sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal⁷.

En el ámbito regional europeo también encontramos iniciativas en favor del uso de la mediación penal. En concreto el Consejo de Europa a través de diversas normas que instan a los estados a realizar las reformas necesarias para incluir esta figura en las causas penales. Primero fue la Decisión Marco del Consejo de la UE, 2001/220/JAI de 15 de Marzo de 2001 relativa al Estatuto europeo de la víctima en el proceso penal que exigía el compromiso de introducción de fórmulas de justicia restaurativa antes del 22 de marzo de 2006, en España dicho compromiso solo se ha cumplido en el ámbito de la justicia de menores con la introducción de la mediación en la LORRPM.

7 <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/res2002.asp>. Consultado el 21 de enero de 2015.

Más recientemente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, sustituye y deroga la Decisión anterior, con algunas mejoras como la variedad de instrumentos restaurativos, la obligación de los Estados de facilitar la derivación de casos a los servicios de justicia restaurativa y la obligación de la recogida de estadísticas, de nuevo se marca una fecha límite para poner en vigor sus disposiciones, en este caso la de 16 de noviembre de 2015. Precisamente el proyecto de ley de Estatuto de la víctima del delito se presenta en cumplimiento de estas dos normas.

En el ámbito específico de la justicia juvenil encontramos importantes iniciativas impulsoras de fórmulas restaurativas desde distintos instrumentos internacionales, así en las Reglas de Beijing de 1985, Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, en cuyo art. 11 refiere las posibilidades de desjudicialización de los casos de menores con una alusión expresa a la restitución y compensación a las víctimas, la Recomendación R (87) 20 del Consejo de Europa, con apelación a la desjudicialización para evitar el paso del menor por el sistema penal y, finalmente, la propia Convención de los derechos del niño de 1989 en cuyo art. 40.3.b establece que se adoptarán "siempre que sea apropiado y deseable...medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

En el informe anual presentado por la Representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños (A/HRC/25/47)⁸ se realiza una llamada al recurso a la justicia restaurativa presentando un informe específico basado en una consulta internacional de expertos, celebrada en junio de 2013 en Indonesia y que dio lugar a un informe temático sobre justicia restaurativa para niños⁹.

En su informe, la Representante especial de las Naciones Unidas destaca como objetivo de la justicia restaurativa la rehabilitación y reintegración del menor infractor mediante "un proceso no contencioso y voluntario, basado en el diálogo, la negociación y la solución de problemas, la justicia restaurativa permite que el infractor comprenda el daño causado a la víctima y a la comunidad, reconozca la responsabilidad con respecto a la conducta delictiva y se comprometa a reparar las consecuencias"¹⁰. Se destaca asimismo en el informe la importancia de esta vía de desjudicialización ante el panorama actual de preocupación por el pretendido

8 http://srsg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-hrc-25-47_947. Consultado el 21 de enero de 2015

9 Promoting Restorative Justice for Children. http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/srsgvac_restorative_justice_for_children_report.pdf. Consultado el 21 de enero de 2015.

10 http://srsg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-hrc-25-47_947.p.13. Consultado el 21 de enero de 2015

incremento de la delincuencia juvenil, en muchos casos, como se indica en el propio informe, tal tendencia está "alimentada por informes incendiarios en los medios de comunicación", lo que ha propiciado un preocupante endurecimiento de la respuesta penal al rebajarse en algunos países la edad de responsabilidad penal y a incrementar la gravedad y duración de las sanciones¹¹.

De esta forma las directrices en el ámbito internacional son claramente favorables a la incorporación en los ordenamientos jurídicos de esta vía alternativa. En España, en el ámbito de la justicia penal ha sido la LORRPM la única que ha recogido de manera explícita dicha directriz, conciliándose en la misma sus principios con los propios del Derecho penal juvenil. Frente al punitivismo propio de la justicia retributiva se impone en las más modernas corrientes criminológicas y victimológicas la corriente restaurativa como vía de humanización del derecho penal.

III. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN JUVENIL.

Antes analizar la compatibilidad de esta vía alternativa de impartir justicia con las clásicas garantías penales así como de examinar los aspectos concretos de su regulación, es preciso determinar la definición de las diferentes manifestaciones de la justicia restaurativa en el ámbito del derecho penal juvenil, así como sus características y principios rectores. Ciertamente no es una tarea sencilla por la multiplicidad de modelos¹² que encontramos al profundizar en el examen de las formas auto compositivas de resolución de conflictos, pero resulta importante realizar una aproximación conceptual que nos permita ubicar en qué términos se regulan este tipo de soluciones en el campo de la justicia juvenil.

Si nos atenemos a la regulación en la LORRPM, así como en el Reglamento que la desarrolla: RD 1774/2004, de 30 de julio (en adelante RM) en ambos textos se alude a los conceptos de conciliación y reparación como posibles materializaciones del proceso de mediación. Por ello, en primer lugar trataremos de dar una definición de mediación para, posteriormente delimitar las dos manifestaciones de la misma recogidas en la LORRPM. De todas las definiciones que se han dado sobre mediación destacan como notas fundamentales el ser un proceso en el que las dos partes, por un lado el infractor y, por otro, la víctima, de manera voluntaria y conducidas por un tercero imparcial con conocimientos técnicos, tratan de resolver sus diferencias

11 http://srsrg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-hrc-25-47_947. p.14. Consultado el 21 de enero de 2015

12 Como bien indica REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía". *Revista Catalana de Seguridad Pública* (2004), núm. 15, diciembre, p. 30. En referencia al concepto de mediación apunta como YARN, D., en su *Dictionary of Conflict Resolution*, San Francisco, Ca. (1999): Jossey Bass Publishers, "necesita hasta diez páginas para acotar distintas definiciones del concepto".

dialogando sobre el origen del conflicto y llegando a un acuerdo en el que se puede incluir algún tipo de reparación¹³.

La mediación como señala REDORTA descansa sobre dos pilares fundamentales: el poder y la confianza¹⁴. Se produce un empoderamiento de las partes del conflicto que se sienten capaces para resolver su problema, guiadas por un tercero imparcial y neutro. Por otro lado para que el proceso alcance resultados satisfactorios tiene que existir un cierto grado de confianza, las partes han de aceptar participar de forma libre, las conversaciones y encuentros no son públicos y han de adoptar una actitud proactiva, sintiéndose responsables y con posibilidades de alcanzar un acuerdo.

En definitiva podemos destacar como características fundamentales de la mediación¹⁵:

Voluntariedad: Las partes acuden a este diálogo de forma voluntaria, no deben recibir ningún tipo de presión para participar en los encuentros, si así fuera se frustraría una de las finalidades esenciales de la mediación, cual es la de resolver el conflicto, lo que no sería posible si alguna de las partes no acudiera de forma libre. Algún autor apela a la diferencia entre voluntariedad y motivación, los motivos por los que la parte acude a la mediación son indiferentes, si bien dependiendo de su contenido pueden llegar a dificultar el proceso o incluso a hacerlo inviable. Pensemos en la víctima, con afán de venganza, cuya única pretensión es conseguir una elevada indemnización o el menor infractor cuya única finalidad, al someterse al proceso, sea la de evitar la imposición de la sanción sin tener un verdadero interés por resolver el conflicto y conciliarse o reparar a la víctima.

13 Prácticamente todas las definiciones consultadas viene a coincidir en los aspectos esenciales. "Proceso facilitado por un tercero neutral, siendo una de los objetivos básicos el encuentro entre las dos partes conducido por este tercero neutral y destinado a la solución de un conflicto existente con anterioridad". ÁLVAREZ RAMOS, F.: "Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la ley de responsabilidad penal de los menores", *Zerbitzuan: Gizarte Zerbitzuetako Aldizcaria (Revista de Servicios Sociales)* (2001), núm. 39, p. 20. Del mismo: "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", *International e-Journal of Criminal Science* (2008), núm. 2º, p. 4. "La mediación, como sistema de gestión de conflictos, se define como aquel en el que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica". GONZÁLEZ CANO, M.º I.: "La mediación penal en España", en AA.VV.: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (Dir. BARONA VILAR, S.). Valencia (2009): Tirant lo Blanch, p. 25. "Encuentro entre víctima y autor del delito, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto. Dicho encuentro es conducido por una persona imparcial: el mediador". MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: "La mediación penal en España: Estado de la cuestión", en AA.VV.: *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (COORD. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.). Madrid, (2011): Reus, p. 16. Definiciones que viene a coincidir con la que en su día dio el Consejo de Europa en la Recomendación (99) 19 sobre mediación penal en la que se la define como "el procedimiento que permite a la víctima y al reo el participar activamente, consintiendo libremente, por la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)".

14 REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos", cit., p. 31

15 GONZÁLEZ CANO, M.º I.: "La mediación penal" cit., pp.33-35. FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., pp. 16-17.

Confidencialidad: Los encuentros y su contenido son, en principio, únicamente accesibles a las partes y al mediador. Ello resulta fundamental a efectos de preservar el principio a la presunción de inocencia en los supuestos de mediación en la fase de instrucción. El principio podría verse lesionado de reconocer el menor los hechos y no llegarse a ningún acuerdo, al poder ser dicho reconocimiento utilizado por las acusaciones. Por supuesto que el resultado de los encuentros ha de ser puesto en conocimiento del fiscal a efectos de lo previsto en el art. 19 LORRPM -solicitud de sobreseimiento o continuación del procedimiento-.

Imparcialidad: El equipo técnico, que es quien en el proceso de menores hace las funciones de mediador, ha de actuar con criterios técnicos y con absoluta imparcialidad. Va a ser clave para el éxito de la mediación la profesionalidad del mediador. De acuerdo con la regulación de la LORRPM, no encontramos una regulación explícita de la figura, únicamente se indica que se tratará de un miembro del equipo técnico adscrito a los juzgados y fiscalías de menores, en los supuestos de mediación previstos en el art. 19, en tanto que la mediación contemplada durante la ejecución, como prevé el RM en sus arts. 8.7 y 15 puede ser llevada a cabo mediante los programas de mediación puestos a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores por la entidad pública competente para la ejecución de las medidas, en concreto, como establece el art. 45 de la LORRPM, las CCAA, al ser esta una materia transferida.

La LORRPM aporta una definición auténtica de las dos posibles manifestaciones del proceso de mediación en su ámbito, indicando en el ap. 2 del art. 19 que “se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva”.

Al analizar la definición de conciliación se ha criticado¹⁶ por la doctrina su tono moralizante¹⁷ y la exigencia de que la víctima haya de aceptar las disculpas del menor infractor. Es cierto que ese necesario acuerdo entre las partes forma parte de la propia esencia de la mediación y de la conciliación como manifestación de la misma, sin embargo en el derecho penal de menores se modula esta exigencia por mor del contenido educativo de la ley al permitirse el sobreseimiento del expediente una vez comprobado que el menor ha comprendido el alcance de su conducta

16 TAMARIT SUMALLA, J. M.: “El nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?”, *Revista Penal* (2001), núm. 8, pp. 84-85.

17 Derivado sobre todo del arrepentimiento exigido en la referencia a la conciliación de la Exposición de motivos, mención que desaparece del texto articulado, lo que, como apunta Cruz Márquez haría desaparecer el requisito del arrepentimiento. CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (2005), núm. 07-14, p. 5.

y el daño que con ella ha ocasionado, con independencia de la anuencia de la víctima o perjudicado. Como establece el art. 19 en su apartado 4º el fiscal puede solicitar del juez el sobreseimiento del expediente una vez producidas la conciliación o reparación o cuando una u otra no han podido llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor¹⁸.

Respecto a la reparación, separada en la ley claramente de la responsabilidad civil, mediante ella el menor se compromete a realizar determinadas acciones en beneficio de los ofendidos o perjudicados por el delito o de la comunidad. Se da cabida de esta forma a situaciones de reparación simbólica para aquellos casos en los que no se pueda reparar directamente a la víctima por tratarse de un delito sin víctima, o casos en que esta no acepte la reparación pero haya una buena predisposición del menor a reparar por el daño ocasionado.

Y ello, como ya se ha señalado, con independencia del acuerdo que las partes hayan podido alcanzar en materia de responsabilidad civil, puesto que tanto la conciliación, como en su caso la reparación, van dirigidas a neutralizar el conflicto público que el menor ha generado con la infracción de la ley penal, ciertamente con ello se ha podido ocasionar un daño a sujetos particulares titulares de los bienes jurídicos afectados, siendo por dicho motivo ellos los destinatarios de la mediación, y en su caso beneficiarios de la indemnización en concepto de responsabilidad civil por los daños cuantificables económicamente que les haya podido causar el hecho.

Constituye en definitiva la mediación en el derecho penal de menores, la materialización en nuestro ordenamiento procesal de una manifestación del principio de oportunidad frente al de legalidad que rige en el derecho procesal aplicable a los adultos. De esta forma, a diferencia de la LECRIM, regida por el principio de legalidad que impone al fiscal la persecución penal de todos aquellos hechos constitutivos de infracción penal pública, la LORRPM ha regulado una serie de supuestos en lo que, en atención al superior interés del menor, se permite al fiscal -que en el proceso de menores es el director de la instrucción-, desistir de la incoación del expediente¹⁹ o solicitar el sobreseimiento del ya incoado si se considera que la mediación puede resolver el conflicto.

Nos encontramos con una manifestación del principio de oportunidad que permite al fiscal valorar, atendiendo a los intereses en conflicto la procedencia o no de continuar con el proceso. Se trata en el caso español de un supuesto de oportunidad reglada, al fijarse en el art. 19 de la ley los requisitos para su apreciación.

18 PERIS RIERA, J.: "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000", *La Ley* (2001), 19 de febrero de 2001, p. 3.

19 Posibilidad prevista en el art. 18 para menores sin antecedentes: "cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas".

La incorporación del principio de oportunidad reglada²⁰ en el ámbito del derecho penal de menores tiene mucho sentido si comparamos los fundamentos de ambos. Frente a la vigencia del principio de legalidad vinculado al retribucionismo y recogido en la LECRIM; el principio de oportunidad se fundamenta, por el contrario, en razones de utilidad o necesidad que permiten eludir la persecución penal atendiendo a diferentes motivos: la escasa lesividad del hecho, favorecer la reparación a la víctima, evitar los efectos criminógenos de la sanción penal, la propia resocialización del delincuente mediante la asunción de responsabilidad por el hecho²¹; son criterios generales que vienen a sintonizar con los fundamentos del derecho penal de menores caracterizado por su flexibilidad y por perseguir aquella respuesta educativa que más favorezca la resocialización del menor infractor. En este sentido resultan criticables las últimas reformas de la LORRPM, en las que se permite la acusación particular sin ningún tipo de límite y se abre la puerta a posturas vindicativas difícilmente conciliables con el superior interés del menor. Ello ha propiciado que algún autor se haya planteado la posible dilución del principio de oportunidad de permitirse a la acusación particular ejercer la acción frente al criterio del Ministerio Fiscal²², ciertamente el texto legal es ambiguo en este punto, sin embargo también es posible interpretar que en estos casos la decisión la tiene el Ministerio fiscal, pues del propio texto de la ley puede deducirse que para los supuestos de desistimiento previstos en el art. 18, la comunicación a los ofendidos y perjudicados es a efectos del ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad civil. Nada se concreta en los casos de mediación, aunque podemos deducir una solución similar al permitirse casos de petición de sobreseimiento sin conciliación en el art. 19.4.

IV. COMPATIBILIDAD CON LOS FINES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.

Es ésta una de las cuestiones más controvertidas en los estudios y a propósito de las experiencias de justicia restaurativa. Es una duda constante en la doctrina la relativa a la compatibilidad de la mediación con el carácter público del *ius puniendi*. Es importante recordar que el carácter público del Derecho penal moderno se impuso, entre otras razones, para superar los excesos y arbitrariedades a que había dado lugar la autotutela. Sin embargo, siendo cierto que los modernos métodos de justicia restaurativa de alguna manera suponen manifestación de cierta auto tutela, han de ser aplicados siempre en el marco del proceso penal y bajo la salvaguardia de agente imparciales, más, si cabe, en el proceso de menores plasmado en la ley española

20 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., pp. 25-27. Sobre el principio de oportunidad reglada y su conexión con los principios del derecho de menores.

21 CALLEJO CARRIÓN, S.: "El principio de oportunidad en la lo 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *La Ley* (2005), núm. 6366, pp. 3-4. GONZÁLEZ PILLADO, E.: "La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores", en AA.VV.: *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno* (Dir.por, GONZÁLEZ PILLADO, E.). Valencia, (2012): Tirant lo Blanch, pp. 61-62.

22 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., p. 8.

en el que, el impulso del proceso lo toma el Ministerio Fiscal llevándose a cabo bajo la dirección de técnicos expertos que velan por la igualdad de ambas partes en el dialogo que entre ellas se entabla²³. Como acertadamente apunta ESQUINAS VALVERDE, la devolución del protagonismo a las partes del conflicto debe realizarse con ciertas cautelas con el fin de evitar abusos y el retorno a la justicia privada “exenta de las imprescindibles garantías formales y materiales de igualdad ante la ley, proporcionalidad...tanto para el agresor como para la víctima del delito”²⁴.

Es por ello que no suponen estos procedimientos alternativos una ruptura con los postulados del Derecho penal moderno, más bien todo lo contrario, las actuales fórmulas autocompositivas permiten dar un cumplimiento más adecuado a las finalidades del Derecho Penal sin ignorar las garantías propias de éste. Ese ha de ser precisamente el reto, conseguir resolver el conflicto penal mediante un mecanismo mucho más humano mediante el que se consigue pacificar las relaciones rotas por el delito y contribuir con ello a la general pacificación de la sociedad, mediante métodos adecuados para disminuirla la violencia, especialmente de la violencia institucional materializada de manera singular en los métodos clásicos del derecho penal.

Si hacemos un repaso de los fines del derecho penal²⁵, está empíricamente demostrado que la resolución del conflicto a través de la mediación incide de manera muy positiva en el ámbito de la prevención especial al disminuir de manera sensible los casos de reincidencia, se satisface de esta forma las exigencias de prevención especial al conseguirse la reeducación y reinserción social del menor más fácilmente. No olvidemos que el menor que acepta participar en una mediación ha de asumir la responsabilidad por el hecho realizado, tomar conciencia del daño que con su conducta ha causado y entablar de manera voluntaria un diálogo con la víctima acerca de sus motivos para realizar el hecho, disculpándose y/o reparando por ello.

- 23 Como afirma RÍOS MARTÍN: “la mediación no supone una privatización de la justicia penal...al Estado le corresponde una definición y delimitación del marco de la mediación-...”, “se trata... de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso...no viene a suplir al sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo...”. RÍOS MARTÍN, J. C.: “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, en AA.VV.: *Alternativas a la judicialización de los conflictos. Estudios de Derecho Judicial* (dir. por SÁEZ VALCARCEL, R. ORTUÑO MUÑOZ, P.). Madrid (2006), pp. 151-152. También GONZÁLEZ CANO considera en similar dirección que “no estamos ante formas de autotutela ajenas al monopolio estatal, judicial y procesal, sino ante una forma autocompositiva intraprocesal que desembocará en una resolución judicial motivada”... “no se resienten...las bases constitucionales de nuestro proceso penal”. GONZÁLEZ CANO, M^a. I. “La mediación” cit., p. 27. Por su parte GONZÁLEZ PILLADO entiende que la “...mediación...en modo alguno desnaturaliza el carácter público de la acción delictiva del infractor haciéndolo un derecho disponible para la víctima, sino que además de la dimensión de prevención, que en todo caso se mantiene frente a la actuación delictiva del menor, se añade un factor de protección y cuidado de la víctima...”. GONZÁLEZ PILLADO, E.: “Mediación con menores infractores”, cit., p. 101. De similar opinión CRUZ MARQUEZ, B.: “La mediación”, cit., p. 15.
- 24 ESQUINAS VALVERDE, P.: “La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal* (2006), núm. 18, p. 79
- 25 Sobre la compatibilidad de la mediación con los fines del Derecho Penal, vid. ROXIN, C.: *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia, (2000): Tirant lo Blanch, pp. 34-36. En el ámbito específico del Derecho Penal Juvenil, vid. FERREIRÓS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación*, cit., pp. 75-76. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X.: “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, en AA.VV.: *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (coord. por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.). Madrid (2011): Reus, p. 47-68.

Tal ejercicio de responsabilidad resulta claramente mucho más educativo que otro tipo de medidas. Es pues especialmente positivo para el menor infractor²⁶.

Pero también a través de la justicia restaurativa se da cumplimiento a los fines de prevención general, en este ámbito destaca la llamada prevención general positiva, mediante la que se persigue conseguir la confianza del ciudadano que ha visto violada la ley penal; el efectivo cumplimiento de la ley consigue que el ciudadano recupere la confianza en el sistema. Mediante las fórmulas restaurativas, la víctima se siente escuchada y atendida en sus necesidades y demandas, no vuelve a ser otra vez “la gran olvidada” es por ello que frente a lo que pueda parecer a priori, se alcanza con este tipo de soluciones una mayor confianza en el sistema frente a las soluciones más tradicionales.

Conseguir que el proceso no acabe en una mera sanción sino mediante un proceso de reconciliación con la víctima, comprendiendo el menor a ésta y asumiendo éste el daño ocasionado y la posible reparación, en un marco de equilibrio, igualdad y libertad de las partes, constituye un gran logro en materia educativa al tiempo que se consigue dar cumplimiento al fin de las medidas educativas previstas en la legislación juvenil: la prevención especial. El reconocimiento por parte del menor del daño causado y su identificación con la víctima logra un efecto educativo y resocializador que supera a las sanciones más clásicas, evitando los perniciosos efectos que algunas de ellas tiene, como la desocialización de los internamientos, o la imagen social de lenidad que acompaña a las sanciones de medio abierto. A través de la mediación se da cumplimiento a los fines de prevención especial, pero también a los de prevención general. Es esto especialmente discutido en relación al derecho penal juvenil, puesto que se afirma que la finalidad esencial de las medidas que se aplican a los menores debe ser la prevención especial, al perseguir con ellas su reinserción y reeducación. No obstante, sí se puede afirmar que algunas de las sanciones más aflictivas y duraderas persiguen un cierto efecto preventivo general respecto a otros menores y al resto de la sociedad con la finalidad de transmitir que al aplicarse se está reafirmando el ordenamiento jurídico. Pues bien, la alternativa de la mediación logra conseguir dichos objetivos sin tener que pagar el elevado precio de medidas más aflictivas, pues un proceso restaurativo es positivo para el menor agresor pero también para la víctima que se siente atendida y confortada y, sobre todo, escuchada. Consiguiendo, de este modo objetivos preventivo especiales y generales.

El reto, como se indicaba anteriormente, es hacer compatible el cumplimiento de dichos fines con las garantías propias del derecho penal²⁷. Quizás una de las

26 Muy ilustrativo en relación al carácter educativo de los procesos de mediación: ÁLVAREZ RAMOS, F: “Análisis socioeducativo de los procesos de mediación”, cit., pp.27-28.

27 Sobre la cuestión vid. CERVELLO DONDERIS, V.: “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, *Revista penal* (2013), núm. 31, pp. 25-29.

materias más controvertidas es la relativa a la compatibilidad de la mediación con el respeto al principio a la presunción de inocencia, principio procesal directamente relacionado con el principio de culpabilidad penal en tanto la conciliación y la reparación suponen una asunción de responsabilidad por parte del menor que de no estar convenientemente asesorado podría, de frustrarse la mediación, redundar en su perjuicio si se utiliza dicho reconocimiento como prueba en su contra. No obstante, si nos atenemos a las características de la mediación, no es probable que se dé dicha situación al ser una de ellas la confidencialidad, por tanto, de iniciarse y no alcanzarse un acuerdo, el miembro del equipo técnico que cumpla las funciones de mediador; no debe informar al Ministerio Fiscal del contenido de las conversaciones y encuentros entre menor y víctima, únicamente de la imposibilidad del acuerdo, por lo que no puede ser utilizado en contra del menor el reconocimiento de responsabilidad que haya podido manifestar en la frustrada mediación. Por otro lado, precisamente por imperativo del principio de presunción de inocencia, habrá de ser especialmente escrupuloso en la verificación de la asunción de responsabilidad por el menor para evitar situaciones en que este asuma hechos que no le correspondan²⁸.

Por otra parte la mediación supone una clara manifestación del principio de intervención mínima, derivado del principio de proporcionalidad en sentido amplio, por virtud del cual siempre es preferible, ante una infracción de la ley penal, escoger aquella solución que resulte menor aflictiva. Desde esta perspectiva, la apelación a la justicia restaurativa y, dentro de ella, a la mediación, constituye un excelente medio de dar cumplimiento a las exigencias del principio, dado que se está optando por una solución menos penosa y, al propio tiempo, más satisfactoria con los fines del derecho penal (prevención general y prevención especial), pero sobre todo con la finalidad última del derecho de menores cual es el superior interés del menor; al resultar una solución con un intenso contenido educativo y de responsabilidad, principios inspiradores de la materia. Precisamente la vinculación de la mediación con el principio de intervención mínima minimiza la crítica de la posible ampliación del control social por el sometimiento a mediación de supuestos bagatelarios.

Especialmente respetuosa es la mediación con el principio de resocialización, dicho principio específico en el ámbito penitenciario, se consagra en el art. 25.2 de la CE en el que se establece que "las penas privativas y las medidas de seguridad privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", desarrollado en la legislación penitenciaria²⁹, lo encontramos también en el art. 55 de la LORRPM al regular las reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad. Se persigue con su observancia que la ejecución de las medidas tenga como fundamento y referente la preparación para la vida en libertad, es por ello que la mediación, al evitar la imposición de medida, que puede ser privativa de libertad, o,

28 CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación ", cit., p. 9.

29 Arts. 1 y 59 de la LO 1/1979, General Penitenciaria, art. 2 del RD190/1996, Reglamento penitenciario.

el cese de la misma, en el caso de mediación durante la fase de ejecución, constituye una clara apuesta por la reintegración de ese menor a la sociedad o para evitar la desocialización que a veces acompaña a las medidas sancionadoras, de manera particular, a las privativas de libertad.

V. MARCO NORMATIVO.

I. Antecedentes. L.O. 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores.

Las primeras experiencias modernas en materia de mediación tuvieron lugar en Canadá, concretamente en Ontario en la década de los 70 del siglo pasado, el éxito de la iniciativa provocó su expansión internacional. En nuestro país las primeras prácticas restaurativas en el ámbito de la justicia juvenil tuvieron lugar en Cataluña en los años 90, aprovechando la incorporación de dicha posibilidad en la legislación³⁰.

Efectivamente, la primera ley española que contempló dicha posibilidad fue la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores³¹. La citada ley vino a reformar el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948. La reforma dio entrada a la posibilidad de mediación al prever en sus arts. 15 y 16 diferentes consecuencias para los supuestos de reparación extrajudicial.

Así el apartado 6º del art. 15.1 disponía los siguiente: "Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones".

Por su parte el ap. 3º del art. 16.1 establecía que: "En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial. Ello, no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresaran su oposición o ésta fuera manifiestamente infundada.

30 PULIDO, R. MARTÍN-SEOANE, G. y LUCAS-MOLINA, B.: "Orígenes de los programas de mediación escolar: distintos enfoques que influyen en esta práctica restaurativa", *Anales de psicología* (2013), vol. 29, núm. 2 (mayo), p. 387. RÍOS MARTÍN, J. C.: "La mediación penal: acercamiento", cit., pp. 154-156. FERREÍROS MARCOS, C. E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación*, cit., p. 171. GONZÁLEZ PILLADO, E.: "Mediación con menores infractores", cit., pp. 80-81.

31 Sobre la experiencia en el País Vasco en aplicación de la LO 4/92, vid: LÓPEZ CABELLO, P.: "Programa de mediación y reparación en la Justicia de menores", *Zerbitzuan* (1999), núm. 37, pp. 19-26.

Para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta. Se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez”.

Pese a que el refrendo legal no llegó hasta el año 1992, en la práctica y al amparo de la flexibilidad propia de la justicia juvenil ya se contaba con experiencias previas como las llevadas a cabo en Cataluña. No obstante, la aprobación de la ley de 1992 vino a revalidar la posibilidad de una forma diferente de resolver el conflicto mediante una respuesta mucho más respetuosa con los principios de la justicia juvenil: el principio educativo y la búsqueda del superior interés del menor. De acuerdo con dichos presupuestos todas las actuaciones que tengan como destinatario a un menor en conflicto con la ley penal deben ir dirigidas a su reeducación y resocialización, de manera muy especial la medida o consecuencia que se aplique. Se cumple de esta forma el desiderátum de su interés superior como guía que ha de inspirar todo el derecho de menores.

El especial interés por la aplicación de fórmulas restaurativas en la justicia de menores radica en que con ello se da cumplimiento a las exigencias que como veíamos se deducen de los diferentes instrumentos internacionales elaborados para la defensa de los intereses de la víctimas pero al propio tiempo se da también adecuada satisfacción a las exigencias propias de la justicia de menores al adoptar fórmulas con un intenso contenido educativo.

2. Regulación vigente. L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La aprobación en enero de 2000 de la nueva ley penal del menor supuso la consagración de un nuevo sistema con el que abordar el problema de la delincuencia juvenil bajo el fundamento del principio educativo, la flexibilidad y la búsqueda del superior interés del menor. En el nuevo proceso de menores interesa especialmente buscar aquella respuesta que contribuya a que el menor supere los motivos que le han llevado a infringir la ley penal, siempre buscando aquella solución que resulte más educativa. En este marco de principios, la mediación encuentra fácil acomodo, pues como ya se ha señalado, con la misma se satisfacen los fines del derecho penal, sin forzar las garantías propias del mismo. Si nos centramos en la regulación, en primer lugar es necesario distinguir dos momentos en los que se puede acudir a la mediación, en función del momento procesal, encontramos en primer lugar la mediación en fase de investigación recogida en el art. 19, ampliada en sus posibilidades por algunos supuestos contemplados en el art. 27. Por otra parte y ya en fase de

ejecución de medida, se recoge la posibilidad de cesar la ejecución de la medida impuesta de haberse conciliado el menor con la víctima (art. 5 I.3).

A) Mediación en la fase de investigación.

La LORRPM regula en el art. 19 los presupuestos y el procedimiento que habilitan al Ministerio fiscal para solicitar el sobreseimiento en los supuestos en los que haya habido conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

Centrándonos en los presupuestos, estos se articulan en torno a tres ejes. El Ministerio fiscal habrá de valorar, en primer lugar, las circunstancias del menor y su interés³², siendo en este caso especialmente importante la predisposición del menor a conciliarse y a reparar, por encima de otras consideraciones puramente defensoras como sus antecedentes o la desestructuración social de su entorno familiar; factores que, como ha señalado Cruz Márquez³³, pueden dificultar el proceso pero no lo impiden implicando su exclusión por esta causa una evidente discriminación.

En segundo lugar, respecto al hecho cometido por el menor, ha de tratarse de un delito menos grave o una falta, quedando por tanto excluidos de la posibilidad de sobreseimiento los hechos constitutivos de delito grave. Ello, sin embargo, no significa que la ley vete la posibilidad de una solución restaurativa con relación a todos los delitos graves, se podrán dar situaciones de mediación también en estos casos³⁴, si bien no podrán fundamentar una petición de sobreseimiento. Limitar la mediación a las infracciones leves y a los delitos menos graves supone una restricción inadecuada que encaja mal con los principios y finalidades del derecho penal de menores, no tendría mucho sentido el veto a la mediación en delitos graves en aquellos casos en que sea posible porque las partes estén dispuestas al diálogo y los expertos lo consideren positivo.

En estos supuestos habrá que apoyar la solución restaurativa frente a una respuesta más punitiva, si bien por imperativo legal no podrá basar en ello el fiscal la petición de sobreseimiento. Ahora bien sí podrá en estos casos adoptarse cualquiera de las otras posibilidades que se contemplan en la ley como la conformidad (art. 36),

32 La importancia de las circunstancias de la persona en la determinación de las consecuencias es una de las notas más singulares del derecho penal juvenil, diferenciándolo netamente del Derecho Penal de los adultos. Para decidir determinados momentos procesales o la propia medida, se han de valorar las circunstancias personales, familiares y sociales así como el superior interés del menor. Elementos que quedan reflejados en el informe que ha de presentar el Equipo técnico, órgano específico de la justicia de menores.

33 CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación", cit., pp. 21-22.

34 De hecho en el estudio realizado por una comisión internacional de expertos encargado por el Representante Especial del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, se expone la oportunidad de aplicar formulas restaurativas también a menores que han cometido delitos graves, siendo los resultados incluso más esperanzadores que en infracciones de menor entidad a efectos de reducción de la reincidencia.

Promoting Restorative Justice for Children, Indonesia, (2013), 22-23 http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/srsgvac_restorative_justice_for_children_report.pdf Consultado el 21 de enero de 2015.

suspensión de la ejecución del fallo (art. 40), o situaciones de cese o modificación de la medida ya impuesta, antes o durante su ejecución (arts. 13 y 51)³⁵. La confusión viene provocada por la propia regulación legal al condicionar el desistimiento con petición de sobreseimiento a la mediación³⁶. Por ello es importante distinguir los supuestos en los que la mediación unida al cumplimiento de una serie de requisitos, permitirá dicha terminación anticipada del proceso, frente a los supuestos en los que la mediación no tendrá dicha consecuencia pero, como hemos visto, podrá tener otras.

Respecto a los hechos que sí pueden dar lugar a la petición de sobreseimiento, delitos menos graves y faltas, el fiscal ha de valorar su gravedad y circunstancias y tendrá especialmente en cuenta la falta de violencia o intimidación graves. Respecto a la interpretación de esta última exigencia cabe en primer lugar señalar que no es obstáculo a la petición de sobreseimiento la existencia de violencia o intimidación no graves, en cuanto a la violencia o intimidación grave, no es la dicción legal especialmente clara en el sentido de excluirla; a diferencia de la previsión contenida en el art. 18 en que sí se excluye, de forma clara, la posibilidad de desistimiento cuando el hecho cometido por el menor constituya un delito menos grave con violencia o intimidación en las personas, en el supuesto que nos ocupa la expresión empleada por el legislador es más ambigua por lo que ante un delito menos grave la presencia de violencia o intimidación grave es un elemento a tener en cuenta, que no siempre debe excluir la posibilidad de mediación, habrá que analizar el resto de circunstancias y atendiendo al superior interés del menor decidir si cabe o no ésta³⁷.

Por último, en tercer lugar, para que el fiscal pueda solicitar el sobreseimiento, lógicamente el menor ha de haberse conciliado con la víctima, haber asumido el compromiso de repararla o, en su caso haberse comprometido a realizar la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Se contempla por tanto, los supuestos de reparación directa como los de reparación simbólica, para los casos en los que el delito no tiene víctima, no se la ha podido identificar o esta no quiere participar en el proceso.

En cuanto al procedimiento, tal como establece el art. 16 de la LORRPM las denuncias sobre hechos delictivos presuntamente cometidos por menores de edad son recibidas por el Ministerio fiscal a quien corresponde la instrucción del expediente, el fiscal debe decidir si admite o no a trámite la demanda, si la admitiera, como establece el art. 27 de la LORRPM en su párrafo 1º debe requerir al equipo

35 GARCÍA PÉREZ, O.: "La mediación en el sistema español de Justicia Penal de Menores", *Revista Criminalidad* (2011), vol. 53, núm. 2, pp. 80-81.

36 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., p. 26-27.

37 Así puede resultar interesante acudir a procesos de mediación ante casos de violencia escolar en sus fases iniciales en los que no haya una importante situación de desequilibrio, al igual que ante determinados casos de violencia de género. FERREIRÓS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación*, cit., pp. 182-183.

técnico para que elabore un informe sobre las situación psicológica, educativa, familiar y social del menor; que puede haber influido en la comisión del delito. También se ha de indicar en dicho informe cual es la actuación que más va a favorecer el superior interés del menor (art. 7.3 en relación con el art. 27) En el supuesto de que se considere que por el hecho y las circunstancias es posible la mediación, de acuerdo con lo establecido en el p. 3º del art. 27, no será necesaria la elaboración del informe contemplado en el p. 1 de dicho art.

Como se desarrolla en el art. 5 del RM, el fiscal, de oficio o a instancia del letrado del menor; a la vista de las circunstancias requerirá al equipo técnico³⁸-que es quien ejerce como mediador-, para que informe sobre la conveniencia de adoptar una solución extrajudicial. El equipo técnico citará, en primer lugar al menor junto a sus representantes legales y a su letrado, exponiéndoles la posibilidad de someterse a una solución extrajudicial, si estos dan su consentimiento, se pondrá el equipo técnico en contacto con la víctima para que manifieste o no su conformidad a participar en el procedimiento, si ésta es menor o incapaz el consentimiento ha de ser confirmado por sus representantes legales (art. 19.6 de la LORRPM).

De aceptar las dos partes someterse al proceso, el equipo técnico las citará a un encuentro, si bien también se prevé la posibilidad de mediación sin encuentro. Como consecuencia de su papel como mediador, el equipo técnico informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos por el menor con la víctima y su grado de cumplimiento (art. 19.3 de la LORRPM). Si se alcanza el acuerdo entre las partes y el menor cumple satisfactoriamente lo fijado en el acuerdo o, no ha podido cumplir, por causas ajenas a su voluntad, el equipo técnico ha de informar al Ministerio fiscal, que, con base en ello dará por concluida la instrucción solicitando del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones (19.4 de la LORRPM).

Admite por tanto la ley supuestos en los que, con base en la disposición del menor a conciliarse o a reparar a la víctima, si no es posible la mediación por causas ajenas a aquel, pueda solicitarse el sobreseimiento.

Si, por el contrario, no se alcanza una conciliación o el menor incumple el acuerdo de reparación o la actividad educativa propuesta por el equipo técnico, según dispone la Ley, el Ministerio fiscal continuará con la tramitación del expediente (art. 19.5 de la LORRPM).

38 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 del Rto, el equipo técnico está compuesto por un psicólogo, trabajador social, y educador, pudiéndose incorporar, de manera puntual, otros profesionales. El equipo técnico tiene la misión de apoyar con sus conocimientos técnicos a lo largo de todo el procedimiento, una de sus principales funciones es la elaboración del informe, fundamental para decidir qué medida es la más apropiada para el menor en atención a sus circunstancias, lo que supone una inestimable ayuda para que después aplicando criterios jurídicos el ministerio fiscal, el resto de acusaciones si las hubiere y el abogado de la defensa plasmen sus conclusiones en el escrito de alegaciones y finalmente el juez decida qué actuación o, en su caso, qué medida es adecuado adoptar.

B) Mediación en fase de ejecución.

La mediación despliega asimismo sus efectos en fase ejecutiva. La flexibilidad es una de las notas distintivas del derecho penal de menores y se manifiesta de manera particularmente intensa durante la ejecución de las medidas. Como establece el art. 13 de la LORRPM, el juez, de oficio o a instancia del Ministerio fiscal o del letrado del menor, "podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta". En desarrollo de dicha previsión el ap. 3º del art. 51 de la LORRPM dispone que la conciliación del menor con la víctima durante la ejecución de la medida, podrá dejar sin efecto la medida impuesta si se considera que el acto de la conciliación y el tiempo de medida ya cumplido representan suficiente reproche para el menor.

Son varias las diferencias que encontramos con la anterior modalidad de mediación, si en aquella era posible la aplicación de fórmulas desjudicializadoras sin la colaboración de la víctima, la mediación durante la ejecución exige la participación de ésta como se deduce de la regulación contenida en el art. 51.3 de la LORRPM y el art. 15 RM.

Otra diferencia destacable radica en la falta de limitación respecto a los delitos que pueden dar lugar a mediación, así como en el art. 19 de la LORRPM se excluyen los delitos graves, en este caso no se establece ninguna restricción lo que puede resultar especialmente positivo si tenemos en cuenta las esperanzadoras experiencias de la mediación en este ámbito³⁹.

Sin embargo sí que regula la ley, al fijar las condiciones de aplicación de las medidas, unos periodos de seguridad para los casos en los que el menor sea condenado por la comisión de hechos delictivos excepcionalmente graves⁴⁰, para los que hay que dejar transcurrir un año o la mitad de la duración de la medida impuesta para poder hacer efectiva la posibilidad de modificación.

En otro orden de cosas se cuestiona en la doctrina la interpretación que cabe dar a la exclusiva mención a la posibilidad de conciliación en esta fase ejecutiva, siendo que como ya hemos analizado, en fase de investigación se distingue entre ésta y la reparación. Hay autores que consideran que cabe hacer una interpretación

39 Como ya se ha señalado (vid. Cita 34) los expertos consideran que puede resultar incluso más positiva la mediación en delitos graves que en los menos graves y/o faltas.

40 En concreto esta limitación se recoge en la ley para dos grupos de casos. En primer lugar el art. 10.1. b la refiere a hechos constitutivos de delito grave o menos grave con violencia o intimidación o delitos cometidos en grupo o al servicio de una banda, organización o asociación siempre que se considere que son de extrema gravedad -lo que añade una criticable incertidumbre en la determinación de los supuestos incluíbles-, realizados por menores de dieciséis o diecisiete años. El otro supuesto se recoge en el art. 10.2: cuando el hecho sea constitutivo de un delito de homicidio doloso, asesinato, violación, agresión sexual y/o violación agravada, delito de terrorismo, o cualquier delito castigado con pena de prisión igual o superior a 15 años.

amplia del término conciliación⁴¹, incluyéndose en la misma tanto los supuestos estrictos de conciliación como los posibles acuerdos de reparación que en muchos casos vendrán acompañados de un acuerdo conciliador. La cuestión es desarrollada en el RM que expresamente alude a ambas posibilidades en su art. 15. Ampliación respecto a lo dispuesto en el texto de la ley que es criticable desde el punto de vista formal, si bien admisible y bienvenida desde un criterio de justicia material, salvable como hemos señalado dando una interpretación amplia al término conciliación aludido en el art. 51.3 de la LORRPM al regular el supuesto. No obstante, hubiera sido deseable un mayor cuidado del legislador a la hora de regular el supuesto y una mayor coordinación legislativa.

VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

En términos generales es posible afirmar que a pesar de las reticencias manifestadas desde algunos sectores apelando al peligro de privatización a que pueden dar lugar los procesos de mediación, lo cierto es que como se ha puesto de manifiesto en el trabajo, la concepción moderna de la mediación no es incompatible con el respeto al derecho penal y los principios que lo inspiran. Como hemos podido constatar, los procesos de mediación facilitan la consecución de los fines del derecho penal puesto que son un adecuado mecanismo para satisfacer a las víctimas del delito por lo que se cubrirían las expectativas en el ámbito de la prevención general positiva y son un instrumento especialmente dirigido hacia la reeducación y reinserción social de la persona que ha delinquido, puesto que mediante el encuentro con la víctima y la asunción del daño que con su conducta le ha causado se consigue un efecto integrador y educativo bastante más potente que a través de las sanciones clásicas mucho más aflitivas y menos efectivas como se demuestra en los estudios que sobre la relación entre reincidencia y mediación se han realizado en nuestro país⁴².

Si a ello añadimos que la adopción de fórmulas restaurativas produce un cierto alivio de la carga de trabajo que soportan los tribunales de justicia y si ello se consigue de manera respetuosa con las garantías penales, al suponer una materialización del principio de intervención mínima y por ende de la necesaria garantía de

41 CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación", cit., p 11.

42 Hay un primer estudio realizado por CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., LUQUE REINA, E.: *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Barcelona (2005): Generalitat de Catalunya, p. 187. En él se constata un menor índice de reincidencia en los menores sometidos a un programa de mediación, si bien los perfiles de los que entran en este tipo de programas son más normalizados y por ello con mejor pronóstico. CORBALÁN OLIVERT, M. MORENO GÁLVEZ, M^a. A.: *Reincidencia y mediación en menores*. Barcelona (2013): Bosch Editor, pp. 162-165. Como ya demostró el estudio anterior y éste más reciente viene a confirmar: "la tasa de reincidencia es mayor, en ambos sexos, en el grupo de menores con resultado negativo en el programa de mediación". Además se afirma que "el hecho que el menor tenga antecedentes en combinación con el resultado negativo de la mediación se perfila como uno de los principales predictores de la reincidencia". Similares resultados en orden a la positiva relación entre mediación y reducción de la reincidencia en OCÁRIZ PASSEVANT, E.: "Evaluación de la mediación en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia", *International e-Journal of Criminal Science* (2013), núm. 7. Sobre resultado de experiencias en otros Estados: ESQUINAS VALVERDE, P.: "La mediación entre víctima y agresor", cit., pp. 86-94.

proporcionalidad, con el principio de culpabilidad habida cuenta la confidencialidad que preside el proceso eludiendo los riesgos para la presunción de inocencia y, finalmente especialmente dirigida a la resocialización, son muchas las razones que pesan en la necesaria potenciación de estos procesos máxime en el ámbito del derecho penal juvenil por sus particulares características, dado que en el rige como principio fundamental el principio educativo concreción en este ámbito del principio del superior interés del menor que rige en todo el ámbito del derecho de menores.

Es pues adecuado profundizar en el uso de este sistema alternativo de solución del conflicto penal y su aplicación más allá de las fronteras del derecho penal juvenil, adaptando la legislación penal y procesal a las directrices internacionales que vienen a refrendar la opinión mantenida por los teóricos y prácticos en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RAMOS, F.: "Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la ley de responsabilidad penal de los menores", *Zerbitzuan: Gizarte Zerbitzuetako Aldizcaria (Revista de Servicios Sociales)* (2001) núm. 39.

ÁLVAREZ RAMOS, F.: "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", *International e-Journal of Criminal Science* (2008), núm. 2º.

AA.VV.: *Alternativas a la judicialización de los conflictos. Estudios de Derecho Judicial* (dir. por SÁEZ VALCARCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P.). Madrid (2006).

AA.VV.: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (dir. por BARONA VILAR, S.). Valencia (2009): Tirant lo Blanch.

AA.VV.: *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (COORD. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.). Madrid (2011): Reus.

AA.VV.: *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno* (dir. por GONZÁLEZ PILLADO, E.). Valencia (2012): Tirant lo Blanch.

BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch.

CALLEJO CARRIÓN, S.: "El principio de oportunidad en la lo 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *La Ley* (2005), núm. 6366.

CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., y LUQUE REINA, E.: *La reincidència en el delictes en la justícia de menors*. Barcelona (2005): Generalitat de Catalunya.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico", *Revista penal* (2013), núm. 31.

COLÁS TURÉGANO, A.: "La introducción de la "lógica de la seguridad" en el Derecho penal español de menores. La influencia de los medios de comunicación", en AA.VV.: *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho* (dir. por CERVELLÓ DONDERIS, V. y ANTÓN BARBERÁ F.). Valencia (2012): Tirant lo Blanch.

COLÁS TURÉGANO, A.: "La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011 (ARP\2011\287)", *Revista boliviana de derecho* (2015), núm. 19.

CORBALÁN OLIVERT, M. y MORENO GÁLVEZ, M^a. A.: *Reincidencia y mediación en menores*. Barcelona, (2013): Bosch Editor.

CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (2005), núm. 07-14.

ESQUINAS VALVERDE, P.: "La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?", *Revista Penal* (2006), núm. 18.

FERREIRÓS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Madrid, (2011): Dykinson.

FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor", *Indret* (2012), núm. 4.

GARCÍA PÉREZ, O.: "La mediación en el sistema español de Justicia Penal de Menores", *Revista Criminalidad* (2011), vol. 53, núm. 2.

LÓPEZ CABELLO, P.: "Programa de mediación y reparación en la Justicia de menores", *Zerbitzuan* (1999), núm. 37.

OCÁRIZ PASSEVANT, E.: "Evaluación de la mediación en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia", *International e-Journal of Criminal Science* (2013), núm 7.

PERIS RIERA, J.: "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores provisto por la Ley Orgánica 5/2000", *La Ley* (2001), 19 de febrero de 2001.

PULIDO, R., MARTÍN-SEOANE, G., y LUCAS-MOLINA, B.: "Orígenes de los programas de mediación escolar: distintos enfoques que influyen en esta práctica restaurativa", *Anales de psicología* (2013), vol. 29, núm. 2(mayo).

REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía", *Revista Catalana de Seguridad Pública* (2004), núm. 15, diciembre.

ROXIN, C.: *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia (2000): Tirant lo Blanch.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: "El nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?", *Revista Penal* (2001), núm. 8.

LA TUTELA CIVIL EN ESPAÑA EN LOS CASOS DE
SUSTRACCIÓN DE MENORES INTERPARENTAL
CIVIL PROTECTION IN SPAIN IN CASES OF INTERPARENTAL
CHILD ABDUCTION

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 168-191



F. Javier
JIMÉNEZ
FORTEA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 20 de febrero de 2015

RESUMEN: La sustracción interparental de menores no es un problema social menor, que exige una respuesta desde diferentes ámbitos. En particular, desde el Derecho debe ser una respuesta tanto nacional como internacional, dependiendo del carácter de la misma, y que debe concretarse en la aprobación de normas específicas que establezcan mecanismos eficaces de prevención de las sustracciones y, en caso de comisión, que garanticen el retorno de los menores con su progenitor custodio. Este artículo describe las medidas que el ordenamiento jurídico español ha previsto para su evitación y, en su caso, solución.

PALABRAS CLAVE: Familia, derechos de custodia y visita, sustracción de menores interparental.

ABSTRACT: The interparental child abduction is not one minor social issue, which demands a response from different areas. In particular, from Law, it should be a national and international response, depending on the character of it. And that should translate into the adoption of specific rules that establish effective mechanisms for prevention of these subtractions. Besides, in case of their commission, guaranteeing the return of children with their parent custodian. This article is describing the measures that the Spanish legal system has provided for their avoidance and solution, wherever it might be suitable.

KEY WORDS: Family, custody and visitation rights, interparental child abduction.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La protección de los menores frente a la sustracción interparental.- I. El marco legal aplicable.- 2. El sistema de protección interno contra las sustracciones interparentales.- A) Las medidas específicas previstas en el art. 103 CC para los procesos de nulidad, separación y divorcio.- B) Las medidas específicas del art. 158 CC.

I. INTRODUCCIÓN.

Según se ha publicado recientemente, en España no se sabe el paradero de 667 menores desde 2013, pero es que en total ese año el Ministerio del Interior contabilizó más de 12.000 denuncias de desaparición de menores que, afortunadamente, terminaron resolviéndose con su hallazgo por la Policía en compañía de alguno de sus progenitores que los escondía o fugados de casa por iniciativa propia¹. Estas cifras, desde luego, demuestran que no estamos ante un problema social “menor”, que además está creciendo en el mundo² y que en nuestro país, sólo en el primer semestre de 2014, ha supuesto la presentación de más de 7.000 denuncias, no sabiéndose en este momento nada de 199 menores³.

En cuanto a sus causas, se encuentran en situaciones muy diversas, que van desde las escapadas de los adolescentes de sus domicilios familiares, hasta su secuestro por terceros para entregarlos en adopciones ilegales, explotarlos sexualmente, vender

- 1 Noticia publicada en el periódico on line El Confidencial, el 3 de julio de 2014 (consultada el 22 de enero de 2015): http://www.elconfidencial.com/espana/2014-07-03/un-total-de-667-menores-estan-en-paradero-desconocido-en-espana-desde-2013_156141/
- 2 La preocupación sobre esta cuestión ha llevado a la Comisión Europea a elaborar un documento en 2013, que recoge los datos de los países que formamos la UE, denominado *Missing children in the European Union Mapping, data collection on statistics*, el cual cifra en unas 250.000 denuncias las desapariciones de menores en el ámbito de la Unión. Por su parte, en 2011 el *International Centre for missing and exploited children*, en colaboración con UNICEF, publicó el informe “Niños desaparecidos en Centroamérica: Investigación sobre prácticas y legislación para la prevención y la recuperación”, en el cual se recoge información, por supuesto de Centroamérica, pero también de otras partes del continente Americano y que evidencia igualmente el incremento de los casos. También es interesante, por la aportación de datos que hace de diversos países de Latinoamérica y enlaces web de referencia, la noticia publicada por la BBC en internet el 19 de noviembre de 2013 (consultada el 22 de enero de 2015): http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/11/131106_ninios_perdidos_desaparecidos_explotados_america_latina_men
- 3 Vid. al respecto la noticia arriba citada: http://www.elconfidencial.com/espana/2014-07-03/un-total-de-667-menores-estan-en-paradero-desconocido-en-espana-desde-2013_156141/

• F. Javier Jiménez Fortea

Doctor por la Universidad de Valencia con una tesis dirigida por el profesor Dr. D. Juan Montero Aroca, sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral y por el que le fue otorgado el premio extraordinario de doctorado. Desde el año 2000 es Profesor Titular de Derecho procesal en la Universidad de Valencia (España) y ha participado en diversos proyectos de investigación nacionales e internacionales, habiendo publicado trabajos sobre aspectos procesales de la Corte penal internacional, la protección de los consumidores, el proceso penal de menores, el derecho indígena o el terrorismo internacional, entre otros. Correo electrónico: francisco.jimenez@uv.es

sus órganos o convertirlos en niños-soldado, entre otras. Concretamente, una de las que más está creciendo en los últimos años es la llamada sustracción interparental, que es la perpetrada por los mismos padres de los niños o personas vinculadas a ellos por lazos de consanguinidad o afinidad, así como la inducción al abandono del domicilio familiar al menor, cometida también por una de esas personas⁴.

Esta realidad, desconocida por gran parte de la opinión pública, salvo cuando algún caso llama la atención de los medios de comunicación, tiene su origen en razones siempre complejas y no extrapolables de un supuesto a otro. Con todo, no cabe duda, está favorecida por la globalización, la facilidad en las comunicaciones y los movimientos migratorios masivos, que ha llevado a un incremento de los matrimonios o uniones de hecho entre personas de diferentes países, culturas y religiones, lo que provoca que cuando se produce una crisis o la ruptura de su relación, algunos padres traten de conseguir por su propia mano la guarda y custodia, que los tribunales les han negado. O bien, cuando el régimen y desarrollo de las visitas no es el óptimo, según una de las partes, en lugar de utilizar los mecanismos legales previstos –como, por ejemplo, solicitar la modificación del régimen adoptado o recurrir a los puntos de encuentro, entre otras posibilidades–, deciden secuestrar a los niños o inducirlos a que abandonen el domicilio familiar en el que conviven con el otro progenitor. Muchas veces, en especial cuando se trata de secuestros internacionales, la finalidad es privarle al otro progenitor del contacto con sus hijos, tratando de eludir la acción de los tribunales, o utilizar las “vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial con vistas a obtener su custodia”⁵.

En cuanto a las dimensiones de este problema, su importancia no deriva del número de casos que se produzcan a lo largo de un año, aunque si se cae en la cuenta de que detrás de estas situaciones hay siempre una familia (hermanos, abuelos, etc.), el número de afectados crece considerablemente. En concreto, en España en 2013 se han producido 236 nuevos casos de sustracción de menores por alguno de sus padres⁶, suponiendo un incremento del 12,9 % más que en el año anterior y viéndose afectados 313 menores (un 22 % más que en 2012), si bien la mayoría de los casos (197) se han podido resolver⁷. Su verdadera trascendencia,

4 Sin perjuicio de que podríamos extendernos en el concepto de “sustracción”, a efectos de este trabajo, partiremos de la definición que el Código Penal español hace en su art. 225 bis, que lo establece cuando el progenitor que, sin causa justificada para ello, traslade a “un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia” o lo retenga “incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa” (art. 225 bis 1 y 2).

5 PÉREZ VERA, E.: “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980”, en http://www.iin.oea.org/2007/SIM/edic/Textos_claves_ponencias.htm, consultado el 22-01-2015, p. 3.

6 En la Comunidad Valenciana, según información periodística que cita fuentes del Ministerio de Interior español, se habrían producido 26 casos. Vid.: <http://www.lasprovincias.es/v/20140319/sucesos/policia-detecta-secuestros-ninos-20140319.html> (consultado el 22 de enero de 2015).

7 Según se publicaba en El Mundo digital el 17 de marzo de 2014 (consultado el 22 de enero de 2015), citando fuentes del Ministerio de Interior español: <http://www.elmundo.es/espana/2014/03/17/5326bffd22601dae318b456c.html>

pensamos, se encuentra en el hecho de que estamos hablando de los niños, es decir, de las personas más débiles y dependientes de nuestras sociedades –junto con los mayores-, que constituyen además nuestro futuro y a los cuales se les infligen importantes daños de toda índole, cuando se les priva ilegítimamente de su derecho a mantener la relación personal y el contacto directo con cada uno de sus progenitores.

En esta cuestión, lo determinante no son los intereses –deseos o sentimientos- de los cónyuges, sino el interés del menor, que es superior a cualquier otro, tal como proclama el ordenamiento jurídico⁸. En este sentido, qué duda cabe, que el interés superior del menor es crecer al lado de sus padres, de ambos, y que cuando eso no sea posible, por una decisión de éstos o de la autoridad judicial o administrativa competente, todos están obligados no sólo a garantizar la asistencia económica sino, en especial, el apoyo y la cercanía personal y afectiva de los padres, que exigen

Como se ha podido observar, los datos aportados se han obtenido de “fuentes estadísticas” que son secundarias. Concretamente y a excepción del estudio realizado a instancia de la Comisión Europea, la hemos conocido a través de diversos medios de comunicación y fundaciones privadas (en particular, de la Fundación ANAR -<http://www.anar.org/>- y Child Care -http://recuperacion-menores.org/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=101-), a pesar de que la Administración española dispone de información. De hecho, si se leen las Memorias de la Fiscalía General del Estado que se publican anualmente, se hace referencia a los casos de sustracción interparental en el apartado de la Fiscalía especializada en menores, cuando desarrolla su actividad en el ámbito de la protección de los mismos.

Asimismo, como se ha podido constatar por las noticias reseñadas, el Ministerio de Interior también dispone de información al respecto, que no publica oficialmente. Sin embargo, la ONG *Save the children* señala en su Informe “Menores desaparecidos. Análisis de su situación en España” (<http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/104/informe%20menores%20desaparecidos%202003.pdf>, consultado el 22 de enero de 2015), que el Ministerio de Interior le proporcionó los datos referidos a expedientes por desaparición de menores en los años 2001 y 2002.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, del que depende la Comisión Nacional de Estadística Judicial, no publica información alguna al respecto, salvo error u omisión por nuestra parte. Y en cuanto al Ministerio de Justicia, llama la atención que siendo la autoridad central, designada en el Convenio de 1980, no publique los expedientes en los que ha intervenido como tal. Es más, conteniendo en su web oficial un apartado dedicado a la sustracción interparental internacional -<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional->, se limita a una información insuficiente –basta compararla, por ejemplo, con la que contiene la Fundación Child Care- para una persona cuyo hijo haya sido sustraído. A pesar de lo anterior y también por información periodística, he podido saber que el Ministerio de Justicia tramitó en 2012 un total de 214 expedientes, en los cuales España actuó como requirente en 133 y en 81 como requerido. Y que en 2013 fueron 243 los expedientes, en 148 como requirente y en 95 como requerido (http://politica.elpais.com/politica/2014/10/02/actualidad/1412241668_215624.html).

No obstante lo anterior, existe un interesante estudio que realizó una investigadora española para la Autoridad Central española durante 2001, preparatorio de la reunión de la Comisión Especial para el seguimiento de la aplicación del Convenio de La Haya [GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid (2002): pp. 23-38]. El trabajo abarca el período 1997-1999 y en algunos aspectos hasta el año 2000, contiene tablas comparativas y gráficos de esta clase de secuestros a niños y establece la tendencia creciente de los mismos.

Con todo, la falta de información y de una estadística precisa no es un problema sólo de nuestro país, sino que la mayoría tampoco la tienen y los que disponen de ella, no la tienen actualizada. Resulta llamativo que incluso en la Sección de sustracción de niños que dedica la página web de la HCCH (Hague Conference on Private International Law) -http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21- y, particularmente, de la INCADAT, la base de datos de la sustracción internacional de menores, dependiente de la HCCH, tampoco se incluya información estadística o estudios al efecto - <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lng=3->.

- 8 De acuerdo con el art. 3.1 de la Convención *sobre los Derechos del Niño* de 1989, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por su parte, el art. 154 CC dice que “la patria potestad se ejerce en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”, lo que imbuye toda la legislación al efecto. Para más sobre el interés del menor, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007).

el crecimiento y la maduración equilibrada de los menores⁹. Correlativamente, el Derecho ha articulado todo esto a través de la institución jurídica de la filiación y de las consiguientes relaciones paterno-filiales, principalmente de la patria potestad¹⁰.

Por último, sin restar importancia a los demás enfoques, desde el punto de vista jurídico, la sustracción de menores en el ámbito familiar constituye un tema susceptible de ser abordado de una forma interdisciplinar, en el que el Derecho Civil, Penal, Administrativo, Internacional o Procesal, entre otros, todos tienen mucho que aportar. En este sentido, por lo que a los aspectos procesales se refiere, esta cuestión es susceptible de estudiarse desde la doble perspectiva procesal civil y penal, si bien nosotros en este momento sólo vamos a desarrollar la tutela civil por los tribunales españoles cuando exista el riesgo de que se produzcan esta clase de situaciones, particularmente las medidas previstas en los arts. 103 y 158 del Código Civil español (en adelante, CC).

II. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES FRENTE A LA SUSTRACCIÓN INTERPARENTAL.

I. El marco legal aplicable.

De acuerdo con el art. 39 de la Constitución española (en adelante, CE), corresponde a los poderes públicos “la protección integral de los hijos”, los padres tienen el deber de prestarles “asistencia de todo orden... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, así como que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”¹¹. Por su parte, aunque sin valor vinculante, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas en 1959, ya destacaba la necesidad de que los niños recibieran una protección especial, tanto antes como después del nacimiento, y sugería una serie de derechos y condiciones de su ejercicio, entre los que se encontraba el de que el menor “siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres”. Más adelante, en 1989 y también

9 Según la Declaración de Derechos del Niño de 1959, aprobada por Naciones Unidas, “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole” (Principio 6).

10 A tenor del art. 154 CC, el contenido de la patria potestad es: 1º Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. En cuanto a los límites a la misma, se disponen en los arts. 158 y 167 CC, incluyéndose en el primero las medidas preventivas de la sustracción interparental y que veremos más adelante. Por su parte, los hijos, tal como prevé el art. 155 CC, deben “obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre” y “contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.

11 De acuerdo con este mismo precepto, los hijos son iguales ante la ley con independencia de la filiación y que hayan sido habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.2 y 3 CC).

por Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta sí con valor vinculante y ratificada por nuestro país en 1990, la cual establecía en su art. 11, que “los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”, promoviendo para alcanzar este fin “la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

Todo lo anterior, hace patente la conciencia que tienen el legislador constitucional y la comunidad internacional de que, siempre que sea posible, los niños se han de desarrollar y crecer bajo el amparo de sus padres, el deber de éstos y de los poderes públicos de otorgarles la protección necesaria en todos los sentidos, así como que, de las sustracciones a las que pueden verse sometidos –que al no distinguir, hay que entender incluidos los interparentales-, los que más dificultades plantean para su resolución son los internacionales, deduciéndose la necesidad de la complementariedad legislativa –también es imprescindible la administrativa y judicial- en los planos nacional e internacional para afrontar con éxito esta lacra.

Ha sido precisamente por esta razón, por lo que se han ido aprobando a lo largo de los últimos años importantes instrumentos internacionales con el fin de facilitar esa cooperación entre Estados. Los más importantes, ratificados por España, son los siguientes¹²:

a) El Convenio de Luxemburgo, *relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia*, de 20 de mayo de 1980, elaborado por el Consejo de Europa y ratificado por nuestro país en 1984. El cual parte de la existencia de una decisión administrativa o judicial sobre el derecho de guarda y custodia y del “traslado ilícito” de un menor de dieciséis años de un país a otro, estableciendo que para su retorno al lugar de residencia el Estado firmante del Convenio aplique un procedimiento simple, rápido y gratuito para el reconocimiento y la ejecución de la resolución sobre la custodia (arts. 5, 7 y 14), así como devolver, en su caso, el menor a su legítimo guardador (art. 8).

b) El Convenio de la Haya, *sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores*, de 25 de octubre de 1980, es el que mayor número de ratificaciones ha recibido (93) y España lo hizo en 1987, siendo el más utilizado en la práctica. Tiene carácter *self executing*¹³ y supone un importante paso más respecto del anterior, al tratar de superar las limitaciones -de tiempo y por el resultado-, que

12 Aparte de estos convenios, existe otro sobre la misma materia al que nuestro país no se ha adherido, pero que habría que valorar su conveniencia de hacerlo, y que ha sido confeccionado al amparo de la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Se trata de la *Covención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989 - <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>.

13 Este carácter no excluye, desde luego, las normas que cada Estado quiera otorgarse para facilitar su aplicación.

conlleva el procedimiento de exequátur, aunque se hayan acelerado y reducido sus formalidades¹⁴.

c) El Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*.

Este Reglamento es también conocido con el nombre de *Bruselas II bis* y, en lo que a la sustracción interparental se refiere, se dictó bajo la influencia del Convenio de La Haya de 1980, con el fin de avanzar en el espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular en la protección de los menores en el seno de la UE¹⁵.

Nos encontramos así con dos sistemas para los países de la Unión, dependiendo de si la sustracción es intra o extracomunitaria, rigiendo en el primer caso el Reglamento 2201/2003 y en los demás, dependerá de qué convenios sean parte los Estados en cuestión. No obstante, las diferencias son relativas, dado que el Reglamento se ha confeccionado a partir del Convenio de La Haya y matizar algunos aspectos del procedimiento de éste en sus artículos 10 y 11¹⁶.

d) Convenio entre España y Marruecos *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*, de 30 de mayo de 1997.

El valor de este Convenio se encuentra en el hecho de que Marruecos no ha firmado los anteriores y es el único bilateral que aborda específicamente esta materia de la sustracción de menores interparental¹⁷. Respecto al contenido,

14 De hecho, en la práctica el Convenio de Luxemburgo antes citado ha sido casi inoperante. Sobre las causas de esta inoperancia, ver: PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia y legislación* (2002), núm. 16, p. 262.

15 Se aplica a todos los países de la Unión, excepto a Dinamarca, en virtud de los arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de dicho país, anejo al Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la CEE.

16 La inclusión de la sustracción de menores en este Reglamento suscitó un importante enfrentamiento en el seno del Comité de Derecho Civil, la cual se dividió entre los países que consideraban suficiente el Convenio de La Haya y aquéllos que no, entre los que se encontraba el nuestro. Al final, terminó saliendo adelante, al considerar que era una oportunidad para superar los problemas procesales que el Convenio de La Haya planteaba y que el Reglamento permite en su art. 36 la derogación de las disposiciones de aquél, cuando favorezcan el regreso de los menores [GONZÁLEZ BELFUS, C.: "Regulación comunitaria de la sustracción interparental de menores", en AA.VV., *La sustracción interparental de menores*. Madrid (2005): pp. 82-83; SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: "Incidencia procesal de las recientes reformas introducidas en el Derecho de Familia: aspectos procesales", en *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005* (con MARTÍN NAJERA, M^a.T.; PALAY VALLESPINÓS, M.; DELGADO MARTÍN, J.). Madrid (2007): pp. 131-132].

17 En el Foro euromediterráneo sobre la sustracción internacional de menores celebrado en Roma los días 12 y 13 de marzo de 2001, la representante del Ministerio de Justicia argelino, expresó el deseo de su país de adherirse al Convenio de la Haya de 1980, pero no lo ha hecho, al igual que los restantes países musulmanes. Así las cosas, las vías posibles son los convenios bilaterales, en su caso, o bien ejercitar los mecanismos de reconocimiento y ejecución de resoluciones correspondientes. Para más sobre el Convenio de Marruecos y,

pretende además de la restitución de los menores de dieciséis años sustraídos, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre los derechos de custodia y visita y hacer efectivo el ejercicio del derecho de visita. Para todo ello prevé en la misma línea que los Convenios anteriores que los Estados apliquen procedimientos sencillos, rápidos y gratuitos (arts. 6 y 14). Por lo demás, destacar la creación de una Comisión Mixta Consultiva (art. 5), compuesta por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia de ambos países, con el fin de facilitar la solución de los casos que se planteen en la aplicación del Convenio.

Por otro lado, contrariamente a su actuación en el plano internacional, el legislador español no ha actuado en el ordenamiento jurídico interno con la diligencia exigida. En este sentido, es significativo que en 1989 el único país citado en la resolución final de la Comisión especial sobre funcionamiento del Convenio de La Haya fuera el nuestro¹⁸.

Asimismo, el TEDH condenó a España en su sentencia de 29 de abril de 2003 [Caso Iglesias Gil et alii c. España (TEDH 2003, 15)] y se reconocía que el problema de fondo era la insuficiencia de la legislación española, destacando como positiva, la introducción en nuestro ordenamiento del delito de sustracción interparental en 2002, a la que luego nos referiremos.

Siendo esa la situación en aquel momento, hay que reconocer que en los últimos años se ha avanzado, primero con la aprobación de un procedimiento de devolución de los menores, cuando el retorno se solicite al amparo de una norma internacional y el país requerido sea el nuestro. Después, aunque no exento de críticas, con la tipificación penal del secuestro de menores por sus propios padres y familiares, pero también con la aprobación de una serie de medidas específicas de naturaleza civil tendentes a evitar la sustracción. Todo lo cual, debe llevarnos a concluir que el balance actual es positivo, sobre todo porque esta actividad legislativa evidencia una concienciación de los poderes públicos del problema que suponen las sustracciones interparentales. A la vez, hay que reconocerlo también, el sistema adolece de problemas y dificultades, no sólo de configuración y sistemática, sino principalmente prácticos, que deberían resolverse. Entre otros, la falta de aprobación de las leyes de jurisdicción voluntaria o de cooperación jurídica internacional en materia civil, que el recurso contra la decisión en la instancia sobre el retorno del menor sea en un

en general, sobre las dificultades y posibles medios de solución cuando afectan a países islámicos, puede verse: MOYA ESCUDERO, M.: "El secuestro internacional de menores", en AA.VV.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Madrid (2002): Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VIII, pp. 411-460.

18 En concreto, se nos exhortaba "a tomar sin demora todas las medidas internas apropiadas para asegurar que se den a su autoridad central y a sus autoridades judiciales y administrativas los poderes necesarios y los medios adecuados" que le "permitan cumplir completamente sus obligaciones convencionales" [Nota 22 del trabajo de BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del Menor", en AA.VV., *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los jueces*. Madrid (1997): Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, pp. 159-198, consultada versión electrónica en B.D. *Cuadernos y Estudios del CGPJ*: 2006].

solo efecto, o la falta de coordinación entre las administraciones para una aplicación eficaz de las medidas cautelares y preventivas¹⁹.

Si resumimos la evolución legislativa que en nuestro ordenamiento ha experimentado la sustracción interparental, hay que destacar dos normas. En primer lugar, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor que, aunque no era específica, pretendió poner fin a una etapa caracterizada por los retrasos en la resolución de los casos de sustracciones de menores y la incertidumbre respecto al procedimiento a seguir, que los tribunales habían suplido por uno *ad hoc*, partiendo de las previsiones de los convenios de Luxemburgo y de La Haya ratificados por España, los cuales exigían que fuera rápido y sencillo. En concreto, lo más importante es que su Disposición Final 19ª.2 estableció que el procedimiento de restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, cuando fuera aplicable un convenio internacional y se encontrara en nuestro país, procedente de otro, se resolvería de acuerdo con los arts. 1901 a 1909 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 1901 LEC-1881).

Las características principales de este procedimiento, que sigue vigente todavía en la actualidad, es que tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria, su competencia se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia o, en su caso, de Familia del lugar en el que se encuentre el menor reclamado y la legitimación es muy amplia, ya que incluye a la persona, institución u organismo titular de la guarda, así como a la Autoridad central o persona en quien delegue. Se prevé la intervención del MF, se puede ir asistido por abogado y el procedimiento tiene carácter preferente, debiéndose concluir en el plazo de seis semanas desde la solicitud al juez. Rige básicamente la oralidad, desarrollándose por medio de diferentes comparecencias, en las que cabe practicar prueba y resolviéndose finalmente por auto, el cual es recurrible en un solo efecto en apelación, el cual deberá decidirlo la Audiencia Provincial en un plazo improrrogable de veinte días. Por último, en el caso de que hubiera oposición, el

19 El Defensor del Pueblo, partiendo de las actuaciones en las que ha intervenido, ya puso de manifiesto en su Memoria de 2006 (<http://www.defensordelpueblo.es/>, pág. 219) que “en los casos en los que hay indicios razonables de que se produzca la sustracción de un menor, es preciso que se adopten judicialmente las medidas preventivas previstas legalmente y se asegure su efectividad, pues independientemente del continente en el que se encuentre el país destinatario de los menores sustraídos, se ha demostrado que, por mucho interés y dedicación que pongan las autoridades y administraciones, las actuaciones posteriores no logran resultados positivos”.

Por su parte, el Informe de la ONG *Save the children* antes citado, recoge las sugerencias realizadas por la antes denominada Asociación para la Recuperación de Niños Sacados de su País, hoy Fundación *Child Care*:

1. Creación del Centro Nacional de Desaparecidos que coordine los departamentos competentes y elabore estadísticas fiables.
2. Ayudas a los padres para que puedan recuperar a sus hijos en el extranjero constituyendo un Fondo de coste o gastos para ellos.
3. Controlar la expedición de pasaportes de niños, de forma que en caso de traslado de un menor al extranjero quede constancia expresa de que ambos progenitores tienen conocimiento del hecho.
4. Firmar convenios en el marco de la Unión Europea y bilaterales de colaboración sobre esta materia.
5. Mayor coordinación entre los ministerios implicados, Justicia y Asuntos Exteriores.
6. Extremar las medidas preventivas para evitar los secuestros de niños.
7. Entender el secuestro parental como violencia de género”.

expediente de jurisdicción voluntaria se convertiría en contencioso, tramitándose por el procedimiento del juicio verbal (art. 1907 LEC-1881)²⁰.

En segundo lugar, la siguiente norma a destacar en la evolución legislativa interna de la sustracción interparental es la 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. Una reforma que, como su título indica, acometió esta cuestión desde dos frentes. Por un lado, el penal, con la inclusión del delito de sustracción de menores en el art. 225 bis del Código Penal (en adelante, CP), un nuevo párrafo en el art. 224 CP, relativo a cuando sea uno de los progenitores el inductor a que abandone el domicilio habitual el menor y el art. 622 del mismo texto legal, por el que se establece una falta para castigar a los padres que vulneren el régimen de custodia, cuando los hechos no sean constitutivos de los delitos contra las relaciones familiares o de desobediencia. Y por otro, el civil, en el que la Ley 9/2002 introdujo en especial tres medidas evitadoras de la sustracción para cuando surja el riesgo de la misma, tanto en el art. 103 CC, relativo a las medidas provisionales que cabe adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio, como en el art. 158 CC, relativo a las relaciones paterno-filiales: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada, en su caso; y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor²¹.

20 Actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de ley de la jurisdicción voluntaria que modificaría, en caso de aprobación, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LEC) en este punto, introduciendo un nuevo procedimiento de restitución de menores en los casos de sustracción internacional (Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 5 de septiembre de 2014, núm. 112-1).

21 La justificación de tales medidas, según la Exposición de Motivos de la Ley, era la de "prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores". Una justificación que, como en el caso de las medidas penales adoptadas, es muy escueta y, además, incorrecta técnicamente, porque su naturaleza jurídica no es en todo caso cautelar. Pero, lo que es más importante, era innecesaria, porque el art. 158 CC contenía desde 1981 una norma que permitía al juez adoptar de oficio o a instancia del hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal (en adelante MF), las medidas que considerase oportunas, "a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios", lo que permitía la aprobación de cualquier medida cautelar o preventiva —entre las que se podían incluir las arriba mencionadas, sin lugar a dudas—, si surgía el riesgo de una sustracción interparental. Sorprendentemente y por razones que se nos escapan, esta posibilidad no ha sido prácticamente utilizada. Aún más, la Ley Orgánica de 1996 reformó el art. 158 CC, modificación que suele pasar desapercibida, y que consistió en añadirle un último párrafo en el que se establecía que las medidas contenidas en ese precepto podían adoptarse "dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria" (Disposición Final 4ª y Disposición Adicional 1ª), lo que despejaba cualquier duda sobre su aplicación.

No es exacto, por lo tanto, como se ha afirmado [ALONSO CARVAJAL, A.: "Sustracción interparental de menores", *Cuadernos de Derecho Judicial* (2005), núm. XXIV, p. 374] que legalmente no existieran medidas cautelares o preventivas aplicables a los casos de sustracción de menores antes de 2002. Teníamos, como se ha dicho, el art. 158 CC, pero también las medidas cautelares *stricto sensu* de la LEC. Primero, las indeterminadas del art. 1428 de la LEC-1881 y, después, las que se puedan adoptar con base en el art. 727.11ª LEC. Otra cosa es la aplicación que de esas normas hicieran —y hacen— los tribunales, que en términos generales suelen ser restrictivos en su adopción.

2. El sistema de protección interno contra las sustracciones interparentales.

Como se acaba de ver, la evitación y, en su caso, solución de los secuestros de menores interparentales admiten en nuestro país dos vías de actuación: la civil y la penal. En cuanto a la civil, lo que existe es la posibilidad de acordar, entre otras, las medidas arriba citadas cuando surja el riesgo de una sustracción -ya sea nacional o internacional-, las cuales podrán adoptarse en el curso de un proceso civil -por ejemplo, uno matrimonial, sobre filiación o capacidad de las personas-, uno penal -por ejemplo, por violencia doméstica o por una falta del art. 622 CP-, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 103 y 158 CC).

Sobre la penal, sin embargo, siempre han habido reticencias, al cuestionar si es la vía más apropiada para obtener la finalidad perseguida, que es en definitiva el retorno del menor con el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, así como la normalización del régimen de visitas. De hecho, los convenios internacionales se circunscriben al ámbito civil exclusivamente, aunque no excluyen, desde luego, el que los Estados parte de los mismos prevean en sus ordenamientos soluciones de esta naturaleza²².

La objeción más importante que se le puede hacer a la solución penal se encuentra en los principios de subsidiariedad y de intervención mínima, que se derivan del mismo Derecho Penal, entendido como *ultima ratio*²³. Utilizar esta parcela del Derecho para resolver problemas familiares, no parece lo más apropiado; aún menos en aquellos supuestos en los que ni siquiera ha habido una resolución judicial de naturaleza civil y, por lo tanto, no se ha tratado en esta sede el conflicto que separa a las partes. No obstante, si bien la Comisión Especial de seguimiento del Convenio de La Haya en 1993 y 1997 ha considerado poco beneficiosa la criminalización de la sustracción, por considerarla contraproducente para la restitución del menor; entre sus ventajas ha apuntado el carácter disuasorio que va a desplegar frente a los posibles sustractores o que en algunos países sólo la existencia de un proceso penal permite la adopción de determinadas medidas cautelares y diligencias policiales²⁴.

Cabría, además de las anteriores, otra vía, discutible ciertamente por lo que ahora diré, pero que puede ser muy útil en algunos casos; me estoy refiriendo a la mediación familiar. Con todo, los problemas para su aplicación son principalmente legales, por cuanto la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y

22 Además de España, han tipificado penalmente estas conductas EE.UU., Gran Bretaña, Australia, Canadá, Suecia, Noruega o Israel.

23 Entre otros, TORRES FERNÁNDEZ, M.: "Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos «menores» al incumplimiento del régimen de custodia", *La Ley* (2003), núm. 5857, epígrafe VIII, consultada versión electrónica en B.D. *La Ley*; LLORIA GARCÍA, P.: "La sustracción de menores por sus propios padres. (Comentario a la LO 9/2002, de 10 de diciembre)", *RGDP* (2005), núm. 3, p. 25, consultada versión electrónica en B.D. *Iustel*.

24 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, cit., pp. 117-118.

mercantiles, establece en su art. 2.1 la imposibilidad de su utilización para los casos en que se vean afectados “derechos y obligaciones que no estén a disposición de la partes en virtud de la legislación aplicable”, por lo que la tipificación penal constituye un claro límite a la posibilidad de su utilización. Con todo y sin perjuicio de que el tema exigiría un desarrollo específico, sí que quiero señalar que esta solución ha empezado a abrirse camino en Europa. Así, el Parlamento Europeo ha designado a una mediadora para los casos de sustracciones interparentales internacionales, apoyándose para ello en diversos instrumentos jurídicos²⁵.

No obstante los obstáculos, quiero manifestar mi posición favorable de entrada y matizada, en función de las circunstancias del caso, a la posibilidad de mediar en estos supuestos. El fundamento de dicha posición parte del valor social de la familia y de la necesidad de su respeto y desarrollo, así como de que todo lo relativo a ella debería resolverse, en principio, en el seno de la misma. Los padres serían, de esta forma, los primeros responsables con el derecho y el deber de decidir lo que a ellos y a sus hijos atañe, sin que el Estado pueda inmiscuirse (vid. arts. 14, 16, 17, 18, 19, 27, 33, 38, 39, 41 y 43 CE). En este sentido, lo que los postulados constitucionales establecen (art. 39 CE), instando a los poderes públicos a que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia, es la materialización de una política sostenida de promoción de la misma desde los diversos frentes y por todas las administraciones, lo que no excluye, sino al contrario, la atención concreta a las situaciones problemáticas que puedan surgir; en particular, cuando se trata de los hijos menores o incapaces, que se encuentren en una situación de riesgo o desamparo a la que no quiera o no pueda hacer frente su familia. La intervención, por lo tanto, debería ser en todo caso subsidiaria, puntual y como *ultima ratio*, sólo justificada en la protección de bienes e intereses superiores. Consistente, inicialmente, en la ayuda y el apoyo directo a la familia, en especial a los padres, para que fueran éstos quienes resolvieran por sí mismos sus problemas y los de sus hijos.

A) Las medidas específicas previstas en el art. 103 CC para los procesos de nulidad, separación y divorcio.

Dentro del Título IV del Libro I –“de las personas”- dedicado al matrimonio del Código civil español y más en concreto en relación con los procesos de nulidad, separación y divorcio, la mencionada Ley 9/2002, de 10 de diciembre, introdujo en el art. 103 CC un nuevo párrafo, que establecía contra la sustracción interparental, además de “las medidas necesarias”, concretamente las de prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del

25 Puede verse al respecto, la web <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/000c205a13/Mediador-para-la-sustracci%C3%B3n-de-menores.html> (consultada el 22 de enero de 2015), destacando entre la información allí contenida, por su interés, el *Handbook* del mediador europeo. Para más sobre esta posibilidad, vid. CASO SEÑAL, M.: “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación* (2011), año 4, núm. 8, 2º semestre.

pasaporte al menor o la retirada, en su caso; y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor:

Estas medidas se han incardinado en las llamadas por el Código Civil “medidas provisionales” de los arts. 102 a 106, y cuya naturaleza jurídica, es la de medidas cautelares²⁶, atendido su carácter instrumental, garantizador y/o anticipatorio, no tanto del pronunciamiento sobre la relación matrimonial, sino de las consecuencias que se deriven del mismo, y pueden adoptarse en los procesos matrimoniales apuntados, así como en los de modificación de las medidas definitivas, según el art. 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, actualmente vigente (en adelante, LEC). Como su nombre indica, las medidas provisionales no tienen vocación permanente y son sustituidas por las que determine la sentencia estimatoria que se dicte (arts. 106 CC y 773.5, 774.4 LEC), las cuales pueden o no coincidir con las establecidas por los cónyuges provisionalmente, en la medida que el juez no está vinculado (arts. 773.1, 774.3 y 4 LEC).

En cuanto a qué medidas se pueden adoptar, aparte de las citadas expresamente, como hemos señalado, el art. 103 CC habla en primer lugar de que “podrán adoptarse las medidas necesarias”, por lo que, partiendo de la naturaleza cautelar apuntada, pensamos que cabría cualquiera de las cautelares previstas en el art. 727 LEC, si bien como la mayoría de éstas tienen contenido patrimonial y no son las idóneas, deberíamos ir al número 11 de este artículo, que se refiere a cualquiera que se estime necesaria “para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria” y decidir entonces qué medida podría ser la más adecuada.

Respecto a la legitimación para solicitarlas, si bien no hay duda de que se pueden adoptar a instancia de los cónyuges –lógicamente, del que tenga el temor de que se produzca la sustracción y que puede ser tanto el que tiene la titularidad de la guarda como el que disfruta del derecho de visitas-, dado el tenor literal del precepto –“podrán adoptarse”- y los bienes en juego, cabe preguntarse si es posible hacerlo también de oficio. La respuesta no es sencilla²⁷, al no existir una norma que lo determine y la casuística existente, que varía tanto por el momento como por los procedimientos de adopción de las medidas provisionales. Así, si se trata de las previas a la demanda –arts. 104 CC y 771.1 LEC-, sólo cabe la solicitud a instancia de parte, pero en las coetáneas, el tenor del art. 773.3 LEC, cuando dice que el tribunal “acordará lo que proceda”, deja abierta la adopción de oficio. A lo que habría que añadir el hecho de que el art. 721.2 LEC, referido a la solicitud de las medidas

26 Por lo tanto, cabría la aplicación supletoria de los arts. 721 y siguientes de la LEC.

27 Seguimos aquí a CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*. Valencia (2002): pp. 124-128.

cautelares en general, afirma que en ningún caso podrán ser acordadas de oficio por el tribunal “sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales”.

Partiendo de este marco legal, la jurisprudencia se ha inclinado por reconocerlo, si bien sólo en los casos en los que se trate de medidas relativas a los hijos menores o incapacitados, pudiéndose concluir, por lo tanto, que se adoptarán de oficio, cuando se trate de medidas coetáneas a la demanda, que afecten directamente a los menores o incapacitados o estén relacionadas con ellos –caso de la adjudicación de la vivienda familiar-. Ahora bien, tratándose de las medidas específicas contra la sustracción interparental, es difícil –por no decir imposible-, que el órgano jurisdiccional pueda hacerlo de oficio, si no se le pone en su conocimiento los hechos que puedan justificar cualquiera de las medidas. A partir de ahí, el juez, si lo cree oportuno, convocará a las partes –incluyendo al Ministerio Fiscal (en adelante, MF) y a los hijos menores e incapaces- a la comparecencia del art. 773 LEC, la cual se desarrolla de acuerdo con lo previsto en el art. 771 LEC, donde oír a las partes y, en su caso, se practicará prueba sobre los hechos que justificarían la aprobación de la medida provisional, incluso de oficio. Al final, el juez decidirá la medida –o medidas- a imponer más oportuna.

Siguiendo con la legitimación, cabe preguntarse ahora si el MF o, en su caso, la administración pertinente encargada de la protección de menores e incapaces, podrán solicitar cualesquiera de esas medidas. En cuanto al primero, en el caso de las medidas específicas sobre sustracción interparental, en virtud del art. 749.2 LEC, su intervención es preceptiva²⁸. Respecto a la administración, es posible que si hay malos tratos de por medio o situaciones de riesgo para los menores, los servicios sociales correspondientes puedan estar interviniendo, pero sin asumir responsabilidad tutelar alguna. No obstante, valorándose la conveniencia de su inclusión, la Ley no la prevé, por lo que no es posible concluir afirmativamente. Pero la administración tampoco podría, aunque fuera la titular de la guarda o custodia, puesto que el art. 103 CC se circunscribe a los procesos matrimoniales y en éstos no son parte otros sujetos que los ya señalados. Con todo, si se diera una situación de riesgo en su opinión, podrían informar de la misma al MF o al propio juez, para que éstos actuasen en consecuencia, si así lo estimaran.

La siguiente consideración, aunque general sobre las medidas provisionales, adquiere una especial trascendencia en relación con las medidas específicas para el secuestro interparental del art. 103 CC y se refiere a la audiencia de los cónyuges que, como regla general, es imprescindible para su adopción. Excepcionalmente, sin embargo, el art. 733.2 LEC permite que el juez apruebe una medida cautelar y, por lo tanto, también una medida provisional, sin esa audiencia, por razones de urgencia

28 Además, el art. 773.3 LEC habla de que, a la comparecencia para la adopción de las medidas, se convocará al MF, en su caso, con lo que queda claro que se parte de su posible legitimación en estos procesos.

o por que se podría ver comprometido el buen fin de la medida a adoptar. Ahora bien, en esos casos habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 739 y siguientes LEC, que desarrollan la oposición a las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte*²⁹.

Por último, cabe preguntarse por las consecuencias del incumplimiento de las medidas evitadoras de la sustracción adoptadas³⁰. A falta de disposición expresa al respecto, el art. 776 LEC regula la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre las medidas sin distinguir, por lo que habrá que entender aplicable tanto a las provisionales como a las definitivas. En primer lugar, hace una remisión al Libro III de la LEC (arts. 517 y ss.), que se refiere a la ejecución forzosa definitiva y provisional, así como a las medidas cautelares, por lo que con carácter general sería aplicable cualquier mecanismo de los allí previstos, pero teniendo en cuenta que los intereses en juego nos llevan a la necesidad de que la ejecución ha de ser en sus propios términos. En segundo lugar, además, el art. 776 establece tres especialidades para los casos en que uno de los cónyuges no cumpliera con el pago de las obligaciones pecuniarias que le correspondan, con las obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo o, finalmente, incumpliera de forma reiterada el régimen de visitas. Aplicadas estas disposiciones a las tres medidas específicas contra la sustracción interparental, habrá que distinguir, según se tratara de una u otra.

En cuanto a la prohibición de salida del territorio nacional, al igual que la de la prohibición de expedición del pasaporte³¹, se trata de obligaciones personalísimas de no hacer, por lo que, en aplicación del art. 710 LEC, la ejecución forzosa consistiría en requerir al obligado a que cumpliera lo ordenado, apercibiéndole de desobediencia e imposición de multas coercitivas, en caso contrario. Si, a pesar de ello, hiciera caso omiso, de acuerdo con los arts. 710 y 776.2ª LEC, la ejecución consistiría en instarle a que deshiciera lo mal hecho, que en estos casos pasaría por devolver al menor al titular de la guarda y custodia u, obtenido el pasaporte, lo pusiera a disposición judicial, así como que pagara la indemnización por los daños y perjuicios causados que correspondiera. Además, en aplicación de la medida 3ª del art. 776 LEC, dada la gravedad de los hechos, en particular si se ha producido el secuestro del menor,

29 MONTÓN REDONDO, M.: *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia (2003): p. 2, consultada versión electrónica en B.D. Tirant on line, ref.TOL317.101.

30 Sobre la eficacia práctica de las medidas descritas, la experiencia arroja un resultado dispar que, en el caso de las sustracciones interparentales internacionales, es claramente negativo. En particular, la prohibición de salida del territorio nacional y la expedición del pasaporte son muchas veces incumplidas. Por un lado, los problemas de coordinación entre administraciones y, por otro, la dificultad del control de las fronteras en el actual sistema Schengen, lo facilitan. De hecho, como ya se señaló, el Estado español ha sido condenado varias veces por responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2 CE).

31 Dado que quien expide el pasaporte es el Estado, es claro que la prohibición se ha de referir a la prohibición del progenitor de dirigirse a los órganos del Estado solicitando el pasaporte del menor. Será el órgano jurisdiccional, por su parte, el que emitirá los correspondientes mandamientos a la Policía Nacional y Guardia Civil para que no lo expidan y, en su caso, impidan su salida del territorio nacional. Recientemente y en aras de la evitación de sustracciones interparentales, se ha reformado el procedimiento de expedición del pasaporte, en virtud del Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, el cual exige la comparecencia de ambos progenitores ante el funcionario competente para la expedición (art. 4.2).

podría producirse un cambio del régimen de visitas³². En su caso, penalmente cabría plantearse la posibilidad de abrir diligencias por los delitos de desobediencia (art. 556 CP) y quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP), respetando siempre el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, y, por lo tanto, para aquellos supuestos en que las circunstancias lo requirieran – piénsese, por ejemplo, cuando la vulneración de esas obligaciones sea reiterada-

Para los casos de retirada del pasaporte, por tenerlo ya expedido, estaríamos ante una obligación de dar que se resolvería aplicando el art. 701 LEC, lo que se concretaría en que el órgano jurisdiccional le dará un plazo para dicha entrega que, de no cumplirlo, le facultará para ordenar la entrada en los lugares cerrados que corresponda, auxiliándose de la fuerza pública, si fuera necesario. Si se desconoce dónde puede estar, el tribunal puede interrogar al ejecutado o a terceros, apercibiéndoles de desobediencia. Y si, a pesar de todo, no aparece, entendemos que por analogía podríamos aplicar las multas coercitivas del art. 776.2^a, puesto que no tendría sentido la transformación en la indemnización prevista en el art. 701.3 LEC.

Finalmente, cuando el órgano jurisdiccional haya impuesto la obligación de que se le pida autorización con carácter previo a un cambio de domicilio, nos encontraríamos ante una obligación de hacer personalísima. Hay que tener en cuenta que, a lo que aquí se obliga, es a pedir la autorización judicial, la cual puede ser positiva o negativa, pero no se prohíbe el cambio de domicilio en sí. En cuanto al incumplimiento de esa obligación, si se produce antes del cambio efectivo de domicilio, la ejecución forzosa consistirá en instarle a que se dirija al órgano jurisdiccional solicitando la autorización correspondiente, apercibiéndole, en caso contrario, de desobediencia, además de imponerle multas coercitivas durante el tiempo que tarde en hacerlo (art. 776.2^a LEC)³³. Si el cambio de domicilio se ha producido efectivamente y el órgano jurisdiccional no ha tenido la posibilidad de autorizarlo, lo lógico es que se inste al progenitor en los mismos términos que antes a pedir la autorización judicial. Si el juez se pronuncia positivamente sobre el cambio de domicilio, cabría imponerle una indemnización por los daños y perjuicios causados, pero cabría plantearse la posibilidad de abrir diligencias por los delitos de desobediencia y/o quebrantamiento de condena. Por el contrario, si el juez se pronunciara negativamente, el progenitor debería deshacer lo mal hecho, lo que supondría volver al domicilio anterior –si es posible, y si no lo es, a uno en las mismas condiciones³⁴–, indemnizar por los daños

32 El precepto se refiere a los casos de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, pero nos parece que la sustracción constituye *per se* una alteración lo suficientemente grave, que debería llevar a un replanteamiento. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad, siempre abierta, de acudir al art. 775 LEC.

33 También en estos casos y con los límites que venimos repitiendo al respecto, cabría plantearse la oportunidad de abrir diligencias por desobediencia (art. 556 CP) y/o quebrantamiento de condena (art. 468 CP).

34 No cabe duda de que esta consecuencia plantea muchos problemas prácticos, si no se pudiera retornar al domicilio anterior, pero lo que no es admisible es que no tenga ninguna trascendencia la vulneración de esa obligación y, mucho menos, suponga un beneficio patrimonial para el cónyuge infractor.

y perjuicios al otro cónyuge y, de igual modo, valorar la posibilidad de iniciar un proceso penal por los delitos apuntados, si se dieran las condiciones a que antes hacíamos referencia.

B) Las medidas específicas del art. 158 CC.

Por su parte, dentro del Título VII del Libro I del Código Civil, que versa sobre las relaciones paterno-filiales, se han previsto en el art. 158 diversas medidas para salvaguardar los derechos personales y patrimoniales del menor³⁵. Específicamente, referido a la sustracción de menores, la Ley 9/2002, de 10 de diciembre, introdujo en ese artículo un párrafo con las mismas medidas que las del art. 103 arriba comentado³⁶, pero existen importantes diferencias entre estos preceptos. Al respecto, su ubicación sistemática determina que las del art. 103 CC sólo se puedan adoptar en el marco de un proceso matrimonial y las del art. 158 CC en cualquier momento durante el transcurso de las relaciones entre los padres y los hijos menores o incapaces, siempre que se cumpla el presupuesto del riesgo de sustracción por alguno de los progenitores o de terceras personas. En cuanto al procedimiento, mientras que aquéllas se adoptaban, previa o coetáneamente a la presentación de una demanda de separación o divorcio, por los procedimientos previstos en los arts. 771, 772 y 773 LEC, las del art. 158 CC pueden solicitarse durante la vigencia de un proceso civil –por ejemplo, en uno sobre filiación o en el que exclusivamente se reclame la guarda y custodia de un menor³⁷, de uno penal –por ejemplo, en uno por malos tratos- o de un expediente de jurisdicción voluntaria –por ejemplo, una adopción-. Pero, además, si no hubiera procedimiento alguno pendiente, podrían solicitarse y acordarse de forma autónoma, a través de uno *ad hoc* de jurisdicción voluntaria, tal como prevé el Código Civil³⁸.

35 En el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, de 28 de abril de 2014, se prevé la reforma del artículo 158 CC e incluir otras medidas complementarias. Concretamente:

“4) La medida de prohibición a los padres, tutores, a otros parientes o terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5) La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los padres, tutores, a otros parientes o terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad”.

36 En el derecho comparado también se han adoptado medidas evitadoras de la sustracción interparental. Concretamente, en el *Common Law* se han desarrollado varios instrumentos: la fianza, un acuerdo notarial, el juramento religioso o la llamada “orden espejo”, por la que el país de destino asume la resolución del del origen de devolver al menor, acabado el período por la que se otorgó [BEEVERS, K.; PÉREZ MILLA, J. J.: “Comentario de jurisprudencia española sobre ejercicio transfronterizo de derechos de visitas y estancias de menores”, *Aranzadi Civil* (2005), núm. 13, epígrafe 2 c, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*].

37 Cabe preguntarse, si en uno matrimonial también podrían adoptarse, dado que el art. 158 CC no lo excluye y habla de procedimiento civil, en general. Ahora bien, entendemos que no sería posible, al existir una norma especial para esta clase de procesos y que primaría sobre aquélla, que es precisamente la del art. 103 CC.

38 A primera vista, la lectura del artículo 158 *in fine* podría inducir a pensar que la interpretación correcta es que las medidas pueden pedirse en procesos civiles o penales vigentes, o bien hay que iniciar uno de jurisdicción voluntaria para conseguirlo. Sin embargo, pensamos que podría entenderse más ampliamente, como hacemos en el texto. Es decir, que se solicitase y adoptase, en su caso, en el contexto de un procedimiento civil o penal en marcha, pero también en uno de jurisdicción voluntaria o que, ante la inexistencia de procedimiento alguno, se solicitara la medida a través de uno de jurisdicción voluntaria *ad hoc*.

Sobre la naturaleza jurídica de las medidas, a diferencia de las del art. 103 CC, no se puede afirmar que las del art. 158 sean cautelares. Si atendemos a los diferentes supuestos, podría pensarse en atribuirles dicha naturaleza en los casos en los que se solicitaran pendiente un proceso civil o penal, sin embargo, el hecho de que se puedan acordar de oficio, en principio, debe hacernos dudar³⁹. Por su parte, si se adoptaran durante la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria, no cabría atribuírsela tampoco, porque no se trata de un proceso y lo mismo podría decirse para los casos en los que se solicitaran en un procedimiento de jurisdicción voluntaria *ad hoc*. Pero la razón fundamental para descartar dicha naturaleza se encuentra en la configuración del propio art. 158 CC, que establece unas medidas en sí mismas, desprovistas de algunas características fundamentales de las medidas cautelares, como son la instrumentalidad y la provisionalidad, así como que, entre sus fines, no se encuentren asegurar la ejecución, anticipar el resultado del proceso o la efectividad del mismo⁴⁰.

Se trata, en definitiva, de medidas que, aunque iguales materialmente, son diferentes por su finalidad. Las del art. 103 CC están en función de un proceso matrimonial y tratan de evitar, además, los perjuicios que la ruptura del vínculo conyugal conlleva para los hijos menores, mientras que las del art. 158 CC, tienen como único fin el interés superior del menor y no están ligadas a ninguna clase de proceso –o procedimiento– en concreto, que sólo los utilizan –ya sea civil, penal o de jurisdicción voluntaria–, en su caso, por economía procesal.

Nos encontramos, de este modo, ante unas medidas, que no son cautelares, pero que tienen difícil encuadre. Así las cosas, elevando la vista se comprueba que el legislador ha emprendido una senda de futuro incierto, jurídicamente hablando, cuando se trata de cuestiones socialmente muy sensibles; por ejemplo, en violencia sobre la mujer o delincuencia juvenil. En estos supuestos, estamos asistiendo a la proliferación de medidas jurídicas muy variadas, cuya sistematización ha de partir de una configuración genérica⁴¹, que podría ser la de “medidas coercitivas” y que a su vez pueden ser precautelares –la detención policial–, cautelares, preventivas –la orden de alejamiento, la privación del carnet de conducir o del permiso de armas– e interdictivas –la retirada de la patria potestad, la suspensión provisional de ejercicio profesional, el deber de realizar una actividad social–. Pues bien, entendemos, que las medidas que estamos comentando entrarían en la categoría de las preventivas e interdictivas, pero en definitiva en la de medidas restrictivas de derechos, cuya

39 De acuerdo con el art. 721.2 LEC, las medidas cautelares no se pueden adoptar de oficio, “sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales”.

40 Sobre la distinta naturaleza jurídica de unas y otras medidas, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 18 de abril de 2005 (B.D. Aranzadi-Westlaw JUR 2005/138201), aunque algunos de los argumentos utilizados puedan ser discutibles.

41 Seguimos aquí a BARONA VILAR, S.: “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?”, *Poder Judicial* (2006), número especial XIX, pp. 255 y ss.

adopción por lo tanto exigiría un proceso, dadas las garantías que ofrece el mismo. Sin embargo, no es ésta la solución a la que ha llegado nuestro legislador; derivando en algunos casos la adopción de estas medidas a un procedimiento como el de la jurisdicción voluntaria.

Respecto a la legitimación, el art. 158 CC la configura de manera más amplia que el art. 103, al hacer referencia de forma expresa al juez de oficio, a “cualquier pariente”⁴², sin concretar grado de consanguinidad o afinidad, al propio menor y al MF, lo que posibilita que cualquiera se dirija a éste –o al juez- denunciando la situación, como por ejemplo la administración de servicios sociales, que tenga conocimiento del asunto. Sobre la postulación procesal, de acuerdo con el art. 4, I, 5º LEC-1881, no será necesario acudir representado por procurador; pero sí defendido por abogado, excepto cuando la medida se pida con carácter urgente (art. 10, II, 3º LEC-1881).

Finalmente, en relación a las consecuencias de su incumplimiento, se podrían abrir diligencias por los delitos de desobediencia (art. 556 CP) y quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP), aunque respetando siempre el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* y subsidiariedad del Derecho Penal, y, por lo tanto, únicamente cuando las circunstancias obligaran a ello -por ejemplo por la reiteración en la conducta-. Diferenciando los supuestos en los que se pueden adoptar las medidas del art. 158 CC, cuando sea en el seno de un proceso civil, habrá que acudir a las normas sobre ejecución de sentencias (Libro III LEC), distinguiendo a su vez, tal como hemos hecho para las del art. 103 CC, según se trataba de una medida u otra, por lo que al desarrollo que hemos hecho de las mismas, nos remitimos. No obstante, dado que se trata de procesos civiles en general, cuando no fueran matrimoniales, no se podrían aplicar las previsiones del art. 776 LEC, dada su especialidad, salvo que fuera uno en el que se ejercitara exclusivamente la pretensión de guarda y custodia o alimentos de menores (art. 770.6ª LEC). Con todo, tanto en las condenas de hacer personalísimo como en las de no hacer, se podrían imponer multas coercitivas (arts. 709.I y 710.I, II LEC)

Si se tratara de medidas evitadoras de una sustracción interparental aprobadas en un proceso penal, igualmente tendríamos que acudir a la LEC, puesto que las medidas de naturaleza civil se aplican según esta norma⁴³, aparte de la supletoriedad general de la LEC en todo tipo de procesos (art. 4 LEC), por lo que asimismo nos

42 El art. 225 bis CP se refiere a los parientes hasta el segundo grado consanguinidad o afinidad, pero entendemos que, en este caso, tal limitación no cabe, por cuanto el CP no nos puede servir como criterio interpretativo y porque la finalidad buscada en el CC es darle la mayor amplitud posible, en aras a defender convenientemente los intereses del menor, que son los que han de primar, por encima de todo.

43 La Ley 1/2004 introdujo el art. 49 bis en la LEC para delimitar las competencias entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los de Primera Instancia o Familia, a favor de los primeros, cuando se dé un supuesto de violencia de género. Pues bien, en su apartado 5 establece que ejercerán la competencia en materia civil “en todo caso, de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

remitimos a lo que desarrollamos en relación con el art. 103 CC, con los matices arriba apuntados.

Para acabar, cuando el incumplimiento se produzca respecto a medidas del art. 158 CC adoptadas en un expediente de jurisdicción voluntaria, las normas vigentes de la LEC de 1881 no prevén nada al respecto, lo cual es consecuente con la concepción original de la jurisdicción voluntaria y el que sus resoluciones tengan –mayoritariamente- naturaleza mero declarativa o constitutiva, por lo tanto, no necesitadas de ejecución propiamente. El problema es que el legislador ha optado por utilizar la jurisdicción voluntaria para las cuestiones más diversas y cada vez, con mayor profusión, en asuntos contenciosos, cuyas resoluciones son de condena y, por consiguiente, necesitadas de ejecución.

Nos encontramos de *lege data*, por lo tanto, ante un vacío que debemos colmar y, en este sentido, partiendo de que la competencia de estos expedientes corresponde a un órgano jurisdiccional, en concreto a los Juzgados de Primera Instancia, que tradicionalmente la jurisdicción voluntaria ha estado regulada en la LEC y que el art. 517.2.9° LEC admite como títulos ejecutivos “las demás resoluciones y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”, podríamos concluir la aplicación de la normas sobre ejecución de la LEC a estos casos, remitiéndonos en consecuencia a lo ya expuesto.

BIBLIOGRAFÍA⁴⁴.

ALONSO CARVAJAL, A.: "Sustracción interparental de menores", *Cuadernos de Derecho Judicial* (2005), núm. XXIV, pp. 365-393.

ALONSO CARVAJAL, A.: "Los aspectos penales", en AA.VV.: *La sustracción interparental de menores*. Madrid (2005): pp. 105-136.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA Y LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: *La Sustracción Interparental De Menores*. Madrid (2005).

AA.VV.: *Secuestro de menores en el ámbito familiar: Un estudio interdisciplinar* (dir. LLORIA GARCÍA, P.), Madrid (2008).

BEEVERS, K.; PÉREZ MILLA, J. J.: "Comentario de jurisprudencia española sobre ejercicio transfronterizo de derechos de visitas y estancias de menores", *Aranzadi Civil* (2005), núm. 13, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del Menor", en AA.VV.: *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los jueces*. Madrid (1997): Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, pp. 159-198, consultada versión electrónica en B.D. *Cuadernos y Estudios del CGPJ*: 2006.

CASO SEÑAL, M., "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación* (2011), año 4, núm. 8, 2º semestre.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: "El nuevo delito de sustracción parental de menores", en AA.VV.: *Estudios en homenaje al Profesor Ruiz Antón*. (2004), consultada versión electrónica en B.D. *Tirant on line*, ref.TOL 464501.

ESPINAR VICENTE, J. M.: "Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de la Ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de la Haya de 1980", *Actualidad Civil* (1999), núm. 2, pp. 31-47.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Resoluciones contradictorias sobre la guarda de los hijos. Fraude de Ley: Derecho a la tutela judicial efectiva", *Tribunales de Justicia* (1999), núm. 3, pp. 268-272.

⁴⁴ En esta nota sólo se recoge una selección de la bibliografía en español sobre la sustracción de menores interparental, habiéndose excluido las obras de Derecho civil, internacional o procesal de carácter general consultadas e incluso las citadas en el texto del trabajo que no tratan específicamente esta clase de sustracciones.

GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid (2002).

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Regulación comunitaria de la sustracción interparental de menores", en AA.VV.: *La sustracción interparental de menores*. Madrid (2005): pp. 77-103.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: "La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 de mayo de 2002", *Revista de Derecho Privado* (2002), núm. 86, pp. 754-770.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: "Los desplazamientos ilícitos internacionales de *menores*. El caso Walid Ch.: el recurso excepcional a los aspectos penales", *La Ley* (2000), núm. 4965, consultada versión electrónica en B.D. *La Ley*.

JIMÉNEZ BLANCO, P., "Medidas cautelares y sustracción de menores", *La Ley* (2011), núm. 7601.

LLORIA GARCÍA, P.: "La sustracción de menores por sus propios padres. (Comentario a la LO 9/2002, de 10 de diciembre)", *RGDP* (2005), núm. 3, pp. 1-25, consultada versión electrónica en B.D. *Iustel*.

MONTÓN REDONDO, M.: *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia (2003), consultada versión electrónica en B.D. *Tirant on line*, refs.TOL317.099 y ss.

MOYA ESCUDERO, M.: "El secuestro internacional de menores", en AA.VV.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Madrid (2002): Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VIII, pp. 411-460.

PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia y legislación* (2002), núm. 16, pp. 251-284.

PÉREZ VERA, E.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980", en http://www.iin.oea.org/2007/SIM/redic/Textos_claves_ponencias.htm, consultado el 20-07-2007.

PÉREZ VERA, E.: "Informe explicativo del Convenio núm. XVIII de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (2000), suplemento al núm. 1865, pp. 33-88.

PULIDO QUECEDO, M.: "Sustracción de menores y respeto efectivo a la vida familiar ante el TEDH. (Caso Iglesias Gil contra España)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2003), núm. 1, pp. 1847-1850.

PULIDO QUECEDO, M.: "TEDH y legislación sobre secuestro de menores", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2003), núm. 578, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*.

PULIDO QUECEDO, M.: "La doctrina del TS sobre las leyes de acompañamiento a la luz del principio de seguridad jurídica", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2002), núm. 21, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007).

SAVE THE CHILDREN: "Menores desaparecidos. Análisis de su situación en España", en <http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/104/informe%20menores%20desaparecidos%202003.pdf>, consultado el 22-01-2015.

SOTO RODRÍGUEZ, M.L., "El secuestro interparental", *La ley* (2014), núm. 8418.

TORRES FERNÁNDEZ, M.: "Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos **menores** al incumplimiento del régimen de custodia", *La Ley* (2003), núm. 5857.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: VÍAS DE
ACTUACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO VIGENTE

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: COURSES OF ACTION
IN THE CURRENT LEGAL FRAMEWORK

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 192-213



Carmen
AZCÁRRAGA
MONZONÍS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de abril de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 16 de abril de 2015

RESUMEN: La sustracción internacional de menores es un tema dramático desde el punto de vista social, y complejo desde el punto de vista jurídico. El presente artículo proporciona las vías de actuación reguladas en la legislación española, de fuente internacional y nacional, que son complementarias si bien persiguen objetivos diferentes (la restitución del menor; la obtención de la custodia, responsabilidad civil o penal). Alcanzar una solución satisfactoria requerirá de un asesoramiento integral que guíe al perjudicado por la vía o vías más adecuadas para resolver su caso.

PALABRAS CLAVE: Sustracción de menores, traslado ilícito, derecho de custodia, derecho de visita.

ABSTRACT: International Child Abduction is a dramatic subject from a social point of view, and complex from a legal standpoint. This article provides the courses of action regulated in Spanish law in international and national sources, which are complementary but have different objectives (the child's return, obtaining custody, civil or criminal liability). Reaching a satisfactory solution will require comprehensive advice in order to guide the parent through the most appropriate way to resolve his case.

KEY WORDS: Child abduction, legal kidnapping, right of custody, right of access.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Vías de actuación.- 1. Medidas preventivas.- 2. Medidas una vez producida la sustracción.- A) Restitución del menor.- B) Acción judicial en el Estado del traslado.- C) Responsabilidad penal y civil.- 3. La mediación en la sustracción internacional de menores.- III. Valoración final.

I. INTRODUCCIÓN.

La sustracción internacional de menores¹ es un tema dramático desde el punto de vista familiar y social, y complejo desde el punto de vista jurídico. Juega un papel importante en este contexto la carga emocional que conlleva toda situación de crisis familiar, incrementada ante la presencia de niños y niñas, y, por ende, ante la necesaria consideración del principio del interés superior del menor en la resolución de los conflictos. En todo asunto familiar existe una carga sentimental importante que no se aprecia en temas patrimoniales y que reclama del legislador y de la justicia una especial sensibilidad a la hora de resolver estos problemas.

Los medios de comunicación dan cuenta cada cierto tiempo de casos de sustracción de menores en los que se ven involucrados padres, madres y niños españoles, algunos de ellos muy mediáticos, en los que es posible apreciar la angustia que padecen las personas implicadas y las dificultades para ser resueltos. Es por ejemplo el caso de María José Carrascosa, valenciana, que se encuentra actualmente cumpliendo una condena de 14 años en Nueva Jersey (EEUU) por haber sustraído a su hija violando una sentencia estadounidense que atribuía la custodia al padre después de que una sentencia española se la atribuyera a ella². O más recientemente, también vinculado con Valencia, tuvo mucha repercusión en los medios de comunicación el caso de Isabel Monrós, que vio cómo sus hijos fueron

1 La terminología utilizada para denominar a este fenómeno es variada: secuestro interparental, traslado ilícito, retención ilegal, detención ilegal, y en terminología francesa e inglesa *enlèvement d'enfants* y *legal kidnapping* o *abduction* respectivamente.

2 Véase la noticia en (última visita el 15.1.2015): http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/12/23/actualidad/1261522809_850215.html.

• Carmen Azcárraga Monzonís

Es actualmente Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado del Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Mijá de la Muela" de la Universitat de València. Es Licenciada en Derecho en 2002 por la misma Universidad con Premio Extraordinario, cursó el Máster en Abogacía Internacional Práctica de la Universidad de Murcia en 2006 y obtuvo el Doctorado en marzo de 2007 por la Universidad de Valencia con la tesis doctoral "Sucesiones internacionales y multiculturalidad". Es autora y coautora de publicaciones sobre múltiples materias relacionadas con el Derecho internacional de familia y sucesiones, Derecho del comercio internacional y Derecho procesal internacional. Ha realizado estancias de investigación predoctorales y postdoctorales e impartido docencia, conferencias y seminarios en Universidades y otras instituciones de prestigio en Europa y Latinoamérica. Correo electrónico: carmen.azcarraga@uv.es.

devueltos junto a su padre desde Alboraya a México por haber incumplido ésta el régimen de visitas al que tenía derecho el padre³.

De igual modo merecen ser destacados los supuestos en que los niños son trasladados ilícitamente desde su país de residencia hasta otro con una cultura social y jurídica alejada de la del primero, como ocurre en las situaciones vinculadas con países de tradición occidental y de tradición islámica, en cuyo caso a los problemas propios de este tipo de situaciones se suman los relativos al choque de culturas y de valores, al reconocimiento de modelos familiares distintos, diferencias que en nada favorecen una resolución rápida y satisfactoria del problema. Ese fue precisamente el caso de Leticia Moracho, que estuvo 3 años luchando para traer a su hija de Iraq, donde había sido trasladada ilícitamente por su padre aprovechando el régimen de visitas⁴.

Mientras algunos de estos casos caen dentro del ámbito de aplicación del entramado normativo internacional existente en esta materia, otros no quedan cubiertos por tales instrumentos, lo que dificulta su resolución. El complejo sistema normativo sobre sustracción internacional de menores vigente en España⁵ es de carácter multidisciplinar, ya que regula aspectos civiles, procesales, penales e internacionales, y está formado además por normas de fuente diversa que requieren de una interpretación conjunta para su correcta aplicación. En esta materia se entrelazan normas europeas, convencionales y nacionales, lo que supone para los particulares e incluso para los operadores jurídicos todo un reto en la aplicación práctica del sistema⁶.

Nos referimos en particular desde la perspectiva española a los instrumentos siguientes: 1.- Normativa europea: Reglamento Bruselas II bis⁷ (no aplicable en Dinamarca); 2.- Normativa convencional: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989⁸, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de

3 Véase la noticia en (última visita el 15.1.2015):
http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/03/13/valencia/1363195622_699515.html

4 Véase la noticia en (última visita el 15.1.2015):
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/03/22/actualidad/1237676404_850215.html

5 Refleja la complejidad del sistema normativa en sede de protección de menores (extensible a la sustracción) GARAU SOBRINO, F: "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3 (1), pp. 282-289.

6 Por ello resultan de especial utilidad las Guías Prácticas existentes sobre la materia editadas tanto por la Unión Europea o la Conferencia de La Haya, como por expertos en esta materia, por ejemplo, la elaborada por Cristina Marín Pedreño publicada en la editorial la Ley57 (en prensa).

7 Reglamento N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000. DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

8 BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

menores⁹, Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores¹⁰, Convenio de Luxemburgo de 1980¹¹, Convenio hispano-marroquí sobre custodia y devolución de menores de 1997¹²; 3.- Normativa nacional: Código Penal¹³ (CP), Código Civil¹⁴ (CC) y Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁵ (LEC 1881).

En cada situación que se plantee será imprescindible determinar si existe algún instrumento que pueda ser aplicado y en caso de respuesta múltiple, cuál o cuáles de ellos es o son de aplicación teniendo en cuenta tres elementos: primero, las reglas de coordinación y/o prevalencia existente entre los mismos; segundo, sus respectivos ámbitos de aplicación; y, tercero, en el caso de los convenios internacionales, las eventuales reservas que los Estados contratantes hayan podido realizar. En este trabajo no se pretende realizar un análisis exhaustivo de todas estas normas, tarea de imposible cumplimiento por motivos de espacio y ya abordada por otros autores en el pasado. Se propone recopilar y explicar los rasgos generales de las diferentes vías de actuación que proporciona la legislación ante estas circunstancias, ya sea para prevenir la sustracción internacional de menores o para tratar de resolverla cuando ésta ya se ha producido.

II. VÍAS DE ACTUACIÓN.

Las vías de actuación que facilita la legislación española, de fuente interna o internacional, son de distinta naturaleza (civiles, procesales, penales, internacionales...) y abarcan tanto medidas de carácter preventivo como medidas que es posible adoptar una vez se ha producido la sustracción del menor.

I. Medidas preventivas.

El sistema proporciona la posibilidad de adoptar diversas medidas para prevenir la sustracción internacional de menores, tanto de corte judicial como extrajudicial. En este apartado nos centraremos en las medidas judiciales y remitimos en cuanto a las extrajudiciales al tercer apartado de este epígrafe dedicado a la mediación en la sustracción internacional de menores como vía de actuación extrajudicial de

9 Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

10 Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. BOE núm. 291, de 2 diciembre de 2010.

11 Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia. BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

12 Convenio bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997.

13 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

14 Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de 25 de julio de 1889.

15 Gaceta núm. 36, de 5 de febrero de 1881.

gran potencial para la resolución de esta clase de conflictos, tanto *ex ante* (como mecanismo de prevención) como *ex post* (esto es, una vez producida la retención ilícita).

En la vía judicial, la adopción de la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores¹⁶ supuso un paso importante en la lucha contra este fenómeno tanto en el orden civil como en el penal. El legislador consideró en aquel momento, y así lo plasmó la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica, que era necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

En el contexto civil de la prevención, esta reforma conllevó la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a evitar la sustracción de menores, tanto en el ámbito de las crisis matrimoniales (art. 103 CC) como en el de las relaciones paterno-filiales en general (art. 158.3 CC).

En el ámbito de las crisis matrimoniales, en primer lugar, el Código Civil español contempla un conjunto de medidas en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Comienza señalando el art. 103 CC que una vez admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, decidirá, con audiencia de éstos y en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Y añade además que cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular – luego cabrían más-, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

En segundo lugar y en la misma línea, se pronuncia el art. 158.3 CC en el marco de las relaciones paterno-filiales. El mismo dispone que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará 1. 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; 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; y 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o

16 BOE núm 296, de 11 de diciembre de 2002.

por terceras personas y, en particular –luego, nuevamente, cabrían más–, las mismas enumeradas en el art. 103 CC a las que hemos hecho referencia anteriormente.

Mientras en el primer caso las medidas pueden ser adoptadas previa o coetáneamente a la presentación de una demanda de separación o divorcio¹⁷, en el segundo, las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales pueden solicitarse durante la vigencia de distintos tipos de procesos: civil (por ejemplo, en uno sobre filiación o en el que exclusivamente se reclame la guarda y custodia de un menor), penal (por ejemplo, en uno de malos tratos) o de jurisdicción voluntaria (por ejemplo, en una adopción). Además, se ha entendido de forma amplia que si no hubiera procedimiento alguno pendiente, podrían solicitarse y acordarse de forma autónoma a través de un procedimiento *ad hoc* de jurisdicción voluntaria¹⁸.

2. Medidas una vez se ha producido la sustracción.

No es fácil ponerse en la piel de una persona que se enfrenta a una situación semejante. Pero es posible conjeturar qué clase de preguntas se hará en dichas circunstancias (tanto el progenitor o progenitora como incluso el abogado o abogada que le asista). ¿Qué opciones tengo? ¿Dónde he de acudir? ¿Qué autoridades son competentes? ¿Qué procedimientos contempla la ley para recuperar a mi hijo? Por ello es importante conocer que existen diferentes vías de actuación ante una sustracción internacional de menores, que es posible acudir a ellas de forma simultánea, pero que algunas son más recomendables que otras según el fin perseguido: A) Restitución del menor. B) Acción judicial en el Estado del traslado. C) Responsabilidad penal y civil.

A) Restitución del menor.

La medida más urgente a solicitar ante una sustracción de menores es la llamada acción de restitución inmediata del menor al país de la residencia habitual del que fue sustraído. Se trata de solicitar a las autoridades competentes que el menor sea devuelto al país de donde fue sustraído (el de su residencia habitual) sin demora, con celeridad, sin cuestionar en esta fase los derechos de custodia y visita, esto es, sin entrar en el fondo del asunto, ya que estas cuestiones deberán dilucidarse en un proceso diferente¹⁹.

17 El procedimiento para su adopción se contempla en el caso de los procesos matrimoniales en los artículos 769 a 776 LEC, así como en los arts. 748 a 755 LEC como disposiciones generales de esta clase de procesos.

18 JIMÉNEZ FORTEA, J.: "Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel, pp. 347-348.

19 Arts. 16 y 19 Convenio de La Haya sobre sustracción. La doctrina ha subrayado la importancia del tratamiento diferenciado de estas cuestiones para el funcionamiento exitoso del Convenio. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Madrid (2007): Marcial Pons, p. 267.

Se contemplan procedimientos expeditivos (seis semanas en algunas normas²⁰) porque el factor tiempo es esencial en estas situaciones. Ciertamente es que algunas causas pueden jugar en contra de estos plazos haciendo imposible su satisfacción²¹ y que además no se contemplan mecanismos de responsabilidad ante su incumplimiento, pero en cualquier caso la urgencia impuesta por la legislación persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el menor y evitar su integración en un nuevo medio, pero también impedir que el sustractor obtenga ventaja del paso del tiempo desde un punto de vista jurídico como consecuencia de lo anterior.

Varias normas de fuente diversa regulan la acción de restitución del menor al país de su residencia habitual. Nos detendremos en 1.- El Reglamento Bruselas II bis, 2.- El régimen convencional, incluyendo en particular el Convenio de La Haya sobre sustracción y el Convenio de Luxemburgo, y 3.- El régimen de origen interno de la LEC de 1881.

1.- El Reglamento Bruselas II bis regula la sustracción internacional de menores²² de un Estado miembro a otro de la Unión Europea con carácter preeminente respecto a otros instrumentos reguladores²³. Interesan en este ámbito los arts. 10 (competencia en caso de sustracción de menores) y 11 (restitución del menor). El primero otorga competencia al Estado miembro en que residía el niño antes de ser trasladado ilícitamente, lo que produce un “efecto disuasorio” para el sustractor que pueda verse tentado de plantear su caso ante un juez de otro Estado miembro con el objetivo de obtener la custodia en esa nueva jurisdicción²⁴.

Señala a continuación el art. 11.1 que las reglas que le siguen se aplicarán “cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (...) con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”.

20 Art. 11.3 Reglamento Bruselas II bis; art. 11.11 Convenio de La Haya sobre sustracción; art. 1902 LEC 1881.

21 Por ejemplo, desconocimiento por parte de los operadores jurídicos o el uso de tácticas dilatorias como la solicitud de informes sociales referidos a la situación del niño. DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia (2010): Tirant lo Blanch, p. 95.

22 El Reglamento Bruselas II bis no contiene una definición armonizada de “menor”, lo que ha dado lugar a dos interpretaciones: bien que cada Estado miembro debe aplicar su propia legislación nacional a esta cuestión, bien que se produce una remisión tácita al Convenio de La Haya sobre sustracción debiéndose respetar el límite de los 16 años. DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., pp. 196-197.

23 Véase art. 60 del Reglamento Bruselas II bis.

24 VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, Mª.M.: “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006), núm. 11, p. 12.

Siendo así, se aprecia cómo el Reglamento europeo remite al Convenio de La Haya sobre sustracción, si bien modulando al mismo tiempo su aplicación en los apartados siguientes con un conjunto de peculiaridades que consisten fundamentalmente en la incorporación de algunas garantías procedimentales que consolidan el sistema de La Haya²⁵ y que se ha considerado que “vienen a equilibrar las mayores facilidades para la sustracción que la creación de un espacio único sin fronteras interiores acarrea necesariamente”²⁶. Por ejemplo, establece en el art. 11.2 el Reglamento Bruselas II bis que se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez, o, también, señala el art. 11.4 del Reglamento que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980²⁷ si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

Finalmente, el art. 11.3 Reglamento Bruselas II bis establece que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional y, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

2.- Junto con la normativa europea, la restitución de menores en casos de sustracción se regula también en convenios internacionales. Nos centraremos en el Convenio de La Haya sobre sustracción²⁸ y el Convenio de Luxemburgo²⁹, si

25 REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Lustel, pp. 220, 228.

26 DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., p. 194.

27 Art. 13 Convenio de La Haya sobre sustracción: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

28 El art. 4 del Convenio de La Haya sobre sustracción clarifica a qué niños se aplica la norma: “El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”.

29 El art. 1.a) del Convenio de Luxemburgo contiene la definición de “menor” a los efectos de su aplicación: “Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido”.

bien en España se encuentran también vigentes el Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996 y el Convenio hispano-marroquí de 1997, aplicable a los menores de 16 años, no emancipados, que tengan la nacionalidad de uno de los dos Estados (art. 2)³⁰.

El Convenio de La Haya sobre sustracción y el Convenio de Luxemburgo presentan diversos aspectos comunes y una relevante diferencia. Comparten la protección de menores de 16 años, el establecimiento de sistemas rápidos de restitución de menores trasladados ilícitamente y la creación de un sistema de cooperación de autoridades en los países signatarios (se trata de convenios *inter partes*) encargados de gestionar ágilmente la crisis familiar. Pero al mismo tiempo la diferencia principal recae en que el Convenio de La Haya no exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia (resuelve un problema fáctico pero no garantiza la homologación en España de la resolución judicial extranjera³¹), como sí se requiere en el Convenio de Luxemburgo³². Aunque ninguno de estos convenios ha escapado a las críticas³³, el hecho de que el Convenio de La Haya no exija resolución previa para su puesta en marcha es una de las razones que explican que en la práctica se haya hecho un mayor uso de este Convenio que del de Luxemburgo, si bien es posible la aplicación simultánea de ambos porque son complementarios³⁴.

El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores ha sido uno de los textos más exitosos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en términos de ratificaciones, con 93 países contratantes en el momento de escribir estas líneas, entre los que se encuentra España³⁵. Como señalaba anteriormente, establece un sistema de cooperación de autoridades, denominadas Autoridades

-
- 30 La nacionalidad del menor deviene por tanto relevante en este instrumento, a diferencia de los anteriores. Véase sobre este convenio PÉREZ BEVÍA, J.A.: "El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores", en AA.VV. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL). Madrid (2000): Colex, pp. 139-162. Téngase en cuenta que Marruecos se adhirió al Convenio de La Haya sobre sustracción en 2010. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: "El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3(1), p. 49.
- 31 MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*. Granada (1998): Comares, p. 187.
- 32 DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., p. 55. Véase el art. 1.d) del Convenio de Luxemburgo.
- 33 Se ha criticado cómo los Convenios de La Haya y de Luxemburgo son incompletos y proporcionan problemas prácticos como la lentitud y la farragosidad de los procedimientos. ESPINOSA CALABUIG, R.: "Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, p. 244.
- 34 DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., p. 232; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, p. 192. También se ha considerado que la aplicación de uno u otro debe regirse por el principio de máxima eficacia, debiéndose aplicar el que se considere que resulta más favorable al conflicto planteado. PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de familia* (2002), núm. 16, p. 255.
- 35 Puede consultarse el estado de ratificaciones del Convenio en (última visita 27.1.2015): http://www.hch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24

Centrales, que se comunican con el objetivo de que la crisis se resuelva de la forma más satisfactoria y rápida posible³⁶.

El modelo consta de dos fases. En una primera las Autoridades Centrales están obligadas a facilitar una solución amigable del conflicto (art. 10), y si ésta fracasara, la propia Autoridad tiene la obligación de promover el procedimiento de restitución (art. 11), si bien éste puede ser también ejercitado directamente por el progenitor. Se trata de un sistema paralelo e independiente de la vía judicial, gratuito para el solicitante³⁷, y en el que no se exige la asistencia de abogado, si bien es recomendable.

En España, el organismo que tiene atribuidas las funciones de Autoridad Central es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, dependiente del Ministerio de Justicia³⁸. Ante la misma deberá presentarse un formulario (disponible en línea en la Web del Ministerio)³⁹, convenientemente cumplimentado, y adjuntar una serie de documentos como el certificado de nacimiento del menor; la decisión por la que se otorgó la custodia (si existe), una fotografía reciente del niño y del sustractor o sustractora, etc (los documentos que se entiendan que podrían apoyar a la solicitud).

En determinadas circunstancias, que deben ser interpretadas de manera restrictiva, no se ordenará la restitución del menor⁴⁰. Así, señala el art. 12 que la integración del menor en su nuevo ambiente puede conllevar la denegación de esta solicitud. También el art. 20 en relación con el art. 12 establece que la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

El art. 13 añade además que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si se demuestra que a) el derecho de custodia no se ejercía de modo efectivo en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor

36 Configura por tanto una cooperación *ex post*, esto es, una vez se ha producido la sustracción del menor. La ausencia de medidas preventivas ha sido criticado por LAPIEDRA ALCAMI, R.: "La sustracción internacional de menores", cit., p. 195, quien considera este aspecto "uno de los déficits más importantes" del Convenio.

37 Véase la regulación de los gastos en el art. 26 del Convenio de La Haya sobre sustracción.

38 Art. 6 del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012.

39 Formulario disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198006656/Detalle.html?param1=5

40 Proporciona un análisis de jurisprudencia española reciente PAZ LAMELA, R.S.: "Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)", *AFDUC* (2013), núm. 17, pp. 675-685.

en una situación intolerable. De igual modo, si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones⁴¹.

El Convenio de Luxemburgo de 1980, por otra parte, fue gestado en el seno del Consejo de Europa y se encuentra hoy vigente entre 37 países⁴². Establece un sistema de cooperación de autoridades, tal y como se mencionó anteriormente, aunque predomina la vertiente del reconocimiento y ejecución de decisiones sobre la de cooperación. De acuerdo con el art. 7 "Las resoluciones relativas a la custodia dictadas en un Estado contratante se reconocerán y, cuando sean ejecutorias en el Estado de origen se ejecutarán en cualquier otro Estado contratante".

En caso de "traslado sin derecho", dice el art. 8 del Convenio de Luxemburgo que la Autoridad Central del Estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a restituir al menor: a) Cuando en el momento de entablar el procedimiento en el Estado donde se dictó la resolución correspondiente o en la fecha del traslado sin derecho, si éste se produjo con anterioridad, el menor y sus padres sólo ostentan la nacionalidad de dicho Estado y el menor tiene residencia habitual en el territorio de dicho Estado, y b) Se haya dirigido una solicitud de restitución a una Autoridad Central, dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho⁴³.

Los arts. 9 y ss. del Convenio de Luxemburgo regulan a continuación los motivos de denegación, que podrían agruparse en vulneración de derechos de defensa, interés del menor y contrariedad con los principios del Derecho de familia del Estado requerido⁴⁴. A modo de ejemplo, señala el art. 9 que si tal solicitud ha sido cursada por medio de una Autoridad Central dentro del plazo de seis meses a partir del traslado únicamente podrán denegarse el reconocimiento y la ejecución –entre otros motivos ahí enumerados- si cuando se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, el escrito por el que se incoó el procedimiento o cualquier documento equivalente no se hubiera notificado al demandado en debida forma y con el tiempo suficiente para poder defenderse⁴⁵.

41 Esta regla de contenido indeterminado va a resultar muy difícil de aplicar en la práctica dado que no será sencillo determinar si ha habido algún tipo de influencia por parte de alguno de los progenitores.

42 Puede consultarse el estado de ratificaciones del Convenio en (última visita 27.1.2015): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=105&CM=8&DF=18/01/2015&CL=ENG>

43 Téngase en cuenta no obstante que el apartado 2 indica que "Si con arreglo a la ley del Estado requerido no pudiera cumplirse lo prescrito en el párrafo primero del presente artículo sin la intervención de una autoridad judicial, ninguno de los motivos de denegación previstos en el presente Convenio será de aplicación en el procedimiento judicial".

44 PALAO MORENO, G. "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", cit., p. 264.

45 No obstante, dicha falta de notificación no podrá ser causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución si se debiera a que el demandado ocultó el lugar de su paradero a la persona que entabló el procedimiento correspondiente en el Estado de origen.

Si han transcurrido más de seis meses desde el traslado, el art. 10 añade más causas de denegación a las contempladas en el art. 9. Por ejemplo, a) Si se comprueba que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido, o b) Si se comprueba que, con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado efectuado sin derecho, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el interés del menor.

3.- En tercer lugar, el régimen de origen interno en materia de restitución de menores en casos de sustracción hace referencia a la regulación prevista sobre la materia en la antigua LEC de 1881. La normativa aplicable, que fue introducida por la L.O. 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶, se contempla en los arts. 1901 y ss. LEC 1881. La reforma supuso un notable avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España en este ámbito ya que introdujo un procedimiento específico para articular las reclamaciones cursadas en virtud de convenios internacionales. Así lo explicita el art. 1901 LEC 1881: "En los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, se procederá de acuerdo con lo previsto en esta Sección".

En la misma se otorga competencia para conocer de la restitución al Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos. Podrá promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor; la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad. Intervendrán el Ministerio Fiscal y los interesados *podrán* actuar bajo la dirección de abogado. La tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor (art. 1902 LEC 1881).

Los plazos son sumarios desde el principio y se prevé que la persona que ha sustraído al menor comparezca en el Juzgado con éste y se manifieste en la fecha que se determine si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución y organismo que es titular del derecho de custodia; o, en otro caso, si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento (art. 1904 LEC 1881). Si no compareciese, se establece el procedimiento por el cual

46 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

será declarado en rebeldía y el Juez decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el menor (art. 1905 LEC 1881).

Si compareciere y accediere a la restitución voluntaria del menor, se levantará acta, acordando el Juez, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del menor a la persona, institución y organismo titular del derecho de custodia, así como lo procedente en cuanto a costas y gastos (art. 1906 LEC 1881). Por el contrario, si compareciere y se opusiera a la restitución al amparo de las causas establecidas en el correspondiente convenio, se ventilará la oposición por medio de juicio verbal. Se citará a todos los interesados y al Ministerio Fiscal y, en su caso, se practicará prueba. Si procede, el Juez oír al menor sobre su restitución separadamente y podrá recabar los informes que estime pertinentes (art. 1907 LEC 1881).

El Juez dictará auto resolviendo, en interés del menor y en los términos del convenio, si procede o no su restitución. Contra dicho auto sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días (art. 1908 LEC 1881). Si el Juez resolviese la restitución del menor, en el auto se establecerá que la persona que lo trasladó o retuvo abone las costas del procedimiento así como 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. En los demás supuestos, se declararán de oficio las costas del procedimiento (art. 1909 LEC 1881).

B) Acción judicial en el Estado del traslado.

Dentro de este apartado nos referimos a dos acciones que es posible emprender en el Estado al cual ha sido trasladado el menor: En primer lugar, el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en el Estado de origen; y, en segundo lugar, la sustanciación de un nuevo procedimiento sobre el derecho de custodia y visita en el estado de destino. Estas dos opciones llevarán un tiempo en resolverse, por lo que se trata de una vía de actuación más lenta y, por ello, menos recomendable si de lo que se trata es de poner fin a la crisis familiar lo antes posible. De igual modo con su ejercicio se corre el riesgo de caer en prácticas nacionalistas que han favorecido tradicionalmente al sustractor; generalmente de la nacionalidad del país del foro⁴⁷.

Ahora bien, también es cierto que pueden considerarse complementarias a la acción de restitución y que incluso pueden jugar un papel primordial en dos situaciones. En el caso del reconocimiento de decisiones extranjeras, cumple en ocasiones una importante función preventiva con el fin de evitar que se dicte en el país del traslado un fallo contrario que atribuya la custodia al otro progenitor;

47 Argumenta la falta de idoneidad de estas opciones LAPIEDRA ALCAMI, R.: "La sustracción internacional de menores", cit., pp. 189-190.

quien “legalizaría” de este modo una situación inicialmente ilegal aprovechando el “nacionalismo judicial” que caracteriza a estas situaciones⁴⁸. Y en cuanto a la sustanciación de un nuevo procedimiento en el Estado de destino, a veces será la única vía posible en supuestos excluidos del ámbito de aplicación de convenios internacionales.

Múltiples textos legislativos de fuente dispar contemplan reglas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Como hemos visto, algunos se refieren a la materia que nos ocupa, pero también es posible solicitar el reconocimiento de esta clase de resoluciones en virtud de otros convenios de ámbito civil y mercantil más amplio, principalmente bilaterales, que incluyen esta materia. En el contexto europeo, destacan las novedades que introdujo el Reglamento Bruselas II bis al haber suprimido el *exequatur* para dos tipos de decisiones, lo que supuso en su momento un significativo avance en el objetivo hacia la libre circulación de decisiones en la Unión Europea.

De acuerdo con el art. 40 del Reglamento Bruselas II bis se benefician de este régimen las resoluciones sobre derecho de visita y las relativas a la restitución de menores contempladas en el art. 11.8 del Reglamento. Tal disposición dispone que “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor; dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva (...), con el fin de garantizar la restitución del menor”⁴⁹.

Según regulan los arts. 41 y 42 del Reglamento Bruselas II bis, éstas serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen. El procedimiento de certificación, que se regula a continuación en el art. 43 del Reglamento, implica un control en origen de la resolución. Este procedimiento refuerza el papel del juez que dictó la resolución, si bien ésta podrá recurrirse en origen también conforme a su Derecho interno.

Finalmente, dado que el elenco de normas existente en esta materia que vincula a España con otros Estados, ya sean de naturaleza multilateral o bilateral, no alcanza

48 LAPIEDRA ALCAMI, R.: “La sustracción internacional de menores”, cit., p. 207. Es frecuente que los menores sean trasladados a los países de los que son nacionales los progenitores sustractores, que se ven favorecidos por sus tribunales.

49 Esta regla y la norma de competencia del art. 10 del Reglamento Bruselas II bis (que atribuye la competencia para conocer de casos de sustracción a los tribunales del Estado miembro de la residencia del menor antes de ser trasladado ilícitamente) neutralizan las prácticas nacionalistas de los tribunales del Estado de destino a las que nos referíamos antes, al mismo tiempo que permite “frenar las decisiones de no regreso que han proliferado más de lo deseado en los últimos tiempos”. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Sustracción de menores y eliminación del *exequatur* en el Reglamento 2201/2003”, cit., p. 274.

a todos los países del mundo, habrá que estar en estos casos a lo establecido en la legislación interna del país al que ha sido trasladado el menor; tanto para el eventual reconocimiento de una sentencia sobre su custodia dictada previamente en España como para, en su caso, incoar un nuevo procedimiento relativo a los derechos de custodia y visita ante dichas autoridades extranjeras.

C) Responsabilidad penal y civil.

Además de interponer una demanda de restitución y de la posibilidad de emprender determinadas actuaciones legales en el país de destino del menor; el progenitor afectado puede también iniciar al mismo tiempo un proceso penal contra el sustractor. La criminalización de la sustracción de menores no ha sido pacífica en la doctrina⁵⁰ y requiere ponderar las circunstancias en juego porque no es recomendable en todo caso⁵¹ pero la normativa no impide emprender esta vía de forma paralela a las anteriores, que en España se regula en el Título XII del Libro II CP dedicado a los delitos contra las relaciones familiares.

La sustracción de menores se contempla en particular en el art. 225 bis CP, introducido por la mencionada L.O. 9/2002 de modificación del CP y del CC sobre sustracción de menores⁵². Dicho precepto contiene una definición propia de "sustracción" según la cual se consideran como tal dos situaciones: el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia, o la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa⁵³.

Con base en dicha definición, el art. 225 bis señala que "el progenitor"⁵⁴ que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de

50 DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Sustracción parental de menores*, cit., pp. 322-323.

51 La vía penal puede resultar contraproducente en algunos casos porque puede conllevar efectos negativos para la resolución de la crisis. Por ejemplo, puede disuadir al infractor de viajar al país de origen para devolver al hijo, incitarle a esconderse junto con el niño e impedir que una vez resuelto el problema de sustracción el menor pueda seguir manteniendo contacto con los dos progenitores. Además debe tenerse en cuenta que si la conducta no está tipificada como tipo delictivo en el país de destino, no supondrá cooperación internacional.

52 Explica con más detalle el carácter de la reforma LLORIA GARCÍA, P.: "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, pp. 36-37.

53 La configuración de estos tipos delictivos genera varias dudas de interpretación. Remitimos a la doctrina especializada para conocer qué se propone como concepto de "menor" en este contexto (sujeto pasivo), quién se considera "progenitor" a estos efectos (sujetos activos), el debate existente entre la necesidad o no de una resolución sobre la guarda y custodia en la primera situación, qué debe entenderse por "incumplimiento grave", etc. LLORIA GARCÍA, P.: "La regulación penal de las conductas sustractoras", cit, pp. 33-76; GUARDIOLA GARCÍA, J.: "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, pp. 77-102; SOTO RODRIGUEZ, M^ºL.: "La sustracción de menores", *La Ley Penal* (2014), núm. 8331, pp. 1-22; GARCÍA PÉREZ, O.: "El delito de sustracción de menores y su configuración", *InDret* (2010), núm. 4, pp. 1-33.

54 Entendemos que los parentescos son tanto por naturaleza como por adopción. Además el apartado quinto del art. 225 bis amplía los sujetos activos de este delito a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años⁵⁵, añadiendo además que cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada se impondrá en su mitad superior. La sustracción internacional se configura por tanto como un subtipo agravado de este delito ante la especial lesión producida.

Determinadas circunstancias pueden dar lugar a la absolución del sustractor o a un tipo atenuado. Si el sustractor comunica el lugar de estancia al otro progenitor (o a quien corresponda legalmente su cuidado) dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o si la ausencia no ha sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. No obstante, si restituye al menor sin esa comunicación dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Los plazos se computan desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

Junto con la responsabilidad penal del sustractor, el progenitor agraviado puede también reclamar una indemnización por daños morales con base en el art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. La STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490), es ejemplo de ello. En la misma el actor, quien era titular de la guarda y custodia del menor, ejerció una acción de responsabilidad civil extracontractual por haber sido privado de su relación con su hijo trasladado a Estados Unidos por su madre.

Dilucidar la eventual responsabilidad civil de la sustractora requirió esclarecer el momento a partir del cual debía empezar a contar el plazo de un año de prescripción de la acción contemplada en el art. 1968.2 CC. Habiéndose planteado como *dies a quo* el momento de la sustracción, el Tribunal consideró sin embargo que se había tratado de un daño continuado, esto es, infligido durante toda la minoría de edad del hijo mientras se ejerce la patria potestad y otros derechos inherentes, por lo que el momento a tener en cuenta debía ser el cumplimiento de la mayoría de edad por parte del menor, cuando se extingue la patria potestad⁵⁶.

El Tribunal falló que el progenitor que impide mediante una acción deliberada las relaciones paterno-filiales con el otro progenitor que tiene reconocido por resolución judicial el ejercicio de la guarda y custodia (como así quedó demostrado en este caso), está obligado a indemnizar el daño moral causado. El problema que

55 Interpreta este efecto civil de la sustracción MONFORT FERRERO, M. J.: “Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar”, en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel, p. 143.

56 GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009”, *Revista Jurídica de Catalunya* (2010), núm. 3, pp. 169-196, 174.

surge a continuación es la cuantificación de tal daño, que no es posible determinar atendiendo a parámetros objetivos. Si el progenitor perjudicado reclamara daños patrimoniales sufridos durante la sustracción (honorarios de abogado y procurador, viajes, etc), el tribunal podría tenerlos en cuenta; pero compensar económicamente los daños psicológicos derivados de tal situación no resulta sencillo. No debe olvidarse además que si se obtiene una reparación pero el progenitor condenado no cumple voluntariamente, normalmente será necesario ejecutar la sentencia española en el extranjero, sobre todo si éste tiene su patrimonio fuera de nuestro país.

Mencionar por último la posibilidad de demandar al Estado por la eventual responsabilidad en que pueda haber incurrido por omisión a la hora de adoptar las medidas adecuadas para el ejercicio efectivo del derecho a la vida familiar, como ha considerado en el pasado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷.

3. La mediación en la sustracción internacional de menores.

No podemos olvidar, por último, el papel que puede jugar la mediación tanto para prevenir como para solucionar casos de sustracción internacional de menores.

Los conflictos privados internacionales en general, y los familiares con elementos de extranjería en particular, presentan una especial complejidad por la presencia de factores relacionados con la propia naturaleza de las situaciones vinculadas con varios países. Por ejemplo, la distancia geográfica entre las personas implicadas –y consecuente diferencia horaria, que dificulta la comunicación–, las diferencias idiomáticas, la eventual colisión de contextos culturales y religiosos basados en valores y principios diversos, la interacción de dos o más sistemas jurídicos, y la necesidad de acudir a la cooperación internacional para su resolución. En este marco los sistemas extrajudiciales como la mediación se presentan especialmente atractivos frente a los tradicionales sistemas judiciales.

El uso de la mediación ha sido impulsado tanto legalmente como en la práctica por múltiples organizaciones, entre las que destaca en el ámbito de la protección de menores y en el de la sustracción en particular la labor desarrollada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁵⁸. La Conferencia de La Haya ha trabajado en las últimas décadas en la promoción de soluciones amistosas en el concreto ámbito de las relaciones familiares internacionales reguladas por los convenios adoptados en su seno, ya que algunos de ellos animan a recurrir a

57 Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 96 de la Constitución Española, art. 3 L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor. GÓNZALEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil, cit., p. 191.

58 Véase con más detalle el análisis del trabajo emprendido en este ámbito por esta organización en AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: "Mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de La Haya", en AA.VV.: *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo)* (dir. por R. GRASA HERNÁNDEZ, A. BLANC ALTEMIER Y P. DIAGO DIAGO). Madrid (2015): Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

la mediación en sus respectivos campos de actuación. Es el caso del Convenio de La Haya sobre sustracción pero también el de los relativos a la protección de los niños de 1996, protección de adultos de 2000 y cobro internacional de alimentos de 2007⁵⁹.

Fuera del entramado convencional elaborado por la organización también destaca el esfuerzo emprendido por impulsar el diálogo entre culturas jurídicas alejadas en el marco del Proceso de Malta, que acaba de cumplir diez años desde su lanzamiento en marzo de 2004. Éste se concibe como un diálogo entre jueces y funcionarios de, por un lado, distintos Estados contratantes de los Convenios de La Haya sobre sustracción de 1980 y protección de menores de 1996 y, por otro lado, Estados no contratantes de tales instrumentos cuyos sistemas jurídicos se basan o están influenciados por el Derecho islámico (o "Shariah"). El principal objetivo de esta iniciativa es mejorar la cooperación en la resolución de casos transfronterizos en los que se ven envueltos menores con vistas a encontrar soluciones en situaciones en que no resulta de aplicación el entramado legal existente, incluyendo el fomento de la mediación internacional⁶⁰.

Además, se han redactado Guías de Buenas Prácticas para fomentar la aplicación efectiva de los Convenios de La Haya, destacando especialmente en esta materia la Guía de 2012 del Convenio sobre sustracción dedicada a la mediación⁶¹. De los trabajos de La Haya es posible extraer una serie de directrices que se encuentran en la base del éxito de experiencias mediadoras. Por ejemplo, la necesidad de valorar la aptitud del caso para ser mediado⁶² y una vez determinado lo anterior; la relevancia de elegir el tipo de mediación más conveniente (directa, indirecta, simple, co-mediación, bicultural bilingüe...). También es imprescindible hacer hincapié en la formación de los mediadores, ya que la misma ha de adaptarse a las necesidades de las situaciones privadas internacionales, lo que incluye la aptitud intercultural, la habilidad idiomática y, aunque el asesoramiento jurídico no forme parte de su labor, el conocimiento de los instrumentos jurídicos aplicables, tanto internacionales como nacionales.

59 Art. 7 del Convenio de La Haya sobre sustracción; art. 31 b) del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños; art. 31 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos; y arts. 6(2) d), 34(2) i) del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

60 Toda la información acerca de esta iniciativa se encuentra disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5214&dtid=46.

61 La versión en español se encuentra disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf

62 Son diversos los factores que pueden llevar a considerar que la disputa no es apta para la mediación, como la constatación de violencia familiar, el abuso de alcohol o de drogas, la excesiva polarización de las posturas de las partes o un desequilibrio severo de sus poderes de negociación.

El asesoramiento jurídico deviene trascendental en el ámbito de la mediación internacional y en el de la circulación internacional de decisiones en particular. De nada sirve que las partes alcancen un acuerdo si para su cumplimiento efectivo éste ha de desplegar efectos en más de un país y no cumple con los requisitos de las legislaciones implicadas para que así sea. Por ello la Conferencia de La Haya ha valorado incluso la posibilidad de elaborar un instrumento normativo propio sobre mediación transfronteriza en el ámbito familiar, iniciativa que ha empezado por abordar la ejecución internacional de acuerdos y que continúa hoy día vigente en la agenda del legislador de La Haya⁶³.

III. VALORACIÓN FINAL.

Como se desprende de este estudio, la sustracción de menores es una materia sensible, multidisciplinar, compleja, que se regula por normas de distinta naturaleza y origen que proporcionan diferentes vías de actuación que se construyen de forma paralela. El elenco de normas adoptadas en la materia en las últimas décadas junto con el establecimiento de mecanismos como la acción de restitución inmediata o la eliminación del *exequatur* en la UE, denota el esfuerzo del legislador por dotar a esta problemática de medios y cauces jurídicos eficaces para luchar contra este fenómeno, pero la práctica obstaculiza la pronta resolución de algunos casos por múltiples factores.

Padres que esconden a sus hijos, falta de cooperación de las autoridades extranjeras, falta de formación de los operadores implicados, plazos cortos en los instrumentos aplicables para cuya satisfacción las administraciones no siempre cuentan con los medios ni la formación suficientes, corrupción, lentitud de los sistemas judiciales, colisión de culturas sociales y jurídicas con sistemas patriarcales que discriminan a las madres o proteccionistas con sus nacionales...

Por ello me gustaría terminar esta contribución haciendo hincapié en tres aspectos: la conveniencia de adoptar medidas preventivas, la necesidad de fomentar el recurso a la mediación tanto antes como después de que se produzca la sustracción, y, por último, la importancia de un asesoramiento jurídico integral que conozca el conjunto de la normativa aplicable y las diferentes vías de actuación para que guíe al perjudicado por aquella o aquellas más adecuadas para resolver satisfactoriamente su caso.

63 El último Consejo de Asuntos Generales y Política de 2014 ha invitado al grupo de expertos a que continúe estudiando el papel de los Convenios existentes sobre menores en el reconocimiento internacional de acuerdos en esta materia, así como el impacto que tendría un nuevo instrumento en la circulación internacional de este tipo de acuerdos. Recomendaciones y Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2014 (8-10 abril 2014). Disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf.

BIBLIOGRAFÍA

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "Mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de La Haya", en AA.VV.: *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo)* (dir. por R. GRASA HERNÁNDEZ, A. BLANC ALTEMIR Y P. DIAGO DIAGO). Madrid (2015): Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: "El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3(1).

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia (2010): Tirant lo Blanch.

ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Madrid (2007): Marcial Pons.

- "Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

GARAU SOBRINO, F.: "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3 (1).

GARCÍA PÉREZ, O.: "El delito de sustracción de menores y su configuración", *InDret* (2010), núm. 4.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009", *Revista Jurídica de Catalunya* (2010), núm. 3.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

JIMÉNEZ FORTEA, J.: "Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

LLORIA GARCÍA, P.: "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar", en AA.VV. **Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar** (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

MONFORT FERRERO, M.J.: "Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar", en AA.VV. **Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar** (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

MOYA ESCUDERO, M.: **Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores**. Granada (1998): Comares.

PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", **Revista de Derecho de familia** (2002), núm. 16.

PAZ LAMELA, R.S.: "Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)", **AFDUC** (2013), núm. 17.

PÉREZ BEVIÁ, J.A.: "El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores", en AA.VV. **Estatuto personal y multiculturalidad de la familia** (coord. por A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL). Madrid (2000): Colex.

REIG FABADO, I.: "Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980", en AA.VV. **Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar** (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

SOTO RODRÍGUEZ, M^a. L. "La sustracción de menores", **La Ley Penal** (2014), núm. 8331.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M^a.M.: "La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003", **Revista Electrónica de Estudios Internacionales** (2006), núm. 11.

LA FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA: EL DERECHO A LA
REUNIFICACIÓN FAMILIAR

*FAMILY IN THE EUROPEAN UNION: THE RIGHT TO FAMILY
REUNIFICATION*

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 214-241



Rosa
LAPIEDRA
ALCAMÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de febrero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 19 de marzo de 2015

RESUMEN: El presente trabajo analiza el derecho a la reagrupación familiar en el ámbito de la Unión Europea, en virtud del cual el extranjero que resida legalmente en un país podrá trasladar consigo a sus familiares más próximos. Esta reunificación familiar constituye una de las fórmulas más eficaces para lograr la integración de los extranjeros en un país. El trabajo analiza las condiciones y requisitos para el ejercicio de este derecho haciendo hincapié en la existencia de un régimen jurídico distinto dependiendo de la nacionalidad del reagrupante. De este modo, se prevé una normativa mucho más favorable cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión Europea, frente a otra mucho más restrictiva cuando el reagrupante es nacional de un tercer Estado.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional privado, Derecho de familia, Reagrupación familiar, Derecho de extranjería.

ABSTRACT: This paper analyzes the right to family reunification within the scope of the European Union, under which the foreigner lawfully resident in a country can move with them to their next of kin. This family reunification is one of the most effective way in achieving the integration of foreigners in a country. The paper analyzes the conditions and requirements for the exercise of this right by emphasizing the existence of a separate legal regime depending on the nationality of the applicant. Thus, a much more favorable rules are expected when the applicant is a citizen of the European Union, compared to a much more restrictive when the applicant is a national of a third State.

KEY WORDS: Private international law, family law, Family reunification, Rights of foreigners.

SUMARIO.- I. El derecho a la reagrupación familiar.- I. Introducción.- 2. Marco normativo.- 3. Significado del Derecho.- II. Familiares susceptibles de ser reagrupados.- 1. El cónyuge o pareja de hecho del extranjero residente en España.- A) Principio general.- B) Condicionantes del Derecho.- C) Efectos de la reagrupación.- D) Posible residencia independiente del cónyuge.- 2. Los hijos del extranjero residente y del cónyuge o pareja de hecho.- A) Regla general.- B) Posible residencia independiente.- 3. Otros menores o incapaces extranjeros.- A) Posible residencia independiente.- 4. Los ascendientes del extranjero residente o de su cónyuge.- A) Posible residencia independiente.- III. Procedimiento para la reagrupación familiar.- I. Posibilidad de renovar las autorizaciones de residencia temporal.- IV. Régimen de los refugiados, asilados y apátridas.- V. Normativa europea: la directiva 2003/86/ce del consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.- I. Introducción.- 2. Ámbito de aplicación de la Directiva.- 3. Personas reagrupables.- 4. Condicionantes del ejercicio del Derecho de reagrupación familiar.- VI. Conclusiones.

I. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

I. Introducción.

En virtud de derecho a la reunificación o reagrupación familiar, el extranjero que resida legalmente en un país podrá trasladar a su familia consigo al país donde resida legalmente obteniendo, a su vez, permisos de entrada y residencia en condiciones más favorables que el resto.

La importancia práctica del derecho a la reagrupación familiar en nuestro país es innegable teniendo en cuenta el constante aumento de los flujos migratorios que tienen España como destino. Si bien es cierto que hoy en día y debido al contexto de crisis económica generalizado en el que nos encontramos la situación está cambiando en el sentido de que muchos extranjeros que se encontraban en España han regresado a sus países de origen. Pese a esta situación, el número de ciudadanos extranjeros nacionales de terceros estados sigue siendo muy elevado en nuestro país. En esta coyuntura, la reunificación familiar la vía necesaria para favorecer la integración de los extranjeros por cuanto que la presencia de sus familiares contribuye a incrementar la estabilidad y la inserción en el Estado de acogida.

• Rosa Lapiedra Alcamí

Es Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universitat de València (España) y Doctora en Derecho por este mismo Centro. Ha impartido clases de Derecho internacional privado, derecho de familia y comercio internacional tanto en Grado como en Postgrado en la Universitat de València y en la Universidad Jaume I de Castellón (España). Asimismo, ha sido profesora visitante en la Universidad de Florianópolis (Brasil) y ha realizado numerosas estancias de Investigación en el Instituto de Estudios Legales Avanzados de Londres (IALS). Desde el punto de vista práctico, ha estado trabajando en la Cámara de Comercio Internacional de París en la tramitación de arbitrajes comerciales internacionales. Ha participado en numerosos Proyectos de Investigación relacionados con el comercio internacional, derecho de familia, sustracción internacional de menores, derecho de la Unión Europea, etc. Actualmente dirige un módulo de Docencia Jean Monnet en materia de Derecho de familia y sucesiones en la Unión Europea.

Con carácter general, cuando hablamos de reagrupación familiar inevitablemente tendemos a pensar en el supuesto en que un extranjero de un tercer Estado residente en la Unión Europea pretende traer consigo a sus familiares. Sin embargo, no debemos olvidar que puede tratarse, asimismo, de un ciudadano de la Unión el que pretende reagrupar a familiares extranjeros de terceros Estados.

En la práctica, se prevé un régimen distinto para la reagrupación familiar en uno y otro caso. Esto es, dependiendo que el reagrupante sea un ciudadano de la Unión Europea o, por el contrario, sea nacional de un tercer Estado. En el primer caso, estamos ante el régimen europeo de reagrupación familiar recogido en la Directiva 2004/38/CE¹ y, en el segundo nos encontramos ante el régimen de extranjería contenido en la Directiva 2003/86/CE². En definitiva, se prevén dos procedimientos distintos donde sin duda se fija un régimen mucho más favorable para los ciudadanos europeos. A lo largo de este trabajo se verá como la posibilidad de ejercer el derecho a la reagrupación familiar no se ejerce en condiciones de igualdad en uno y otro caso, sino más bien todo lo contrario.

Qué duda cabe que el derecho a la reagrupación familiar es una manifestación directa del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar. En este sentido, la Constitución española recoge en el art. 18 el derecho a la intimidad, si bien, parece que la doctrina se plantea si el derecho a la reagrupación familiar forma parte o no del contenido del mismo, por lo que se cuestiona su naturaleza de derecho fundamental³. Ahora bien, el hecho de que se cuestione su carácter de derecho fundamental no significa que no se pueda proteger a nivel internacional.

En este trabajo nos vamos a centrar en la normativa prevista para los nacionales de terceros Estados, si bien en algunos puntos realizaremos un análisis comparado.

2. Marco normativo.

Tal y como se ha indicado, el régimen jurídico aplicable al derecho a la reagrupación familiar va a depender de la nacionalidad del sujeto que la solicite⁴. De ahí que exista una normativa más favorable para los nacionales de Estados miembros y otra menos favorable para los nacionales de terceros Estados.

- 1 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- 2 Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- 3 FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A. C.: "El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario", *Revista de Derecho de Extranjería* (2010), núm. 23, p.116; SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C.: "Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2006), p. 297.
- 4 ARENAS GARCÍA, R.: "Problemas derivados de la reagrupación familiar", *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t.V (2005), p. 271.

Tradicionalmente, la ordenación y gestión de los flujos migratorios en el ámbito europeo quedaba al margen de los intereses de la Unión y, en consecuencia, se realizaba individualmente por parte de cada Estado miembro. Sin embargo, se observó que las condiciones y requisitos de entrada previstos en los distintos Estados miembros eran muy distintos, siendo más laxos en unos casos, mientras que muy restrictivos en otros. De ahí la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales en la materia fijando requisitos comunes de admisión y residencia para los nacionales de terceros Estados, tanto si los pretendía reagrupar un ciudadano de la Unión, como un nacional de un tercer Estado residente en algún Estado miembro⁵.

Es por ello que, en primer lugar, conviene establecer cuál es el régimen jurídico aplicable en cada caso para, a continuación, fijar las diferencias entre uno y otro, si bien nos centraremos en el régimen de extranjería.

El régimen de reagrupación familiar para los ciudadanos de la Unión viene fijado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004. Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es de señalar que, esta Directiva se aplica solamente a cualquier ciudadano de la Unión Europea que se traslade o resida en un Estado miembro distinto del que es nacional, así como a los miembros de su familia que le acompañen o se reúnan con él. Esto es, resulta indispensable para beneficiarse de este régimen más favorable de reagrupación familiar, que el ciudadano de la Unión haya ejercido el derecho a la libre circulación. Tal es así que, en España, por ejemplo, para regular la reagrupación familiar de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho de libre circulación se prevé un régimen distinto⁶.

Para el caso de los nacionales de terceros Estados, el régimen jurídico se establece en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. Su transposición en el ordenamiento jurídico español se produjo a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha reformado la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como el correspondiente Reglamento de

5 PÉREZ MARTÍN, E.: "El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJE de 26 de junio de 2006, C-540/03)", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n° 1 (2007), disponible en http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1216117825_elena_perez_martin.pdf.

6 A tal efecto, se introduce una Disposición final tercera que, a su vez, introduce dos nuevas Disposiciones adicionales, decimonovena y vigésima, en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Estas Disposiciones protegen especialmente al cónyuge o pareja de ciudadano español y a sus descendientes menores de veintinueve años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

desarrollo⁷. Esta Directiva tiene por objeto establecer las condiciones en las que se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros.

Centrándonos en el régimen de extranjería, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha reformado la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx 2009). Esta Ley entraba en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (BOE de 12 de diciembre de 2009). Al igual que la norma anterior, dedica el Capítulo II a regular esta materia bajo la rúbrica “reagrupación familiar” –arts. 16-19-. Este Capítulo se incardina en el Título I dedicado a los “Derechos y Libertades de los extranjeros”. La reforma operada ha modificado parcialmente algunos de los preceptos ya existentes y se ha añadido alguno nuevo, por ejemplo, el art. 18 (bis). Junto a ello, debemos añadir un número relevante de disposiciones del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 que completan esta regulación, en concreto, los arts. 52-61, (en adelante, RLOEx).

Algunos de los objetivos de esta reforma en lo referente a la reagrupación familiar eran, por un lado, la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar que estaba pendiente de transposición y que resulta plenamente aplicable desde el 3 de octubre de 2005. Y, por otro lado, la conveniencia de adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la Ley.

La LO 2/2009 ha introducido algunas modificaciones importantes, por cuanto que ha supuesto establecer normas comunes para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de países que no son parte de la Unión Europea pero que residen legalmente en algún Estado miembro. En efecto, resultaba absolutamente necesario fijar criterios comunes a nivel europeo, sobre todo, si tenemos en cuenta que la reagrupación constituye una de las principales vías de entrada de inmigrantes en un país. El establecimiento de pautas uniformes para la reagrupación en los diferentes Estados es una forma de intentar canalizar legalmente y ordenar los flujos migratorios⁸. Asimismo, no olvidemos que la reagrupación también es una forma de favorecer la integración de los extranjeros.

7 El Reglamento de Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

8 PÉREZ MARTÍN, E.: “El derecho al respeto” cit. ZABALO ESCUDERO, E.: “Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (2008), n. 28, Lex Nova, p. 60; FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A. C.: “El derecho a la reagrupación”, cit., p.125.

3. Significado del Derecho.

De conformidad con el derecho a la reagrupación familiar, el extranjero que resida legalmente en un país podrá trasladar a su familia consigo al país donde resida legalmente obteniendo, a su vez, permisos de entrada y residencia en nuestro país en condiciones más favorables que el resto⁹. Tal es así que, el art. 16.1 LOEx 2009 reconoce al extranjero residente en España el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar; «en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España».

El derecho a la reagrupación familiar viene expresamente enunciado en el art. 16.2 LOEx 2009, señalándose que los “extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17” de la propia Ley Orgánica. La titularidad de este derecho recae en el extranjero residente en España. No obstante, con carácter excepcional, también podrán solicitarlo los familiares cuando el reagrupante sea residente de larga duración-UE¹⁰ en otro Estado miembro. En virtud de la denominada “residencia de larga duración” se autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente a aquellos extranjeros que hayan obtenido la residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada¹¹.

La LOEx 2009 siguiendo los pasos de su antecesora no define el derecho a la reagrupación familiar. Sin embargo, la Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar si que contiene en su artículo 2º una definición de la reagrupación familiar, entendiéndose por tal: “la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar; con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o

9 Varios son los Convenios internacionales que abordan con mayor o menor profundidad el derecho a la reagrupación familiar. De entre ellos figuran, por un lado, la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 que, si bien, no garantiza el derecho a la reagrupación familiar si que insta a los Estados a que faciliten tal reagrupación respecto de aquellos trabajadores establecidos legalmente en su territorio. Por otro lado, el Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977, reconoce expresamente el derecho a la reagrupación familiar del trabajador migrante a su cónyuge e hijos menores no casados, siempre que cumpla una serie de condiciones tales como, que esté empleado legalmente en el territorio de una Parte contratante y que disponga de una vivienda en condiciones. Junto a estos, figura igualmente el Convenio internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, de 18 de diciembre de 1990 que, no sólo reconoce el derecho a la reagrupación familiar, sino que obliga a los Estados parte a que adopten medidas para hacer efectivo este derecho.

En esta misma línea se muestran los Acuerdos relativos a la “regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales” concluidos por España con Colombia (de 21 de mayo de 2001), con Ecuador (de 29 de mayo de 2001) y con la República Dominicana (de 17 de diciembre de 2001) abordan específicamente la cuestión de la reagrupación familiar en sus respectivos arts. 6.11, señalando que “(L)os trabajadores migrantes disfrutará del derecho de reagrupación familiar, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida”.

10 El estatus de “residente de larga duración-UE” constituye una novedad de la ley que, además, supone la transposición de la Directiva 2003/109, de 25 de noviembre de 2003, DOUE L16 de 23 de enero de 2004, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

11 RODRIGUEZ PIÑEIRO, M. - BRAVO FERRER, M.: “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Relaciones Laborales* (2010), núm. 8, p. 9.

posteriores a la entrada del reagrupante". Sin embargo, el derecho a la reagrupación familiar de los familiares de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se van a regir por una normativa distinta, en concreto, por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero¹².

Ahora bien, el derecho a la reagrupación familiar no se reconoce de forma generalizada a todos los extranjeros que se encuentren en nuestro país. Este derecho se concede únicamente a aquellos extranjeros que residan legalmente en España¹³ y que hayan obtenido la renovación de su residencia inicial, esto es, que tengan la autorización para residir en España durante un año, como mínimo, y solicitado la autorización para residir; al menos, otro año -art. 18.I LOEx 2009 y art. 56 RLOEx 2011-.

Resulta necesario realizar tres matizaciones en relación con este Derecho a la reagrupación familiar; en primer lugar; que una vez se ha obtenido el permiso de residencia en virtud de la reagrupación familiar; tanto el cónyuge o pareja de hecho del reagrupante como los hijos o ascendientes reagrupados conservarán, en todo momento, el derecho a residir legalmente en España. Y, todo ello con independencia de que se disuelva el vínculo matrimonial o la vida en pareja que fue precisamente el que permitió tal reagrupación -ya sea por divorcio, nulidad o separación judicial-. art. 16.3.I. LOEx 2009- Será por vía Reglamentaria, como veremos, donde se determine el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos -art. 16.3.II LOEx 2009-. La conservación de este derecho se produce para evitar la situación de desamparo en que se podría encontrar el cónyuge reagrupado en caso de amenaza de perder el permiso de residencia.

En segundo lugar; el derecho a la reagrupación familiar se extiende, como regla general, también, a aquellas personas que en su día fueron reagrupadas. En este sentido, el art. 17.2 LOEx 2009 precisa que los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares. Si bien, en este caso se requiere que dispongan de facto de una autorización de residencia y trabajo¹⁴ obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante, y acrediten reunir los requisitos previstos en la propia LOEx 2009 para el ejercicio de este derecho. Similar solución se encuentra en el art. 60.I RLOEx 2011, en el que la residencia adquirida se adjetiva como "*temporal*".

12 Vid. más ampliamente, FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A. C.: "El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario", *Revista de Derecho de Extranjería*, nº 23, marzo (2010), p.125 y pp.135-141; ZABALO ESCUDERO, E.: "Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (2008), núm. 28, Lex Nova, p. 63.

13 MOYA ESCUDERO, M.: "Derecho a la reagrupación familiar", en M. Escudero (Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*. Granada (2001), pp. 673 y 674.

14 Vid. el régimen especial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, esto es los titulares de la tarjeta azul de la Unión Europea en RODRÍGUEZ PIÑERO, M. - BRAVO FERRER, M.: "La nueva legislación de...", cit., p. 11.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el art. 17.3.I LOEx 2009, los ascendientes reagrupados sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de la familia que pretendan reagrupar¹⁵. En concreto, la Ley exige que disponga de una vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia -art. 18.2 LOEx 2009-. En idénticos términos se manifiesta el art. 60.2 RLOEx 2011. Con carácter excepcional, se permite al ascendiente reagrupado que, a su vez pueda reagrupar, sin necesidad de haber obtenido la residencia de larga duración cuando tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad o tengan alguna discapacidad que les impida valerse por sí mismos -art. 17.2 LOEx 2009 y art. 60.3 RLOEx 2011-.

II. FAMILIARES SUSCEPTIBLES DE SER REAGRUPADOS.

El art. 16 LOEx 2009 reconoce el derecho a la reagrupación familiar. Sin embargo, no todos los familiares del extranjero residente en España son susceptibles de ser reagrupados, tan sólo “los familiares que se determinan en el artículo 17”. A tal efecto, el art. 17 LOEx 2009 establece un lista cerrada de los familiares que el extranjero residente en España podrá reagrupar con él. Se trata, en concreto, de cuatro grandes categorías de personas expuestas, de forma taxativa y aparentemente cerrada, en el propio precepto:

1. el cónyuge o pareja de hecho del extranjero residente,
2. los hijos del residente y del cónyuge o pareja de hecho, incluidos los adoptados,
3. los menores de dieciocho años y los mayores incapaces cuando el extranjero residente sea el representante legal y, por último,
4. los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge, cuando sean mayores de 65 años y existan razones que justifiquen la necesidad de reagrupar.

I. El cónyuge o pareja de hecho del extranjero residente en España.

A) Principio general.

El art 17.1.a) LOEx 2009 reconoce el derecho del extranjero residente a reagrupar en España a su cónyuge o pareja de hecho¹⁶. Un mandato que viene reproducido literalmente en el art. 53. a) y b) RLOEx 2011. Cuando hablamos de

15 ABARCA JUNCO, A. P.: “Derechos y libertades de los extranjeros en España” en *Inmigración y extranjería: régimen jurídico básico*, P.Abarca Junco y otros (Dir.). 4ª ed. Madrid (2010): Colex, pp. 44 y 45.

16 Es la primera vez que se produce una equiparación de efectos entre el cónyuge y la pareja de hecho a efectos de la reagrupación familiar, vid. ABARCA JUNCO, A.P. -VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Comentario al artículo 17 de la

“cónyuge”, debemos tener en cuenta que existe una total equiparación de efectos en el matrimonio, ya sea entre personas del mismo sexo o de diferente sexo, tal y como dispone el art. 44 cc tras la modificación del código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Ello significa que el extranjero residente en España podrá reagrupar a su cónyuge del mismo sexo, siempre que se haya celebrado un matrimonio válido, de conformidad con el Derecho internacional privado español¹⁷.

Junto a ello y como novedad, la LOEx 2009 introduce en el art. 17.4 la posibilidad de que el extranjero residente en España reagrupe a su pareja de hecho. De este modo, a efectos de la reagrupación, se equipara totalmente el matrimonio a las parejas de hecho, siempre que la relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España -art. 17.4 LOEx 2009-. A tal efecto, el Reglamento en su art. 53.b) exige que la relación esté inscrita en un Registro público y, además, resulta imprescindible que la citada inscripción no se haya cancelado. En aquellos supuestos en que la pareja de hecho no esté registrada, debe acreditarse la vigencia de la relación de pareja que deberá existir con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España, de ahí que estemos ante una cuestión meramente probatoria.

B) Condicionantes del Derecho.

Este derecho a la reagrupación familiar que acompaña al cónyuge del extranjero residente legal en España queda subordinado al cumplimiento de dos condiciones fijadas en propio art. 17.1.a) LOEx 2009 y en el art. 53.a) RLOEx 2011:

En primer lugar, que el cónyuge o pareja de hecho que se pretende reagrupar no se encuentre separado de hecho o de derecho del extranjero residente en España. Esta condición resulta lógica, ya que la finalidad de la reagrupación es la de unir a la familia, de manera que si el matrimonio o la pareja de hecho ya no existe por haberse disuelto, o por haber puesto fin a la convivencia, tal reagrupación carece de sentido¹⁸.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, el extranjero residente en España que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias, podrá reagrupar a su nuevo cónyuge siempre y cuando quede acreditada la disolución de su matrimonio anterior y, además, que estén garantizados los derechos económicos del cónyuge

Ley 4/2000, de extranjería”, en *Comentarios a la Ley de extranjería*, Carlos Esplugues Mota (Coord.), (2006): Tirant lo Blanch, pp. 452 y 453, donde se pone de manifiesto que la Ley anterior no permitía esta posibilidad.

17 En este sentido, la legislación española proclama el principio de unidad del matrimonio, si bien, el matrimonio puede ser tanto heterosexual como del mismo sexo -arts. 44 y 46 Cc-.

18 La referencia a la “separación de hecho” resulta confusa, dado que es la propia separación física entre los cónyuges la que motiva su solicitud de reagrupación. Lógicamente, el requisito se refiere a la ausencia de una voluntad de vida en común no sancionada por los tribunales.

anterior -y del cónyuge de buena fe en caso de disolución por nulidad 17.1.a) *in fine.*-, así como de su hijos o familiares dependientes -art. 17.1.a) LOEx 2009 y art. 53.a) RLOEx 2011-. Tanto es así, que si no se cumple alguna de ellas no tendrá derecho a reagrupar a su cónyuge actual¹⁹.

En segundo lugar, y cumulativamente a lo anterior, es imprescindible que se trate de un matrimonio válido, o lo que es lo mismo, que no se haya celebrado en fraude de ley. Sólo aquellos matrimonios en los que se haya manifestado un auténtico consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes serán válidos a efectos del ordenamiento jurídico español y, por ende, permitirán el pleno ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En efecto, los matrimonios que han sido celebrados en fraude de ley -también denominados matrimonios blancos o de conveniencia- son aquellos matrimonios celebrados única y exclusivamente con el objeto de beneficiarse de las normas de extranjería previstas en nuestro país. De ahí la preocupación del legislador en detectar este tipo de matrimonios²⁰. No olvidemos que la vía de la reagrupación familiar se convierte en una forma muy atractiva y relativamente fácil de legalizar la situación en España de muchos extranjeros eludiendo así las normas de entrada y residencia de extranjeros españolas. Se debe verificar, pues, que el matrimonio no se ha celebrado con el objeto de conseguir un permiso de residencia legal en España²¹. Es más, no olvidemos que una vez se ha logrado reagrupar al cónyuge en España este derecho lo mantiene con independencia de que se disuelva el matrimonio -art. 16.3 LOEx 2009-. De ahí que haya que ser cautos y controlar este extremo. En todo caso, nada dice el precepto acerca de quien deba probar dicho requisito.

En tercer lugar, es de señalar que el extranjero residente en España podrá reagrupar a un solo cónyuge o pareja de hecho. Así lo recoge expresamente y de forma tajante la LO 2/2009 en su art. 17.1.a) y 17.4 y el Reglamento en el art. 53.a)

19 Con esta doble condición, el legislador español parece querer afrontar los problemas generados por la existencia, en ciertos países, de determinadas figuras de disolución del vínculo matrimonial desconocidas en España. Con la referencia genérica a "procedimiento jurídico" se está haciendo mención a la exigencia de que en el mismo participe una autoridad pública dotada de *imperium*. Por su parte, con el requisito de que haya quedado especificada la situación económica del cónyuge anterior se pretende asegurar un mínimo de protección al mismo.

20 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006", *Diario La Ley*, n. 6542 (2006), p. GÓMEZ CAMPELO, E.: "La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar", *Revista Española del Tercer Sector* (2009), núm. 12, mayo-agosto 2009, p. 82.

21 La condición suscita de lleno la cuestión de los llamados «matrimonios de complacencia». Este tipo de matrimonios se están convirtiendo en los últimos años en un problema de creciente trascendencia en España y, también, en los países de nuestro entorno. De hecho, su incesante aumento ha generado distintas respuestas de las autoridades nacionales -Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995, sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero e Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia- e, incluso, de las comunitarias -Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos-, que intentan frenar la utilización de la institución matrimonial como forma de evadir las rígidas normativas de extranjería de los distintos Estados desarrollados.

Sin embargo, la virtualidad de esta prohibición dependerá, en la práctica, de la difícil prueba de la existencia de tal actitud fraudulenta por parte de los contrayentes. Una cuestión nada sencilla, en cuya valoración la Administración deberá sopesar, igualmente, el derecho a contraer matrimonio reconocido por el art. 32 de la Constitución, aportando una respuesta individualizada.

en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge (o pareja de hecho), aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial (o de convivencia). La Ley se muestra muy estricta en este sentido, puesto que aunque haya contraído matrimonio poligámico reconocido legalmente y siendo perfectamente válido, de conformidad con la ley nacional de los contrayentes y del lugar de celebración, no se le permite, bajo ningún concepto, reagrupar a más de un cónyuge o más de una pareja de hecho en nuestro país -art. 17.4 LOEx 2009-. Tanto es así que, el propio Reglamento de extranjería en el art. 56.4º) exige que se haga una declaración jurada en el expediente de reagrupación, por parte del reagrupante, en el sentido de que no reside con él en España ningún otro cónyuge o pareja de hecho²².

C) Efectos de la reagrupación.

Por lo que se refiere a los efectos más importantes derivados de la reagrupación del cónyuge son, de un lado, la posibilidad de trabajar sin necesidad de ningún trámite administrativo adicional -art. 19.1 LOEx 2009- y art. 58.4 RLOEx 2011-. Y, de otro lado, el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades -art. 19.2- LOEx 2009 y 59.2 RLOEx 2011-.

D) Posible residencia independiente del cónyuge.

La normativa de extranjería prevé la posibilidad de que el cónyuge reagrupado pueda obtener una autorización de residencia temporal en España independiente de la del reagrupante, en diversos supuestos, siempre que no tenga deudas con la Administración tributaria o con la Seguridad Social. Esta residencia independiente será posible en alguno de los siguientes casos:

En primer lugar, cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades -art. 19.2 LOEx 2009 y art. 59.1.a) RLOEx 2009-.

Junto a ello, y en segundo lugar, cuando cuente con uno o varios contratos de trabajo, de duración mínima de un año y por los que perciba mensualmente una retribución no inferior al Salario Mínimo Interprofesional -art. 59.1.b) RLOEx 2011-. En este caso, la eficacia de la autorización de residencia estará condicionada a que el trabajador sea dado de alta en el régimen de la Seguridad Social -art. 59.1 *in fine* RLOEx 2011-.

En tercer lugar, cuando cumpla los requisitos necesarios para la obtención de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia -art. 59.1.c) RLOEx 2009-.

²² Tal es así que, la institución del matrimonio poligámico es contraria al orden público internacional español y en ningún caso podrá ser reconocido en España, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.3 CC.

Asimismo, y en cuarto lugar, el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente, aunque se rompa el vínculo conyugal que dio lugar a la residencia en España, ya sea por separación, divorcio o finalización de la vida en pareja. Si bien en este caso, debe acreditarse la convivencia en España con el cónyuge o pareja durante al menos dos años -art. 59.2.a) RLOEx 2011-.

Del mismo modo, el cónyuge reagrupado, caso de ser víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente en España, desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección “*a favor de la misma*” o, en su defecto, bastará un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género -art. 19.2 *in fine* LOEx 2009 y art. 59.2.b) RLOEx 2011-. En este caso, de forma excepcional, se le exime de la obligación de disponer de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. Es más, es de señalar que las solicitudes tramitadas al amparo de este apartado se tramitarán con carácter preferente y la duración de la autorización de residencia será de cinco años²³. El objetivo último de la reforma en esta materia concreta consiste en facilitar al máximo la denuncia de este tipo de hechos²⁴.

Por último, cabe que el cónyuge reagrupado obtenga una autorización de residencia independiente como consecuencia del fallecimiento del reagrupante -art. 59.2.c) RLOEx 2011-.

En los tres últimos supuestos enunciados “cuando, además del cónyuge, se haya reagrupado a otros familiares, éstos conservarán la autorización de residencia concedida y dependerán, a efectos de la renovación regulada en el art. 61 del Reglamento del miembro de la familia con el que convivan” -art. 59.3 RLOEx 2011-.

2. Los hijos del extranjero residente y del cónyuge o pareja de hecho.

A) Regla general.

Tanto la Ley 2/2009 en su art. 17.b) como el Reglamento en su art. 53.c) permiten reagrupar no sólo a los hijos que tenga el matrimonio en común, sino también aquellos que pudiera tener cada uno de los cónyuges por separado fruto de relaciones anteriores. Teniendo en cuenta que la nueva Ley de extranjería prevé una absoluta equiparación de efectos entre la pareja de hecho y el matrimonio, tal y como se ha visto en el art. 17.4 LOEx 2009, ello significa que el extranjero residente

23 La utilización del pronombre femenino “la cónyuge” en el art. 19.2 LOEx 2009 hace pensar que estamos ante una opción abierta, exclusivamente, a la esposa reagrupada. Sin embargo, esta idea vendría matizada por el hecho de que el art. 59.2.b) R LOEx 2011 reconoce al cónyuge o pareja reagrupado el derecho a obtener una autorización de residencia temporal independiente “Cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección o un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género”.

24 AGUELO NAVARRO, M.: “Claves de la reforma de la ley de extranjería”, *Iuris* (2010), p. 59.

también podrá reagrupar a los hijos de la pareja de hecho en las mismas condiciones que si se tratara de los hijos del cónyuge residente. Esta posibilidad se admite con independencia de la filiación. No olvidemos que la filiación biológica y la adoptiva están equiparadas a todos los efectos -art. 108 CC- y, por tanto, también por lo que a la reagrupación familiar se refiere. Por lo que se refiere a los requisitos que deben reunir los hijos para poder ser reagrupados son los siguientes:

En primer lugar, resulta necesario que los hijos sean “menores de 18 años” o “personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud” -art. 17.1.b) LOEx 2009 y art. 53.c) RLOEx 2011. En este punto la LOEx 2009 incorpora algunas novedades importantes. Así, de conformidad con la redacción anterior se exigía que las personas estuvieran incapacitadas “ya fuera de conformidad con la ley española o su ley personal” mediante una declaración oficial de incapacitación. El cambio introducido es favorable, ya que en la actualidad la Ley permite reagrupar a los hijos que, a pesar de no estar judicialmente incapacitados, no puedan gobernarse por sí mismos por razones de salud.

Junto a ello, debe señalarse otra modificación importante referente a los hijos menores. La Ley anterior exigía como requisito para la reagrupación que no se encontraran casados, sin embargo, la nueva Ley de extranjería ha suprimido este requisito. De manera que, en la actualidad, nada impide que se reagrupe a un menor casado, siempre que se trate de un matrimonio válido.

En segundo lugar, cuando se trate de reagrupar a hijos de uno solo de los cónyuges -ya sea hijo del extranjero residente o de su cónyuge o pareja de hecho- se añade un requisito adicional. En este caso, será imprescindible no sólo que el progenitor que lo quiera reagrupar tenga atribuida la patria potestad en solitario o la custodia en exclusiva sobre el menor; sino que, además, es necesario que la ejerza efectivamente en el sentido de que esté a su cargo. Así lo establece también el Reglamento en su art. 53.c)²⁵. De hecho, este requisito se erige como condición previa a la reagrupación, de modo que las autoridades correspondientes deberán verificar este extremo, a efectos de evitar una posible sustracción internacional de menores.

En tercer lugar, para el caso de reagrupación de hijos adoptivos, “deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne todos los

25 El art. 53.c) RLOEx 2011 describe con carácter general qué se entiende por “estar a cargo del reagrupante” un familiar, señalando que se considerará constatada tal situación cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. Esto se deduce, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.e) in fine del Reglamento 2011, cuando la parte transferida representa, al menos, el 51% del producto interior bruto per cápita del país de residencia del reagrupante.

elementos necesarios para producir efecto en España” -art.19.1.b) *in fine* LOEx 2009 y el art. 53.c) *in fine* RLOEx 2011.²⁶

En cuarto y último lugar, cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la administración receptora de la solicitud deberá comunicarlo a las autoridades educativas a efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares que correspondan -art. 18.3 LOEx 2009-.

B) Posible residencia independiente.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que los hijos obtengan una autorización de residencia independiente, es de señalar que la LOEx 2009 les reconoce este derecho en dos situaciones, a saber; bien cuando alcancen la mayoría de edad y, además, dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades, bien cuando «hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años», a tenor de lo dispuesto en el Reglamento en su art. 59.4 *in fine*.

En todo caso, la autorización de residencia por reagrupación familiar de los hijos, cuando alcancen la edad laboral, les habilitará para trabajar sin necesidad de ningún trámite administrativo adicional -art. 19.1 LOEx 2009 y 58.4 RLOEx 2011-.

3. Otros menores o incapaces extranjeros.

El art. 17.1.c) LOEx 2009 y el art. 53.d) RLOEx 2011, que prácticamente reproduce el tenor del anterior; reconocen al extranjero residente en España, el derecho a reagrupar consigo a los menores de dieciocho años y a los mayores de edad que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud, cuando sea el extranjero residente su representante legal. Ahora bien, tanto la ley como el Reglamento exigen que “el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español” -art. 17.c) *in fine* LOEx 2009 y art. 53.d) *in fine* RLOEx 2011-. Al igual que ocurre en el caso anterior, la dependencia de estas personas del extranjero constituye el criterio que determina la atribución de tal derecho.

26 En este sentido, debe recordarse que las resoluciones constitutivas de adopción emanan de expedientes de jurisdicción voluntaria. Consecuentemente, no requieren la previa obtención del *exequatur* para producir efectos en España. Ello no implica, sin embargo, que su eficacia no esté subordinada al cumplimiento de diversos requisitos. En concreto, y al amparo del art. 26.1.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional se exige principalmente que provengan de autoridad extranjera competente, y que se trate de una adopción equivalente a la institución española de la adopción. Además de ello, deben de cumplirse los requisitos de forma y traducción previstos en los arts. 323 y 144 LEC, y no ser contraria al orden público español (art. 12.3 CC).

A) Posible residencia independiente.

En relación con la posibilidad de que éstos puedan obtener una autorización de residencia temporal en España independiente de la del reagrupante, debe decirse que la LO 2/2009 guarda silencio al respecto. Sin embargo, los arts. 59.4 y art. 59.1 RLOEx 2011 precisan que los hijos y menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y cuenten con medios económicos suficientes o con un contrato de trabajo de duración mínima de un año. O bien, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años.

4. Los ascendientes del extranjero residente o de su cónyuge.

Por último, el art. 17.1.d) LOEx 2009 y el art. 53.e) RLOEx 2009 permiten la reagrupación en España de los ascendientes en primer grado del reagrupante o de su cónyuge o pareja de hecho. Este derecho, sin embargo, se condiciona al cumplimiento de tres requisitos, a saber; que sean mayores de sesenta y cinco años, además que estén a su cargo y, finalmente, que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España²⁷.

La reforma limita el derecho a la reagrupación familiar de los ascendientes mayores de 65 años cuando concurren las tres circunstancias que terminamos de ver. Sin embargo, la posibilidad de reagrupar a los ascendientes menores de 65 años queda limitada de forma excepcional a aquellos supuestos en que existan razones humanitarias -art. 53.e) -. Requisito este último que, a juicio de algunos autores²⁸, podría contravenir la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

A) Posible residencia independiente.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que los ascendientes obtengan una autorización de residencia independiente de la del reagrupante, el art. 59.5 RLOEx 2011 señala que los ascendientes reagrupados podrán obtenerla cuando hayan obtenido una autorización para trabajar cuyos efectos se supeditarán a los dispuesto en el art. 17.3 de la propia LOEx 2009.

27 A diferencia de los que ocurre en los tres supuestos anteriores, aquí se incorpora un grado de subjetividad elevado a favor de la administración; ella será, en última instancia, la encargada de valorar la existencia de dichas razones justificativas. En el desarrollo de tal proceso valorativo, la jurisprudencia compele a la administración a hacer uso de estos «criterios jurídicos indeterminados», salvaguardando unos niveles mínimos de seguridad jurídica para el justiciable.

28 AGUELO NAVARRO, M.: "Claves de la reforma ", cit., p. 58; FREIRE CORREIA GE GUSMAO, A. C.: "El derecho a la reagrupación ", cit., p. 124.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

El art. 17.5 LOEx 2009 señala que las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación se desarrollarán reglamentariamente. De esta suerte, el procedimiento para la reagrupación familiar viene concretado en el art. 18 bis LOEx 2009, precepto que debe ser analizado en conjunción con los arts. 56 a 58 del RLOEx 2011. El resultado obtenido es un procedimiento complejo, que exige una actuación coordinada por parte del extranjero residente en España y de sus familiares radicados fuera de nuestras fronteras y que desean reagruparse con él. De forma esquemática, los concretos trámites a seguir para lograr la reagrupación son los siguientes:

1. En primer lugar, y en línea con la filosofía que imbuje el art. 16.2 LOEx 2009, debe señalarse que, el legitimado para solicitar una autorización de residencia a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar con él en España -art. 18 bis.1 LOEx 2009- es el extranjero residente legal en nuestro país. En este sentido, el extranjero residente tendrá derecho a reagrupar a sus familiares cuando haya residido durante un año, como mínimo, y haya solicitado la autorización para residir, al menos, otro año, según especifica el art. 56.1 RLOEx 2011²⁹. Como toda regla general tiene algunas excepciones. La primera de ellas es el supuesto en que se pretenda reagrupar a los ascendientes, en cuyo caso el reagrupante deberá ser titular de la residencia de larga duración o de larga duración-UE. En segundo lugar, y de forma también excepcional podrá reagrupar a sus familiares sin necesidad de haber residido legalmente en España un año con carácter previo si el reagrupante se encuentra en alguna de las tres situaciones siguientes: a) sea residente en España en base a su previa condición de residente de larga duración -UE en otro Estado Miembro, b) sea titular de una Tarjeta azul-UE³⁰ o c) sea beneficiario del régimen especial de investigadores -art. 18.1 LOEx 2009 y art. 56.1.a) y b) RLOEx 2011-.

2. En segundo lugar, dicha solicitud deberá cumplimentarse en modelo oficial y deberá acompañarse de una serie de documentos especificados en el art. 56.3

29 El art. 56.2 RLOEx 2011 matiza triplemente esta afirmación. En primer lugar y como regla general, exige que el reagrupante solicite "personalmente ante la Oficina de Extranjería competente" una autorización de residencia "temporal" a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. En segundo lugar y con carácter excepcional, podrán presentar esta solicitud los propios familiares cuando el reagrupante sea residente de larga duración-UE en otro Estado miembro. Finalmente, añade el art. 56.1 in fine del Reglamento que, "no podrá concederse la autorización de residencia al familiar reagrupable (...) hasta que no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del extranjero reagrupante, o hasta que se haya concedido su autorización de residencia de larga duración o de residencia de larga duración-UE o concedido su autorización inicial de residencia en España".

30 Se refiere a los titulares del régimen especial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados en aplicación de las Directivas 2005/71, de 12 de octubre de 2005, (DOUE L289, de 3 de noviembre de 2005) relativa a relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica y la Directiva 2009/50, de 25 de mayo de 2009, (DOUE L155 de 18 de junio de 2009), relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Vid. al respecto RODRÍGUEZ PIÑERO, M. - BRAVO FERRER, M.: "La nueva legislación de ", cit., p. 11.

RLOEx 2011 referentes, tanto al solicitante como al familiar a reagrupar: Por lo que se refiere a los documentos relativos al solicitante deberá aportar la copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor; previa exhibición del documento original -art. 56.3.a).1º RLOEx 2011-. Junto a ello, deberá acompañar la copia compulsada de la documentación que acredite que cuenta con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de su familia³¹ incluyendo la asistencia sanitaria.-art. 56.3.a).2º RLOEx 2011-.

En efecto, el derecho a la reagrupación familiar presenta una conexión directa con el derecho a la asistencia sanitaria. De hecho, uno de los requisitos que se exige a los extranjeros residentes para que puedan reagrupar a sus familiares es que tengan la asistencia sanitaria propia y la de los familiares a reagrupar cubierta, lo que resulta muy difícil de conseguir³². Es por ello que en la práctica, la falta de sanidad de los extranjeros constituye, a menudo, el motivo por el que se deniega la solicitud de reagrupación.

Por lo que respecta a los documentos relativos al familiar a reagrupar que deberá aportar, se limita a una copia completa del pasaporte o título de viaje, en vigor -art. 56.3.b).1º RLOEx 2011- y una copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso de la dependencia legal y económica -art. 56.3.b).2º RLOEx 2011³³.-

3. Una vez presentada la solicitud en forma, o subsanados los defectos que ésta pudiera presentar, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda, previa obtención de oficio de un informe policial así como de la Guardia Civil y del Registro Central de Penados, en materia de seguridad y orden público por si pudieran existir razones que impidan esta reagrupación -art. 56.4 RLOEx 2011-.

4. En el caso de que se estime que el extranjero cumple con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente "resolverá la concesión de la autorización de residencia por reagrupación" -art. 56.5 RLOEx 2011-. Si bien, la eficacia de la autorización de expedición quedará suspendida, como regla general, hasta la expedición, en su caso, del preceptivo visado, y la efectiva entrada el extranjero en territorio nacional -art. 56.5.a) RLOEx 2011-. Con carácter especial, en el supuesto de familiares de residentes de larga duración-UE, titulares de una Tarjeta azul-UE o beneficiarios del régimen especial de investigadores, la eficacia de

31 A tal efecto, deberá aportar la documentación original que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante de una vivienda habitual adecuada para atender las necesidades del reagrupante y su familia, de conformidad con el art. 55 del Reglamento -art. 56.3.a).3º RLOEx 2011-.

32 Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "Supresión de la sanidad universal: el RDL 16/2012 y la exclusión sanitaria", en esta obra colectiva, donde se reflejan todas las dificultades que existen para los extranjeros a la hora de conseguir la asistencia sanitaria.

33 En los casos de reagrupación del cónyuge o pareja de hecho, deberá aportarse necesariamente una "declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja" -art. 56.3.a).4º RLOEx 2011-.

la autorización estará condicionada a la efectiva entrada del familiar en el territorio nacional -art. 56.5.b) RLOEx 2011-. En definitiva, la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación será efectiva a partir de la obtención del visado por parte del extranjero reagrupable y de su posterior entrada en España al amparo del art. 56.5 RLOEx 2011.

5. La Resolución que se dicte se grabará en la aplicación informática correspondiente, con el objeto de que tenga acceso a ella la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación reside el extranjero -art. 56.6 Reglamento-.

6. En el plazo de 2 meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización para reagrupar a sus familiares, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación reside -art. 57.1 RLOEx 2011-³⁴.

7. Junto a ello, el Reglamento de 2011 exige que la solicitud de visado vaya acompañada de cierta documentación acreditativa de la identidad y condición del solicitante. En concreto, e art. 57.2 del Reglamento de 2011 requiere:

a. Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de 4 meses -art. 57.2.a) RLOEx 2011-.

b. Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de tratarse de un solicitante mayor de edad penal. Dicho certificado deberá ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos 5 años. En el mismo no deberán de constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento jurídico español -art. 57.2.b) RLOEx 2011-.

c. Documentación original que acredite los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, la edad y la dependencia legal -art. 57.2.c) RLOEx 2011-.

d. Certificado médico acreditativo de no padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener graves repercusiones en la salud pública previstas en el Reglamento sanitario internacional -art. 57.2.d) RLOEx 2011-.

34 Caso de concurrir determinadas circunstancias especiales que impidan el desplazamiento del familiar a reagrupar, la exigencia de solicitud personal puede verse excepcionalmente sustituida por una presentación mediante representante legalmente acreditado. En el caso de tratarse de un menor cabrá su solicitud por «representante debidamente acreditado» -art. 57.1.11 RLOEx 2011-.

En todo caso, constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación de la misma, la constatación de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciada por el poder de representación o por datos que consten en la Administración -art. 57.1.11 *in fine* RLOEx 2011-.

8. La misión Diplomática u oficina consular denegará el visado cuando concurra una causa legalmente prevista de inadmisión no apreciada con anterioridad o en los supuestos no se acredite el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos al igual que si se han presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas o medie la mala fe -art. 57.3 RLOEx 2011-: En el caso de que la Misión Diplomática o la Oficina Consular entienda que se cumplen los requisitos exigidos, procederá a conceder el visado solicitado, debiendo notificar su decisión en el plazo máximo de 2 meses. El visado deberá de ser recogido personalmente por el solicitante, salvo en el caso de menores, que podrá serlo por parte de su representante -art. 57.4 RLOEx 2011-³⁵.

9. Una vez recogido el visado por el solicitante, éste deberá entrar en territorio español durante el plazo de vigencia de aquel y nunca más tarde de tres meses, de conformidad con lo establecido en el Título I del propio Reglamento de 2011 -art. 58.1 RLOEx 2011-

10. En el plazo de un mes desde la entrada en España o, en su caso desde la notificación de la concesión de la autorización, el extranjero deberá de solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero, salvo en el caso de menores, en que podrá solicitarse por su representante -art. 58.2 RLOEx 2011-.

11. Por lo que respecta a la validez temporal de la autorización de residencia conviene distinguir dos situaciones, la primera, cuando el reagrupante sea titular de una autorización de residencia temporal. En este caso, la vigencia de la autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España -art. 58.3 I RLOEx 2011-.

La segunda situación puede darse cuando el reagrupante tenga la condición de residente de larga duración o de residencia de larga duración-UE en España. En este supuesto, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la Tarjeta de Identidad de Extranjero de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España. La posterior autorización de residencia del reagrupado será de larga duración -art. 58.3. II RLOEx 2011-.

I. Posibilidad de renovar las autorizaciones de residencia temporal.

El art. 61 del Reglamento aborda la renovación de estas autorizaciones de residencia temporal en virtud de reagrupación familiar, señalando que la misma se solicitará en modelo oficial en el plazo de 60 días naturales antes de su expiración

³⁵ De no recogerse el visado en el plazo determinado, se entenderá que el interesado renuncia al visado concedido y se producirá el archivo del procedimiento -art. 57.4 *in fine* RLOEx 2011-.

-art. 61.1 RLOEx 2011- y que se presentará y tramitará conjuntamente con las del reagrupante, salvo causa que lo justifique -art. 18 bis.1 LOEx 2009 y 61.8 RLOEx 2011-.

Para la renovación de la autorización de residencia, la administración podrá tener en cuenta y valorar, asimismo, otros factores como, el esfuerzo de integración del extranjero o el cumplimiento de las obligaciones del solicitante en materia tributaria y de seguridad social, así como el caso de aquellos extranjeros que hubiesen sido condenados por la comisión de algún delito y ya hubiesen cumplido la condena. Ahora bien, en todos estos casos, la administración valorará previo informe de oficio emitido por la autoridad correspondiente -art. 61.6 RLOEx 2011-.

La resolución sobre la renovación se entenderá que es favorable en el supuesto de que la administración no resuelva expresamente en plazo de tres meses a contar desde la presentación de la solicitud -art. 61.9 RLOEx 2011-. No obstante, la resolución favorable se comunicará al interesado -art. 61.10 RLOEx 2011- Por lo que respecta a la duración de esta renovación, es de señalar que la autorización de residencia por reagrupación familiar renovada se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la renovación -art. 61.11 RLOEx 2011-.

IV. RÉGIMEN DE LOS REFUGIADOS, ASILADOS Y APÁTRIDAS.

El régimen sobre reagrupación familiar previsto en la LOEx 2009 debe complementarse, con lo dispuesto en la normativa especial en materia de refugiados y asilados. En concreto, nos referimos a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria que deroga la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado.

Es de señalar que la reforma de la Ley española en materia de asilo y refugio se estimaba absolutamente necesario para incorporar a nuestro ordenamiento las diferentes normas europeas que se han ido elaborando en la materia. De hecho, se ha desarrollado una política europea de asilo, que arranca con el Tratado de Ámsterdam de 1997 y que ha producido un extenso elenco de normas europeas que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante los oportunos cambios legislativos. En concreto, el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

En particular, y por lo que a la reagrupación familiar se refiere, la Ley incorpora, como novedad, un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar que garantiza el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria amparado en las previsiones de la Directiva 2003/86/CE,

del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El procedimiento se configura como una alternativa a la extensión familiar de derecho de asilo que, hasta ahora, constituía la única opción para los refugiados. Asimismo, pretende dar una respuesta más eficaz a los casos en que las personas integrantes de la unidad familiar de la persona protegida no requieren de protección, pero sí de un régimen de residencia y prestaciones que permitan el mantenimiento de la unidad familiar en condiciones óptimas.

Así, el art. 40 Ley 12/2009 mantiene, al igual que su antecesora, la posibilidad de la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria. Sin embargo, el art. 41 introduce, como novedad, la posibilidad de que las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria puedan reagrupar a sus familiares. De este modo y haciendo abstracción, los refugiados, asilados y beneficiarios de protección que quieran reunir con ellos a sus familiares tienen dos opciones:

A. Como primera opción, el art. 40 señala la posibilidad de obtener el derecho de asilo o la protección subsidiaria de la persona refugiada «por extensión» a los siguientes familiares: por un lado, a los ascendientes y descendientes en primer grado, salvo los supuestos de independencia familiar; mayoría de edad y distinta nacionalidad. Por otro lado, se hace extensible al cónyuge del refugiado o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de divorcio, separación legal, separación de hecho o distinta nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado por razón de género, esto es, cuando se haya producido violencia de género o existan razones fundadas de que ésta produzca por parte de su cónyuge o conviviente de hecho. Esta posibilidad de obtener el derecho de asilo o protección subsidiaria por extensión se podrá ampliar a otros miembros de la familia de la persona refugiada o beneficiaria de la protección subsidiaria, siempre que resulte suficientemente acreditada la dependencia respecto de aquellos³⁶.

La tramitación de este tipo de solicitudes se llevará a cabo por la oficina de Asilo y Refugio -art. 40.3 Ley 12/2009-. La forma de proceder es la siguiente: una vez instruidas, se procederá a elevar la propuesta de resolución al Ministro del Interior; previo estudio por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio -art. 40.3 *in fine* Ley 12/2009-³⁷. La protección internacional por extensión familiar se denegará -art. 41.5 Ley 12/2009- cuando se trate de personas que hayan cometido delitos de especial gravedad o existan motivos fundados para considerarlas muy peligrosas o

36 En todo caso, las relaciones familiares de los ascendientes y descendientes deberán establecerse mediante las pruebas científicas que sean necesarias, en los casos donde no pueda determinarse sin dudas esa relación de parentesco -art. 40.1 Ley 12/2009-.

37 La Resolución por la que se acuerde esta protección internacional por extensión familiar implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados -art. 36 Ley 12/2009-.

constituyan una amenaza para la comunidad y para la seguridad exterior e interior del país -arts. 8.2 y 3 y arts. 9, 11 y 12 Ley 12/2009-.

B. En segundo lugar, y como alternativa a la extensión familiar, el art. 41.1 prevé la posibilidad de que los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria opten por reagrupar a sus familiares. En este sentido, los familiares reagrupables son los mismos que en el supuesto de la extensión familiar que terminamos de ver -art. 40 Ley 12/2009-. No obstante, a diferencia de la extensión familiar, en este caso, la reagrupación siempre será posible aunque los beneficiarios sean de nacionalidad distinta a la persona refugiada o beneficiaria de la protección subsidiaria.

La obtención de la Resolución que acuerde la reagrupación familiar implicará automáticamente la concesión de autorización de residencia -art. 41.3. No obstante, los familiares reagrupados no podrán ejercer, a su vez, el derecho a la reagrupación de otros familiares -art. 41.4-.

V. NORMATIVA EUROPEA: LA DIRECTIVA 2003/86/CE DEL CONSEJO, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2003, SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

I. Introducción.

La Directiva 2003/86/CE fue fruto de un largo y complejo proceso de redacción desarrollado en los últimos años en el seno de la Unión Europea³⁸. Su objetivo era fijar las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, del que son titulares los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 1). En este sentido, la Directiva no contiene un modelo único de solución en la materia que debe incorporarse en cada sistema nacional, sino que se limita a ofrecer unas directrices a seguir con el objeto de lograr respuestas nacionales armonizadas.

Tal es así que, su elaboración y posterior incorporación en los distintos Estados miembros no garantiza, en absoluto, una completa armonización en la materia. Ello es así por cuanto que la Directiva de 2003 es de mínimos y los Estados tienen un cierto margen de maniobra. De ahí que dependiendo del Estado en el que nos encontremos, las trabas previstas para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros Estados pueden ser mayores o menores. Es más, no todos los Estados miembros quedan vinculados por esta Directiva, tal es el caso de Irlanda, Gran Bretaña y Dinamarca³⁹. En consecuencia, a la compleja y diferente transposición en cada Estado miembro debemos añadir el régimen jurídico

38 GÓMEZ CAMPELO, E.: "La compleja aplicación de ...", cit., pp. 73 y ss.

39 SERRANO SÁNCHEZ, L.: "Reagrupación familiar en España y en Europa: una visión comparada", Tesina (2013).

paralelo existente en estos tres países, lo que pone de manifiesto la ausencia de un régimen armonizado en el ámbito de la Unión Europea.

De acuerdo con su art. 20.1, su transposición a los diversos ordenamientos nacionales debía haberse producido antes del 3 de octubre de 2005. No obstante, en España su incorporación se ha producido con un cierto retraso. En efecto, no será hasta 2009 cuando se transpone a nuestro ordenamiento jurídico con ocasión de la LOEx 2009. Reforma que, como se ha visto al comienzo de esta lección, tenía precisamente como uno de sus objetivos principales incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva comunitaria 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. De este modo, conviene exponer las pautas a seguir que marca la Directiva en materia de reagrupación familiar; y teniendo en cuenta que en realidad constituye un texto de mínimos, se podrá valorar como se ha producido su transposición en nuestro sistema.

2. Ámbito de aplicación de la Directiva.

La Directiva se aplica en aquellas ocasiones en que el reagrupante es titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un periodo de validez superior o igual al año y posee, además, perspectivas de obtener un derecho a la residencia permanente. Obviamente, se exige que los miembros de su familia sean nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico -art. 3.1 y 3 Directiva-. Sin embargo, la Directiva no se aplicará en aquellas ocasiones en que el reagrupante: 1. haya solicitado el estatuto de refugiado sin que la misma se encuentre todavía resuelta, 2. esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o que haya solicitado la autorización de residir por este mismo motivo y se encuentre pendiente de resolución sobre su estatuto o, 3. esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de formas subsidiarias de protección o que haya solicitado la misma y esté todavía pendiente -art. 3.3 Directiva-. En todo caso, la aplicación de la Directiva puede excepcionarse en aquellos supuestos en que existan disposiciones más favorables, bien de origen internacional o estatal -arts. 3.4 y 5 Directiva-.

3. Personas reagrupables.

El texto de la Directiva concreta las personas susceptibles de ser reagrupadas. En primer lugar, señala al cónyuge del reagrupante -art. 1.1.a) Directiva-. En relación al mismo, la existencia -fuera de las fronteras europeas- de modelos matrimoniales notablemente distintos al existente en Europa, motiva que la Directiva incorpore dos salvedades a este derecho. Así, en primer término, precisa que en el caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado de la Unión, dicho Estado no autorizará la reagrupación

familiar de otro cónyuge -art. 4.4.I Directiva-.Y, en segundo término, señala que, con el objeto de garantizar un mayor grado de integración, y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima determinada, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante. Sin que ésta pueda exceder los 21 años -art. 4.5 Directiva-. En segundo lugar, a los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos -art. 1.I.b) Directiva-.

En tercer lugar, a los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos. Cuando alguno de ellos tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo -art. 1.I.c) y d) Directiva-⁴⁰. En este último caso, cabrá autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

Este principio general de autorización de la reagrupación de los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, presenta dos limitaciones en el propio texto de la Directiva. Por un lado, se admite la posibilidad de que los Gobiernos de los distintos países de la Unión limiten la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante -art. 4.4.II Directiva-.Y, por otro lado, señala que excepcionalmente los Estados podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, siempre que así se admita por sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la propia Directiva. Si las solicitudes se presentan después de esta edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción deberán de autorizar la entrada y residencia de dichos hijos, pero lo harán por motivos diferentes al de la reagrupación familiar -art. 4.6 Directiva-.

En cuarto lugar, junto al listado de personas que terminamos de mencionar, cuya entrada debe ser necesariamente autorizada, la propia Directiva reconoce la capacidad que poseen los Estados miembros de autorizar, por vía legislativa o reglamentaria, la entrada y residencia de otros miembros de la familia, siempre que se cumplan las condiciones señaladas por la propia Directiva. Se trata, en concreto, de:

a. Los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen -art. 4.2.a) Directiva-.

b. Los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades como consecuencia de su estado de salud -art. 4.2.b) Directiva-.

⁴⁰ En este caso, como en todos aquellos en los que se incorpora una referencia a "hijos menores", se entiende por tal a aquellos que poseen una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y, además, no están casados -art. 4.1.II Directiva-.

c. La pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada -art. 4.3.I Directiva-.

d. Del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de acuerdo con el art. 5.2 de la Directiva -art. 4.3.I Directiva-. De hecho, se admite que los Estados puedan decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar -art. 4.3.II Directiva-.

e. De los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de la pareja no casada o registrada -art. 4.3.I Directiva-.

f. De los hijos mayores solteros de la pareja no casada o registrada, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud -art. 4.3.I Directiva-.

4. Condicionantes del ejercicio del Derecho de reagrupación familiar.

La aceptación del derecho a la reagrupación familiar de determinados familiares del extranjero residente, que incorpora la Directiva, está sometida a diversas condiciones. En este sentido se señala que al presentar la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro del que se trate podrá requerir al solicitante prueba de que dispone, en primer lugar, de una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región, y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate -art. 7.1.a) Directiva-.

En segundo lugar, que cuenta con un seguro de enfermedad para sí mismo y los miembros de su familia -art. 7.1.b) Directiva-. Y, finalmente, que dispone de recursos fijos y regulares suficientes para sí mismo y los miembros de su familia, atendido el nivel de vida y características sociales del concreto Estado miembro, "*sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro del que se trate*" -art. 7.1.c) Directiva-.

En tercer lugar, se podrá exigir a los nacionales de terceros Estados que cumplan las medidas de integración, de conformidad con la legislación nacional -art. 7.2.I Directiva-. De igual modo, también se permite solicitarle al reagrupante un período mínimo de residencia en su territorio antes de reagrupar a sus familiares. Dicho período no podrá exceder los dos años -art. 8.I Directiva-.

Ahora bien, en todo caso, los Estados de la Unión podrán denegar una solicitud de entrada y residencia de los miembros de la familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública -art. 6. I Directiva-. Por los mismos motivos podrán,

igualmente, retirar el permiso de residencia o denegar su renovación a estos familiares -art. 6.2.I Directiva-⁴¹.

VI. CONCLUSIONES.

El derecho a la reagrupación familiar es una manifestación directa del derecho a la vida en familia y la intimidad familiar y constituye un elemento esencial en la integración de los extranjeros. Qué duda cabe que el derecho a la reunificación familiar constituye una de las fórmulas más eficaces para lograr la integración de los extranjeros en un país. Este derecho, en principio, corresponde a todas las personas al margen de su nacionalidad. Sin embargo, en ocasiones se convierte en una misión imposible para algunos extranjeros, sobre todo, los que pertenecen a terceros Estados.

Se prevé un régimen jurídico diferenciado dependiendo de la nacionalidad del reagrupante. De este modo, se prevé una normativa mucho más favorable cuando el solicitante es un ciudadano de la Unión Europea, frente a otra mucho más restrictiva cuando el reagrupante es nacional de un tercer Estado.

Pese a los esfuerzos de la Unión Europea en fijar unos estándares comunes mínimos en los Estados miembros para los nacionales de terceros Estados, lo cierto es que seguirán habiendo diferencias puesto que la Directiva de 2003 permite un cierto grado de maniobra a los Estados a la hora de regular el ejercicio de este derecho.

Teniendo en cuenta, por un lado, que la reagrupación familiar constituye una vía que permite regularizar la situación de los extranjeros en otro país obteniendo permiso de trabajo y residencia. Y, por otro lado, asumiendo que las personas reagrupadas, a su vez, podrán reagrupar, resulta necesario encontrar un equilibrio entre la necesidad de ejercer de forma efectiva este derecho sin que ello implique una vulneración de las normas de extranjería.

41 Con el fin de objetivar todas estas razones, el texto de la Directiva afirma la necesidad de tener “debidamente” en cuenta la naturaleza y solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen -art. 17 Directiva-). Igualmente, se valorará la gravedad o el tipo de infracción cometido contra el orden público o la seguridad pública, por el miembro de la familia, o el peligro que implique dicha persona -art. 6.2.II Directiva-.



EL RETORNO INMEDIATO DEL MENOR EN LA
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

*PROMT RETURN OF THE CHILD IN INTERNACIONAL CHILD
ABDUCTION*

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 242-263



Isabel
REIG
FABADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de marzo de 2015

RESUMEN: El presente trabajo analiza el instrumento más eficaz que existe actualmente en la sustracción internacional de menores: la orden de retorno inmediato del menor. Si bien la problemática suscitada es de largo alcance y experimenta un tratamiento transversal a lo largo de diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico, lo cierto es que el retorno del menor se ha regulado a través de instrumentos internacionales y supranacionales que han conseguido dotarle de eficacia. Efectivamente, tanto el Convenio de la Haya de 1980, con carácter principal, como el Reglamento 2201/2003, con carácter complementario para las situaciones intracomunitarias, han perfilado esta figura que tiene como objetivo básico y fundamental la protección del interés superior del menor. En el plano de la Unión europea con una serie de elementos que introduce el citado Reglamento que tratan de mejorar su regulación y que presentan como dato histórico la primera vez que se permite la eliminación del exequátur para determinadas decisiones en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional privado, secuestro internacional de menores, traslado ilícito, orden de retorno inmediato, competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, exequátur.

ABSTRACT: This paper analyzes the most effective instrument that currently exists in the International Child Abduction: the prompt return of the child. While the problems raised is far-reaching and undergoes a horizontal approach along different areas of law, the truth is that the child's return has been regulated by international and supranational instruments that have managed to provide it with efficiency. Indeed, both the Hague Convention of 1980, primarily, as Regulation 2201/2003, additionally to the intra-EU situations, have shaped this figure whose basic and fundamental objective is the protection of interests of the child. At the level of the European Union with a series of elements introduced that regulation seeking to improve its regulation and posing as historical fact the first time that the elimination of exequatur for certain decisions in this area is allowed.

KEY WORDS: Private international law, International Child Abduction, prompt return of a child, choice of jurisdiction, recognition and execution of judicial resolutions, exequatur.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.- 1. Introducción.- 2. El modelo de cooperación del convenio de la Haya de 1980.- 3. La competencia judicial internacional.- 4. Excepciones al retorno inmediato del menor.- III. La sustracción internacional de menores en el Reglamento 2201/2003.- 1. Introducción.- 2. Instrumentos del Reglamento contra el secuestro internacional de menores.- A) Aspectos procesales atinentes a la orden de restitución.- B) Normas de competencia judicial internacional. C.- Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. 3.- Relaciones con otros instrumentos.

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años y bajo la creciente proliferación de las relaciones jurídicas transnacionales, así como del aumento de las crisis matrimoniales, las situaciones de traslado ilícito de menores se han convertido en un fenómeno que podría calificarse como habitual. Un perfil poliédrico y cambiante que se manifiesta en que, actualmente, casi la tercera parte de los supuestos de sustracción internacional de menores es llevada a cabo por el progenitor que ostenta la custodia de los menores, en la mayor parte de los casos, la madre.

El objeto de este trabajo pretende ofrecer una perspectiva jurídica de este problema, tanto desde el punto de vista del sistema español, como, por extensión, desde el de la Unión Europea, con base en el sistema del Reglamento 2201/2003 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de crisis matrimonial y responsabilidad parental, conocido como Bruselas II bis.

Los intentos de regulación del secuestro internacional de menores han llevado al legislador español a intentar ofrecer soluciones desde diferentes ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico. Desde el Derecho penal, el Derecho civil y el Derecho internacional privado se han desarrollado diferentes aspectos de la regulación de estas situaciones. Tal es el interés del legislador que, en España, el Proyecto de la Ley de la Jurisdicción voluntaria de 2014¹ reforma la Ley de Enjuiciamiento civil

1 Proyecto de Ley de la Jurisdicción voluntaria, núm. 121/000112, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 5 de septiembre de 2014, serie A, Proyectos de Ley, núm. 112-1, pp. 1-112.

• Isabel Reig Fabado

Es profesora contratada doctora de Derecho internacional privado en el Departamento de Derecho internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Facultad de Derecho de la Universitat de València. Ha participado en proyectos de investigación sobre sustracción internacional de menores y otras temáticas transnacionales. Actualmente, organiza talleres de clínica jurídica sobre traslado ilícito de menores y es titular de un Módulo Jean Monnet en materia de ciudadanía europea y nacionales de terceros Estados. Correo electrónico: isabel.reig@uv.es.

1/2000 en relación con este tema, y lo regula a través de un proceso propio e independiente fuera de la jurisdicción voluntaria a cargo de los Juzgados de Primera Instancia competentes en materia de Derecho de familia, ofreciendo la posibilidad de mediación familiar como mecanismo negocial previo al litigio.

Sin embargo, la práctica ha demostrado falta de eficacia de esta regulación diversificada transversalmente que no puede ofrecer soluciones integrales y coordinadas cuando se lleva a cabo el traslado ilícito del menor. Y lo cierto es que el único instrumento realmente eficaz hasta ahora es la "orden de retorno inmediato" regulada en instrumentos internacionales multilaterales -y de los que España es parte- que prevé un mecanismo judicial efectivo para procurar la devolución del menor con carácter inmediato al lugar de residencia anterior al traslado ilícito, si bien esta inmediatez ha sido cuestionada². Esta orden de retorno puede dictarse en aplicación del Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores o, en supuestos *intracomunitarios* y bajo ciertas circunstancias, bajo el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, conocido como Reglamento Bruselas II bis. Razones que circunscriben el objeto de este trabajo, bajo la perspectiva del Derecho español, a la regulación de la orden de retorno inmediato del menor en estos instrumentos.

Sin embargo y a pesar de su importancia, junto a estos instrumentos también existen otros textos que, si bien no son específicos del secuestro internacional de menores, sí que abarcan tangencialmente el problema pudiendo ser de aplicación algunas de sus disposiciones. Nos referimos, en primer término, al Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980. Este Convenio se ha aplicado poco³ e incide en el ámbito del *exequatur*, con todas las dificultades que plantea la larga tramitación del mismo en estos supuestos que requieren de una solución inmediata y eficaz. Asimismo, este Texto ha perdido operatividad pues no es aplicable a los supuestos *intracomunitarios* desde la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II bis, desde el 1 de marzo de 2005⁴.

Otros convenios internacionales multilaterales y bilaterales contienen normas que afectan a la sustracción internacional de menores, en ocasiones desde el tratamiento de cuestiones conexas más generales, a saber, el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en cuestión de protección de menores, el Convenio de las Naciones Unidas de 20 de

2 Vid. la STEDH 1 febrero 2011, en el asunto *Karoussiotis*.

3 Vid. ATS 23 mayo 2006.

4 Vid. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II. Granada (2014): Comares, p. 354.

noviembre de 1989, sobre los derechos del niño y el Convenio Interamericano de 15 de julio de 1989, sobre restitución internacional de menores. Y, junto a estos hay, asimismo, convenios bilaterales que pueden ser de aplicación. De entre ellos, merece la pena destacar el convenio bilateral con Marruecos de 1997, de 20 de mayo, relativo a la asistencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, que sí es específico de la materia.

II. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

I. Introducción.

El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se ha elaborado en el seno de la Conferencia de la Haya. Este Convenio ha sido ratificado por más de 80 países -España lo ratificó en 1987- y se aplica a todo menor de 16 años que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes del traslado ilícito y que, además, sea trasladado al territorio de otro Estado contratante.

La consideración del carácter ilícito del traslado se concreta cuando infrinja o lesione el derecho de custodia atribuido a una persona o institución. En definitiva, "el derecho de custodia tiene que existir ya cuando se produce el traslado". Y, además, tal derecho debe estar ejercitándose de modo efectivo en el momento en que se produce la sustracción del menor. En concreto, cubre tanto aquellos supuestos en que hay una resolución judicial o administrativa relativa a la custodia del menor, como aquellos en que falta una decisión de este tipo, pero tal custodia se ha pactado en un acuerdo entre las partes con valor legal en el Estado donde se ha realizado o, incluso, se ejerce de pleno derecho -art. 3.b)-. El Convenio exige que se hayan vulnerado los derechos de custodia, de manera que, atendiendo al tenor literal de la definición no cubriría aquellos traslados realizados quebrantando los derechos de visita por quien ostenta la guarda del menor⁵. En este caso, parte de la doctrina entiende que cuando se han infringido los derechos de visita no se podría utilizar la acción de retorno inmediato del menor, sino que se activaría el mecanismo previsto en el art. 21 del Convenio que obliga a las Autoridades Centrales a cooperar para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visitas.

A diferencia del resto de textos convencionales, no se trata de un Convenio de Derecho aplicable, ni de competencia judicial internacional (pese a que establezca alguna regla de competencia judicial internacional implícita, como veremos más adelante), ni tampoco de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de

5 Vid. Sentencia de la AP de Asturias, de 30 de abril de 2007.

custodia de menores, sino de un Convenio de colaboración entre las autoridades de los diferentes Estados parte con el fin de agilizar al máximo los trámites en aras a la consecución de su objetivo básico, a saber, el retorno inmediato del menor a su Estado de origen⁶.

El Convenio se centra exclusivamente en la cooperación judicial posterior al traslado ilícito del menor, cuestión que no se libró de ciertas críticas que abogaban por el tratamiento preventivo⁷. Así, el principio en el que se basa el Convenio es el interés superior del menor que aparece formulado de forma expresa en la Exposición de Motivos del Convenio ha inspirado muchas de las soluciones que contiene⁸. ESPINOSA entiende que existe una implícita consideración del interés del menor en momentos diferentes: cuando el menor debe o no regresar a su país de origen y cuando se decide sobre la custodia. De modo que, sobre la base del interés del menor como principio básico, el Convenio de la Haya se fijaba en un principio dos objetivos, por un lado, conseguir el retorno inmediato del menor que ha sido ilícitamente trasladado. Y, por otro lado, velar porque los derechos de visita y custodia reconocidos en un Estado miembro fueran respetados en los demás -art. 1 a) y b)-⁹.

Sin embargo, en realidad el Convenio se centra básicamente en el retorno –a su entorno vital, art. 1- y, tan sólo dedica un artículo al derecho de visita -art. 21- que, además, plantea numerosos problemas de interpretación¹⁰. Con el agravante que una de las principales razones que provoca un traslado ilícito es la deficiente regulación del derecho de custodia y de visitas a nivel transnacional. En consecuencia, uno de los mejores remedios contra este traslado ilícito es un efectivo y satisfactorio ejercicio del derecho de visitas, si bien esta restitución no implica una decisión sobre el fondo de los derechos de visita o custodia, sobre las que se decidirá posteriormente¹¹. En consecuencia, ninguna decisión tomada en cumplimiento del Convenio de la Haya podrá afectar a la cuestión de fondo del derecho de custodia -art. 19-¹².

Sin embargo, en España, en unos casos, fue interpretado como un convenio de auxilio judicial en lugar de uno de restitución de menores¹³. En otros, se entendió como un convenio de reconocimiento y ejecución que se instrumentalizaba a través del *exequátur*. Y, asimismo, durante muchos años no existió una normativa interna

6 Vid. el Auto de la AP de Almería de 6 de febrero de 2004.

7 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Secuestro internacional de menores ('legal kidnapping') y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *Poder Judicial* (1986), 2ª época, núm. 4, pp. 27 y ss.

8 Vid. PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de Familia* (2002), nº 16, julio, pp. 255 y ss.

9 Vid. la Sentencia del TC 120/2002, de 20 de mayo de 2002.

10 Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid (2004): Colex, pp. 80-115.

11 Vid. AAP Madrid 5 septiembre 2005.

12 Vid. Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa, de 9 de julio de 2008.

13 Vid. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional. cit.*, p. 367.

que fijase un procedimiento acorde al Convenio con todos los inconvenientes y dificultades que ello implicaba en la práctica. Esta normativa se introdujo finalmente en 1996 a través de la disposición final decimonovena de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que modifica parcialmente el Código civil y la LEC de 1881. En concreto, introdujo los arts. 1901 a 1909 de la LEC de 1881 que prevén un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Preceptos que todavía están en vigor en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil a la espera de la próxima Ley sobre jurisdicción voluntaria cuya ya citado Proyecto de reforma ya se ha aprobado¹⁴.

2. El modelo de cooperación del Convenio de la Haya de 1980.

El modelo de cooperación se recoge fundamentalmente en el Capítulo II del mismo y, a tal efecto, cada Estado deberá designar una Autoridad Central que será la encargada de tramitar y dar curso a este tipo de solicitudes de retorno -arts. 6 y 7-. En España, dicha autoridad es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En realidad, el Convenio posibilita el nombramiento de más de una Autoridad Central que favorecería la eficacia del sistema¹⁵. A tal efecto, las funciones que realiza son básicamente las siguientes: en primer lugar, localizar a los menores en el Estado parte donde ha sido trasladados. Y, en segundo lugar, garantizar su devolución al Estado de origen requiriendo la cooperación de las autoridades competentes en sus Estados respectivos -art. 7-.

En un primer momento, se trata de conseguir el regreso voluntario del menor a través de esta cooperación promovida por las Autoridades Centrales del Estado donde está retenido ilícitamente el menor -art. 10-. Si a través de esta vía la Autoridad Central del país de origen no consigue una devolución voluntaria, ésta iniciará en una segunda fase el procedimiento judicial oportuno para tratar de conseguir el retorno del menor. Cabe la posibilidad de solicitar el retorno del menor directamente a las autoridades judiciales obviando la vía previa de las Autoridades Centrales -art. 29-, en detrimento de la mediación familiar en esta materia¹⁶ y bajo la necesidad de evitar una ruptura excesivamente brusca del menor con su entorno (STEDH 6 diciembre 2007 en el asunto Maumousseau).

El citado procedimiento de cooperación entre autoridades previsto en el Convenio para obtener el retorno inmediato del menor se inicia a instancia de parte. A tal efecto, la persona que ha visto vulnerados sus derechos de custodia o visita deberá solicitar el retorno del menor a través de un formulario estándar. Dicha

14 Vid. el Proyecto de Ley de la jurisdicción voluntaria, en BOCCGG, de 5 de septiembre de 2014, serie A, n°121/112, 101 pp.

15 Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ A.: "El papel de la 'Autoridad Central': Los Convenios de la Haya y España", *R.E.D.I.* (1993), vol. XLV, 1993 (1), p. 34.

16 Vid. PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional. *cit.*, p. 259.

solicitud se presenta ante la Autoridad Central del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o ante la de cualquier otro Estado contratante. En caso de que la Autoridad Central del Estado requerido tenga conocimiento de que el menor se encuentra en otro Estado contratante deberá transmitir directamente y sin demora la demanda a la Autoridad Central de dicho Estado o al demandante -art. 9- con el fin de que sea tramitada lo antes posible. Cuando no se haya logrado el retorno inmediato a través de las Autoridades Centrales entonces la parte podrá instar el procedimiento ante las autoridades judiciales. En tal caso, sí que será necesario que la parte acuda representada por un abogado. A tal efecto, el art. 25 prevé la asistencia jurídica gratuita para los nacionales y los residentes de los Estados contratantes en las mismas condiciones que si fueran nacionales de dicho Estado.

Para poner en marcha esta segunda fase, el texto convencional exige en su art. 2 que cada Estado *“adopte las medidas apropiadas...”* recurriendo a *“los procedimientos de urgencia de que dispongan”*. En definitiva, no se obligaba a cada Estado a que crease un procedimiento especial a tal efecto, sino que se instaba a cada Estado parte a que aplicase los procedimientos más rápidos y eficaces disponibles en cada país. En el caso español, los citados arts. 1901 a 1909 de la LEC de 1881 que se estiman fundamentales para la correcta aplicación del texto convencional. Precisamente, porque configuran un procedimiento de jurisdicción voluntaria que sigue siendo eficaz tras la entrada en vigor de la LEC I/2000. En efecto, la disposición Derogatoria única lo deja a salvo hasta la entrada en vigor de la futura Ley sobre jurisdicción voluntaria o la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil cuyo actual proyecto de reforma ya se ha mencionado.

3. La competencia judicial internacional.

La decisión judicial será determinante para establecer el órgano competente para conocer de la cuestión de fondo relativa a los derechos de guarda y custodia. Y ello pese a que el Convenio de la Haya tan sólo ordena la restitución del menor sin entrar a valorar la cuestión de fondo que se resolverá en un momento posterior. De este modo y como regla general, ordenará la restitución del menor en cuyo caso la competencia para decidir al respecto la tendrán los tribunales del país de origen, esto es, los de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado ilícito. Por el contrario, si el juez ordena la no restitución con base en alguna de las excepciones previstas en el propio Convenio -que luego veremos-, la competencia pasarán a tenerla los tribunales del país donde ha sido trasladado o de la nueva residencia del menor. A pesar de que el Convenio no regula la competencia judicial internacional lo cierto es que sí que fija unas reglas implícitas de competencia¹⁷.

17 Vid. PÉREZ VERA, E.: *“Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980”*, en ponencia presentada en la *Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*, celebradas los días 12 y 13 de agosto de 2002 en Montevideo (Uruguay), p. 2.

4. Excepciones al retorno inmediato del menor.

El propio texto convencional establece una serie de motivos extraordinarios que permiten a la autoridad competente del país donde ha sido trasladado el menor ordenar la no restitución -arts. 13 y 20-. Tales motivos se recogen en el artículo 13 de su articulado y confieren al juez un amplio margen de discrecionalidad. Estas excepciones convencionales plantean el peligro de desviar el objetivo del Convenio perjudicando así el interés del menor por lo que su interpretación debe ser restrictiva. Las causas denegatorias del retorno se concretan en: a. que la persona que tenía la custodia no la ejercía o consintió el traslado -art. 13.a)-; b. que exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un grave peligro físico o psíquico o le coloque en una situación intolerable como puede ser separar al menor de los hermanos -art. 13.b)-; c. que el menor se oponga a su restitución y dicha oposición deba ser considerada por el tribunal o autoridad dada su edad o su grado de madurez -art. 13.4-; d. que los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades públicas no permitan la restitución. Estamos ante una excepción de orden público; f. finalmente, hay un último motivo de rechazo dependiendo del plazo en el que se haya iniciado el procedimiento previsto en el Convenio.

Sin embargo, en caso de que se inicie el procedimiento una vez se ha superado el plazo de un año desde que se produjo el traslado, también se podrá ordenar el retorno, salvo que quede probado que el menor se ha integrado en su nuevo medio -art. 12.2°. En este caso, el principal problema que se plantea en la aplicación de esta regla es el cómputo del plazo de un año.

Cuando concurra alguna de las excepciones de los arts. 12, 13 y 20 se intentará dar audiencia al menor durante el proceso, a menos que se estime que no es conveniente dada su corta edad o grado de madurez. El Convenio no establece una edad concreta en virtud de la cual deberá ser tenida en cuenta la opinión del menor; que se fijará *ex casu*, situación que da lugar a diferentes interpretaciones (AAP Sevilla 12 septiembre 2008 frente a AAP Cáceres 3 junio 2003 o AAP Barcelona 16 abril 2004) El resultado final de este procedimiento, esto es, que prospere o no alguna de las excepciones alegadas dependerá del éxito de la prueba. La carga de la prueba recae en este caso sobre la parte que ha realizado el traslado ilícito que podría devenir lícito.

Si se llega a la conclusión de que el menor no debe ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, se faculta a las autoridades administrativas o judiciales del Estado requerido para que decida sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia (SAP Santa Cruz de Tenerife 26 noviembre 2007).

III. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL REGLAMENTO 2201/2003.

I. Introducción.

El Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, es conocido como Bruselas II bis. Si bien consolida el sistema contenido en el Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980 y en el Convenio de 1996, lo cierto es que introduce algunas modificaciones. Este continuismo tiene su base en que, probablemente, en la actualidad, el instrumento contenido en el Convenio de la Haya de 1980 –la orden de retorno inmediato– continúa siendo, como se ha visto y pese a deficiencias en la aplicación práctica de su funcionamiento, la única vía paliativa eficaz contra este complejo fenómeno (STJUE 11 julio 2008 en el asunto *Rinau*).

De entrada, el Reglamento sólo regula las situaciones de traslado ilícito intracomunitarias. Esto es, y según el mismo Reglamento, se prevé su operatividad para los supuestos de traslados ilícitos de un Estado miembro del Reglamento a otro Estado miembro del Reglamento. Además, se establece como condición de aplicabilidad la necesidad de verificar que el traslado o la retención es ilícito (casos art. 2.11 Rº). Con este objeto, el mismo Reglamento establece una definición de “Traslado o retención ilícitos del menor”. Así, en su art. 2.11 a y b define como ilícito el traslado o retención del menor cuando se produce con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ley o por pacto con efectos jurídicos según la ley del Estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención. Se añade el requisito de que ese derecho se ejerciera efectivamente –de manera conjunta o separada– o se hubiera ejercido de no producirse el traslado (STJUE 5 octubre 2010, en el asunto *McB*).

En este punto, el Reglamento añade un concepto autónomo referido a la custodia conjunta de notable valor práctico. Concretamente, para considerar la existencia de la custodia conjunta se requiere el consentimiento de los dos titulares de la misma para decidir sobre la residencia habitual del menor¹⁸. De no ser así, es traslado es considerado como ilícito. La inclusión de un concepto amplio de custodia corrige la práctica de eludir el retorno del menor calificando el traslado de lícito, limitando el margen de actuación de la persona que lleva a cabo el traslado.

En definitiva, el Reglamento 2201/2003 altera parcialmente la articulación procesal de la orden de retorno inmediato. Estas modificaciones consisten

¹⁸ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “La sottrazione di minori nell’Unione Europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell’Aja del 1980”, en CARBONE, S. y QUEIROLO, I. (Dir.): *Diritto di famiglia e Unione Europea*. Torino (2008): Giappichelli Ed., p. 294.

fundamentalmente en la incorporación de algunas garantías procedimentales. Además, el Reglamento de la Unión Europea da un paso más que el Convenio citado en la lucha contra la sustracción internacional de menores. Y ello porque amplía sus objetivos proyectando su regulación a ámbitos como el de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales. De suerte que introduce preceptos específicos de la sustracción en estas materias que resultaron pioneros en materia de exequátur. El Reglamento Bruselas II trata de luchar contra este fenómeno a través de varios frentes, a saber, la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. Además de abundar en el desarrollo de la necesaria cooperación entre autoridades y de regular la denominada orden de retorno inmediato como instrumento procesal más eficaz contra el traslado ilícito de menores sin necesidad de entrar en el fondo del asunto (STJUE I julio 2010 en el asunto Doris Povse).

En términos generales, el Reglamento Bruselas II bis consolida y desarrolla el sistema contenido en el Convenio de la Haya de 1980 relativo a la orden de traslado inmediato, añadiendo algunas garantías en su articulación procesal que siempre redundan en beneficio del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva¹⁹. Asimismo, introduce algunas novedades procesales como son, fundamentalmente, unas normas de competencia judicial internacional (que, como se ha visto, sólo se encuentran de manera implícita en el Convenio de la Haya) y la citada supresión del exequátur para algunas decisiones en materia de secuestro internacional de menores.

En concreto, la citada exención del exequátur se refiere, precisamente, a determinadas decisiones relativas al secuestro internacional de menores, así como también con respecto a otras atinentes a los derechos de visita (art. 10). Lógicamente, las razones que justifican en ambos casos la supresión del exequátur encuentran su fundamento en los principios básicos inspiradores de este sector que se concretan, fundamentalmente, en la protección del interés superior del menor. Sobre todo, si se tiene en cuenta que no se reconoce con carácter general sino en supuestos de especial vulnerabilidad de la situación del menor, desde una situación de crisis matrimonial hasta la sustracción internacional de menores²⁰.

2. Instrumentos del Reglamento contra el secuestro internacional de menores.

Con anterioridad se ha hecho referencia a las vías a través de las que el Reglamento Bruselas II bis trata de paliar los efectos de un traslado o retención de carácter ilícito cuando este se produce en el ámbito de los Estados miembros

19 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Desplazamiento ilícito de menores en la U.E. Supresión del Exequátur y derechos del niño a ser oído", *La Ley* (2011), núm. 7578, de 28 de febrero de 2011.

20 Vid. MOYA ESCUDERO, M.: "Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo", en *La Ley* (1998), D-17, p. 1781.

(esto es, cuando el Estado de origen y el de destino son Estados vinculados por el Reglamento).

En este sentido se ha hecho referencia a la utilización de diversos frentes. Por un lado, el Reglamento desarrolla la orden de restitución inmediata modificando el Convenio de la Haya de 1980. Estas modificaciones suponen una ampliación de las garantías procesales que no hacen sino reforzar el sistema de cooperación judicial internacional e interestatal contenido en el Convenio de la Haya citado. De modo que la alteración puede interpretarse como una consolidación de este instrumento (STJUE 23 diciembre 2009, en el asunto Sgueglia).

Por otro lado, el Reglamento también opera desde la perspectiva de la competencia judicial internacional. De esta suerte introduce normas competenciales específicas en materia de secuestro internacional de menores (artículo 10). Se trata de una novedad que también refuerza el sistema de la Haya en tanto en cuanto en este último no aparecían sino de modo implícito. No debe olvidarse que el Reglamento cuenta, asimismo, con otras normas de competencia judicial internacional para decidir sobre el derecho de custodia y los de visita –arts. 8, 12, 13, 14 y 15 del Reglamento-. Aspecto sustancial éste –el de la custodia- que es, en definitiva, la cuestión de fondo bajo la que subyace la citada orden y sobre el que ésta última puede incidir.

Finalmente, el Reglamento cuenta con las también citadas normas de reconocimiento y ejecución sobre resoluciones dictadas por Estados miembros del Reglamento relativas a la restitución del menor (STJUE 15 julio 2010, en el asunto Purrucker).

A) Aspectos procesales atinentes a la orden de restitución.

El Reglamento 2201/2003 incorpora algunos aspectos procesales en la articulación procedimental de la orden de retorno inmediato. Piénsese que se trata de la inclusión de algunas garantías que deben *sumarse* a la reglamentación establecida en el Convenio de la Haya de 1980. Lo cierto es que la primacía del Reglamento frente al Convenio (art. 60 del Reglamento) se manifiesta en la obligación de aplicar el sistema ampliado en los supuestos intracomunitarios. Con todo, estas modificaciones desarrollan aspectos procesales del Convenio por lo que, más que corregir, desarrollan ese sistema favoreciendo su consolidación.

Concretamente, las medidas establecidas por el Reglamento se encuentran en el artículo 11 y se centran, con carácter general, en garantizar la posibilidad de audiencia al menor (de acuerdo a su edad y madurez –art. 11.2-). Asimismo, se declara el carácter expeditivo del procedimiento para dictar la orden donde

el juez deberá actuar con urgencia en un plazo máximo de seis semanas (salvo circunstancias excepcionales –art. 11.3-).

Con carácter particular, se establecen medidas afectantes al sentido del contenido de la orden. En primer lugar, para el supuesto de una posible orden de retorno, si se prueba que se han adoptado las medidas adecuadas en aras a la protección del menor tras su restitución no se podrá denegar la restitución con base en el art. 13 b) del Convenio de la Haya –art. 11.4-, tratando, en este caso de paliar uno de los aspectos problemáticos del sistema convencional²¹. Asimismo, tampoco podrá denegarse la restitución sin la audiencia de la persona que solicitó el retorno –art. 11.5-.

En segundo lugar, para el supuesto de dictar una orden de no retorno, según el art. 13 del Convenio de la Haya, el órgano de destino remitirá al de origen la resolución y la documentación pertinente en el plazo de un mes. El juez de origen notificará a las partes, que deberán presentar sus alegaciones en un plazo de tres meses con el objeto de decidir sobre la cuestión de la custodia (art. 11.6 y 11.7).

Como puede observarse, la orden de retorno se solicita de acuerdo con lo previsto en el Convenio de la Haya, añadiendo, caso de ser aplicable el Reglamento, los aspectos procesales citados. De modo que se mantiene el sistema de excepciones contenido en el Convenio con el objeto de denegar el retorno²². La posibilidad de dictar una orden de no retorno del menor al país de su residencia habitual exige la concurrencia de las causas establecidas a tal efecto en el Convenio de la Haya de 1980 al que se remite el Reglamento 2201/2003 (concretamente, a los arts. 12, 13 y 20 del Convenio). Se trata de situaciones donde el traslado ilícito deviene lícito por concurrir una serie de circunstancias que deberán probarse y que no sólo afectarán a la residencia del menor sino que incidirán en la cuestión de fondo relativa a la custodia. Precisamente, éste ha sido un punto conflictivo en la aplicación de las normas del Convenio de la Haya donde la carga de la prueba recae habitualmente sobre la persona que ha llevado a cabo el traslado ilícito y donde, asimismo, se ejercitan tácticas dilatorias en el proceso para que transcurra el plazo de un año –así como las dificultades para concretar el cómputo del mismo²³-.

En todo caso, la opción del Reglamento de la Unión Europea en este punto es de remisión al Convenio de la Haya y, por ende, no modifica esta reglamentación sino de modo indirecto.

21 Vid. REQUEJO ISIDRO, M.: "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", ponencia presentada en las X Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Madrid, Universidad Complutense, 2007.

22 Vid. GONZÁLEZ BELFUS, C.: "Sustracción internacional de". *cit.*, p. 101.

23 Vid. MOYA ESCUDERO, M.: "Sustracción internacional". *cit.*, p. 1781.

B) Normas de competencia judicial internacional.

Con anterioridad se ha incidido en que el Reglamento 2201/2003 introduce foros de competencia en materia de sustracción internacional de menores. Pero es que esta es quizá una de las aportaciones diferenciadoras del Reglamento –sin duda, junto a la medida de eliminación del *exequátur*- con respecto al Convenio de la Haya de 1980 donde no se establecía una normativa expresa relativa a la atribución de competencia judicial internacional en materia de sustracción internacional de menores. Como se ha visto, este último cuenta con unas denominadas normas de competencia judicial implícitas para determinar la competencia del juez.

De esta forma, la introducción de un precepto que establece unas normas *ad hoc* no hace sino reforzar y consolidar el sistema del Convenio de la Haya para las situaciones intracomunitarias. De hecho, el mismo Reglamento prevé la aplicación conjunta y añade otras normas complementarias.

La solución contenida en el Texto del Reglamento Bruselas II bis se configura como una vía continuista respecto del Convenio de la Haya de 1980 que prevé un sistema doble de competencia donde se combinan dos criterios, uno prevalente y otro operativo, únicamente, bajo la concurrencia de unas circunstancias muy concretas.

En primer lugar, y con carácter general, el art. 10 establece la competencia judicial internacional del Tribunal de la residencia habitual del menor anterior al traslado ilícito. En este sentido, la introducción de este criterio refuerza la operatividad del juez de origen y, por ende, trata de favorecer al máximo el retorno del menor a su entorno habitual. De esta suerte, comparte los objetivos del Convenio de la Haya de 1980, de modo que este sistema competencial se articula determinando la residencia habitual del hijo como foro prevalente²⁴.

En segundo lugar, y a modo de excepción, el art. 10 permite una opción distinta. Así, se prevé la posibilidad de otorgar competencia judicial internacional al juez de la nueva residencia habitual del menor; una vez se ha producido el traslado o la retención ilícitos. En este caso, se somete la viabilidad de este recurso a la concurrencia de una serie de condiciones.

Estas condiciones que permiten excepcionalmente la competencia del juez *de destino* pueden concretarse en dos hipótesis. (A) La primera de ellas exige el consentimiento respecto del traslado por parte de todos los titulares de la responsabilidad parental. (B) Asimismo, la segunda hipótesis requiere el transcurso de más de un año desde que el titular de la responsabilidad parental tuvo conocimiento

24 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: "La sottrazione di". *cit.*, p. 296.

del traslado, habiéndose producido la integración del menor en el nuevo entorno, sin que se haya dictado una *orden de retorno inmediato*. Respecto de este último inciso, el artículo 10 concreta dos situaciones distintas. Por un lado, no debe haberse solicitado una *orden de retorno*, según el Convenio de la Haya de 1980, ante los tribunales del lugar de retención o, una vez solicitada, que se hubiera desistido. Y, por otro lado, cuando los tribunales del Estado de origen hubieran dictado una resolución sobre la custodia del menor que no contuviera, empero, una orden de retorno inmediato.

El establecimiento de este sistema doble de competencia judicial internacional —a través de regla general y sus excepciones— supone una línea de continuidad con el Convenio de la Haya de 1980. Y ello, en tanto en cuanto, las condiciones a las que se somete la operatividad de la competencia del tribunal de destino coinciden con las causas establecidas en el Convenio para dictar, excepcionalmente, una orden de no retorno.

Precisamente, esta excepción convencional ha sido uno de los puntos conflictivos en la aplicación del Convenio de la Haya. Por ello, sorprende que el Reglamento comunitario mantenga una línea conservadora y no haya aprovechado la oportunidad para corregir uno de los aspectos más complejos del sistema convencional. Lo cierto es que la posibilidad de poder cambiar la competencia a favor del Tribunal del lugar donde se ha producido el traslado podría favorecer actuaciones procesales fraudulentas. Y ello en la figura de la persona que lleva a cabo el traslado con objeto de obtener una nueva decisión judicial que le otorgue la custodia del menor. En cualquier caso, parece ser que el cambio de competencia sólo se produce a modo de excepción bajo el cumplimiento de unas condiciones muy estrictas.

C) Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

El Reglamento ha querido paliar los inconvenientes derivados de este sistema de competencia de manera indirecta, esto es, en clave de reconocimiento y ejecución. Y ello porque recordamos ahora que el mismo Reglamento —art. 11.8 en relación con el art. 40.2— exime de exequátur a las decisiones judiciales posteriores que contienen una orden de retorno (dictada por un juez competente según el Reglamento) respecto de decisiones anteriores que contienen una orden de no retorno (dictada al amparo del art. 13 del Convenio de la Haya). Es quizá ésta la principal aportación del Reglamento²⁵

Efectivamente, como ya se ha visto pero por lo que afecta específicamente a estas cuestiones, el Reglamento prioriza una decisión posterior de retorno (art. 11.8 del Reglamento) frente a una decisión anterior de no retorno dictada al amparo

25 Vid. GONZÁLEZ BELFUSS, C.: "Sustracción internacional de". *cit.*, p. 106.

del Convenio de la Haya. Y esta prevalencia se establece eliminando el exequátur con respecto a las decisiones posteriores de retorno del menor. De modo que el Reglamento mediante esta medida refuerza el principio inspirador de retorno del menor y la competencia judicial internacional del juez de origen, al mismo tiempo que, desde el punto de vista procesal, otorga celeridad en la ejecución propiamente dicha de una decisión de retorno afectante al menor.

Precisamente en este sector del reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales el Reglamento da un paso más, reforzando la situación del juez de origen. Lo cierto es que la tesis de reforzar la figura del juez de origen frente al juez de destino, también concurre en sede de ejecución. Y ello porque el carácter ejecutivo de la resolución que contiene una orden de retorno se somete a la expedición de un certificado por parte del juez de origen (contenido en el Anexo IV del Reglamento: "certificado relativo a la restitución del menor).

Para que este juez –de origen- pueda expedir este certificado el art. 42.2 le exige dos requisitos. En primer lugar, un requisito procesal relativo a la obligación de dar audiencia al menor (si su edad y madurez lo aconsejan) y a las partes. En segundo lugar, y lo que resulta, desde luego, más complejo, también debe considerar las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del art. 13 del Convenio de la Haya de 1980. Y esta complejidad se deriva de que, en consecuencia, el juez de origen deberá tomar en consideración los argumentos de una resolución de contenido contrario para dictar la propia. La certificación sólo podrá ser denegada si se privó al menor de la posibilidad de ser oído, con todas las cautelas que presenta la contradicción y la audiencia procesales (STEDH 12 julio 2011 en el asunto *Kampanella* y STJUE 22 diciembre 2010 en el asunto *Aguirre Pelz*).

En cualquier caso, el Reglamento parece reforzar el principio general que inspira el sistema garantizando, al fin y al cabo, el retorno inmediato del menor. En este sentido, no puede obviarse que para ello resulta determinante el sistema de cooperación judicial interestatal. A tal efecto, el citado Reglamento, no sólo introduce unas disposiciones específicas en la materia, sino que su puesta en práctica cuenta con la Red judicial Europea en materia civil y mercantil. Este posicionamiento a favor del efecto útil del Reglamento –eliminación del exequátur- de la citada jurisprudencia del TJUE no se ha librado de críticas al ponderar algunos elementos de tutela judicial efectiva en materia de menores.

3. Relaciones con otros instrumentos.

Otra de las cuestiones que plantea la práctica del Reglamento 2201/2003 es la relación con otros instrumentos reguladores pues, como se ha visto, el secuestro internacional de menores es un fenómeno regulado de manera fragmentaria y dispersa por diferentes mecanismos, entre ellos, distintos Convenios internacionales.

Además, también se ha hecho referencia a la aplicación complementaria con el Convenio de la Haya de 1980.

En cualquier caso, y pese su relación de complementariedad, según establece el art. 60, el Reglamento es de aplicación preferente respecto del el Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980, que como sabemos, altera su aplicación introduciendo algunas modificaciones. Ello implica, no obstante y como se ha citado anteriormente, la consolidación del sistema propuesto en el citado Convenio. Asimismo, el Reglamento de la Unión Europea también resulta de aplicación preferente respecto el Convenio Europeo, de 20 de mayo de 1980, produciendo una inaplicación total de este último para los Estados miembros vinculados por el Reglamento.

Téngase en cuenta que, de no aplicarse este Reglamento, los dos Convenios citados operan complementariamente bajo el principio de eficacia máxima. Ello implica, en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores, la aplicación de la norma más favorable para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro.

Si no se aplica el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 –los países de perfil islámico suelen quedar al margen- sólo existen algunas normas generales en el Convenio sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en los arts. 9 a 11, que revisten normas generales de protección de menores. Piénsese, que esta hipótesis se da con frecuencia por la diferencia cultural y queda al margen de la regulación existente.

Desde el punto de vista de los acuerdos bilaterales, España ha firmado un Convenio bilateral con Marruecos, de 20 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución sobre decisiones de custodia y visita y devolución de menores. Este Convenio recoge diversos mecanismos de lucha contra las situaciones de secuestro internacional de menores. Para ello incluye la regulación de la acción de retorno, la cooperación entre autoridades mediante autoridades centrales, y medidas relativas al reconocimiento y ejecución, así como a la protección del derecho de visita.

No puede olvidarse, más allá de la prioridad del Reglamento para las situaciones intracomunitarias y en el espacio *Ámsterdam*, que, a falta de Convenio internacional aplicable, la normativa interna sobre la materia se aplicaría de forma subsidiaria. En cualquier caso, junto a los criterios de jerarquía normativa y las normas de compatibilidad entre los diferentes textos, nos encontramos ante una materia – la protección del interés superior del menor y el favorecimiento de su retorno inmediato- que impone su aplicación complementaria para la obtención de la solución que más favorezca los intereses del menor:

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Secuestro internacional de menores ('legal kidnapping') y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *Poder Judicial* (1986), 2ª época, núm. 4, pp. 27 y ss.

- "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", *Derecho Privado y Constitución*, pp. 40-87.

- "Desplazamiento ilícito de menores en la U.E. Supresión del Exequátur y derechos del niño a ser oído", *La Ley* (2011), núm. 7578, de 28 de febrero de 2011.

ANCEL, B., MUIR WATT, H.: "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis", *Rev. cr.dr.int.pr.* (2005), pp. 569-605.

BORRÁS RODRÍGUEZ A.: "El papel de la 'Autoridad Central': Los Convenios de la Haya y España", *R.E.D.I.* (1993), vol. XLV, 1993 (1), p. 64.

BOUZA VIDAL, N.: "La integración del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema europeo de Derechos Humanos" en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia (2012): Tirant lo Blanch, pp. 213 y ss.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Problemas de secuestro internacional de menores", *Actualidad Civil* (1998), núm. 21, de 25 a 31 de mayo de 1998, pp. 521-522.

- "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)", en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (dir: CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E.). Colex, 2004, pp. 167 y ss.

- *Derecho internacional privado*, vol. II. Granada (2014): Comares.

CARO GÁNDARA, R.: "De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento *Bruselas II bis* como banco de pruebas)", *Diario La Ley* (2011), núm. 7641, de 31 de mayo de 2011.

ESPINOSA CALABUIG, R.:

- "La sottrazione di minori nell'Unione Europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980", en CARBONE, S. y QUEIROLO, I. (Dir.): *Diritto di famiglia e Unione Europea*. Torino (2008): Giappichelli Ed., pp. 283-314.

-*Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Madrid (2007): Marcial Pons.

- "La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento de 'Bruselas II, bis': entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal", en *Riv. di Dir. int. priv. e proc.* (2003), núm. 3-4, julio-diciembre 2003, pp. 735-782, esp. p. 751.

FULCHIRON, H.: "La lutte contre les enlèvements d'enfants", *Le nouveau droit communitaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 223-255.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid (2004): Colex, pp. 80-115.

GUZMÁN ZAPATER, M.: "Supresión del exequátur y tutela de derechos fundamentales: articulación en el sistema español" en *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil, Homenaje al Prof. Dr. Viñas Farré*. Madrid (2012): Marcial Pons, pp. 142-160.

HERRANZ BALLESTEROS, M.:

- "El control del juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) n. 2201/2003: el *asunto Aguirre Pelz*", *Revista General de Derecho Europeo* (2011), núm. 25, pp. 1-49.

- "Los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores", *Revista de Derecho Europeo* (2012), núm. 44, octubre-diciembre 2012, pp. 41-60.

MIRALLES SANGRO, P. P.: "Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el secuestro internacional de menores", *Diario La Ley* (2002), núm. 5659, miércoles, 20 de noviembre de 2002, p. 11.

MOYA ESCUDERO, M.: "Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo", en *La Ley* (1998), D-17, pp. 1780 y ss.

PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de Familia* (2002), núm. 16, julio 2002, pp. 255 y ss.

PÉREZ VERA, E.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980", en ponencia presentada en la Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores

por parte de uno de sus padres, celebradas los días 12 y 13 de agosto de 2002 en Montevideo (Uruguay), p. 2.

REQUEJO ISIDRO, M.: "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", ponencia presentada en las X Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Madrid, Universidad Complutense, 2007.

Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, pregunta nº 54, en <http://www>.

Conclusiones y recomendaciones de la quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento de del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (30 de octubre de-9 de noviembre de 2006).http://www.hcch.net/upload/concl28sc5_s.pdf

JURISPRUDENCIA

STEDH 1 febrero 2011, en el *asunto* Karoussiotis

STEDH 12 julio 2011, en el *asunto* Campanella

STEDH 6 diciembre 2007, en el *asunto* Maumousseau

STEDH 2 septiembre 2003, en el *asunto* Guichard

STJUE 22 diciembre 2010, en el *asunto* Aguirre Pelz

STJUE 5 octubre 2010, en el *asunto* McB

STJUE 15 julio 2010, en el *asunto* Purrucker

STJUE 1 julio 2010, en el *asunto* Doris Povse

STJUE 23 diciembre 2009, en el *asunto* Sgueglia

STJUE 11 julio 2008, en el *asunto* Rinau

STC 120/2002, de 20 de mayo de 2002

SAP Islas Baleares 28 julio 2010

AAP Sevilla 12 septiembre 2008

SAP Santa Cruz de Tenerife 26 noviembre 2007

SAP Asturias 30 abril 2007

ATS 23 mayo 2006

AAP Madrid 5 septiembre 2005

SAP Madrid 25 abril 2005

AAP Barcelona 16 abril 2004

AAP Almería 6 febrero 2004

AAP Cáceres 3 junio 2003

S *Cour de Cassation* 9 julio 2008



CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR EN EL
ÁMBITO DE LA SANIDAD Y LA BIOMEDICINA EN ESPAÑA

*INFORMED CONSENT OF THE MINOR IN THE AREA OF HEALTH
AND BIOMEDICINE IN SPAIN*

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 264-291



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de abril de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 3 de mayo de 2015

RESUMEN: En España el consentimiento informado del menor se regula en la legislación estatal y autonómica relativa a la autonomía de la voluntad del paciente. En ella, el mayor de 16 años puede otorgar su consentimiento por sí mismo, mientras que se establece el consentimiento por representación de los padres o tutores para el menor de esta edad, debiendo dar información a los mayores de doce años, salvo los casos de limitación del consentimiento, en las que podrá actuar el médico. Sin embargo, no se regula con precisión el consentimiento del menor maduro de edad inferior a 16 años. En situaciones de conflicto, se puede recurrir a la autoridad judicial, aunque existen otras medidas para resolver dichos conflictos. Existe regulación concreta en supuestos específicos (interrupción embarazo, investigación biomédica, ensayos clínicos, extracción órganos, transexualidad).

PALABRAS CLAVE: Consentimiento menor, consentimiento informado, menores de edad, menor maduro, conflicto de intereses, representantes legales.

ABSTRACT: In Spain the informed consent of the minor is regulated at the State and regional legislation on the autonomy of the will of the patient. In it, the largest in 16 years may grant consent if same, while consent is established by representation of parents or guardians for the child of this age, and must give information to people older than twelve years, except for cases of limitation of the consent, in which the doctor may act. However, is not regulated with precision the consent of the mature minor of less than 16 years old. In situations of conflict, you can resort to the judicial authority, although there are other measures to resolve such conflicts. There is a particular regulation in specific cases (interrupting pregnancy, biomedical research, clinical trials, organs, transsexualism).

KEY WORDS: Consent and drugs, informed consent, minors, less mature, conflict of interest, legal representatives.

SUMARIO.- I. Introducción. La capacidad de obrar en el ámbito sanitario: el consentimiento informado.- II. El consentimiento informado del menor de edad en el ámbito sanitario.- I. El otorgamiento del consentimiento informado por el menor de edad.- A) Consentimiento informado del menor emancipado.- B) Consentimiento informado del menor no emancipado.- a) Menor de edad mayor de 16 años.- b) Menor de edad menor de 16 años.- c) Situación del menor maduro.- C) Situaciones de conflicto en torno a la toma de decisiones por el menor.- a) Discrepancia entre la voluntad del menor y la de sus representantes legales.- b) Discrepancia entre la voluntad coincidente de menor y padres y la del médico responsable.- 2. El derecho del menor de edad a la información asistencial.- III. El consentimiento informado del menor de edad en situaciones específicas.- IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL ÁMBITO SANITARIO: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

En el ámbito sanitario y biomédico, en los últimos tiempos se ha dado una relevancia casi absoluta a la voluntad de los usuarios o pacientes del sistema de salud, tanto público como privado, en la aplicación de los tratamientos e intervenciones que se deban realizar sobre los mismos. Dicha autonomía se fundamenta en la dignidad de la persona humana, en los derechos inviolables que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos expresamente en el art. 10 CE como fundamentos del orden político y de la paz social, y en la libertad de la persona, consagrada como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1 de la misma.

En dicho ámbito, la autonomía de la voluntad tiene especial relevancia en cuanto la persona tiene que tomar decisiones sobre su propia vida e integridad física, decisiones que pueden alcanzar también a otros bienes de la personalidad, por lo que se ha señalado que dicha autonomía implica, en este ámbito, una esfera reservada a la voluntad del individuo, único legitimado para decidir qué riesgos asume o a qué bienes renuncia, en relación a su vida e integridad física, en ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital¹.

La manifestación de esa autonomía personal en dicho ámbito se realiza a través del denominado consentimiento informado.

1 FERNÁNDEZ BERMEJO, M.: "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II)", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (1994), núm. 133, p. 2.

• Josefina Alventosa del Río

Es Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia y Profesora Tutora en la UNED. Es Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch, y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Actualmente es Directora del Grupo de investigación "Derechos de la personalidad y Bioética" (Universidad de Valencia). Ha coordinado y participado en diversos proyectos nacionales e internacionales, e intervenido en congresos y jornadas nacionales e internacionales. Ha publicado numerosos artículos y monografías, y es miembro del Consejo de Redacción de diversas Revistas científicas.

La regulación de la autonomía de la persona en el ámbito específico de la salud se ha establecido tanto en la legislación estatal como en legislación derivada de las diversas Comunidades Autónomas, cuya regulación es similar en todas ellas, siguiendo las pautas establecidas en aquélla.

En la legislación estatal la regulación del consentimiento informado se recoge 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. En ella se regulan fundamentalmente tres figuras: el consentimiento informado, las instrucciones previas y la historia clínica. Esta ley tiene el carácter de básica, como ya enuncia su propio título y como establece su Disposición Adicional Primera, con respecto a la demás legislación que aborda la autonomía del paciente. Y en la misma se ofrecen una serie de definiciones básicas, entre ellas, la del consentimiento informado, que conceptúa como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud” (art. 3). En su virtud, desarrolla a continuación los dos elementos que forman parte de esa conformidad, la información y el consentimiento, señalando los sujetos que deben recibir aquélla y otorgar éste (arts. 4 a 10). Así, se establece como regla general que el titular de la información y del otorgamiento del consentimiento es el paciente afectado, salvo los casos de excepción, reseñados en la propia ley. Dichas excepciones se refieren a la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley y en las situaciones de urgencia (art. 9.2), así como la renuncia a dicha información por el sujeto afectado. Por último, la ley determina el consentimiento por representación en los casos, de incapacidad, incapacitación judicial y minoría de edad (art. 9.3).

Por su parte, en las Comunidades Autónomas se ha regulado también la autonomía del paciente bien a través de una legislación específica bien a través de las leyes de salud de las mismas².

2 Dicha legislación es la siguiente: Orden de 28 de febrero 2005 de la Consejería de Sanidad de Canarias, que aprueba la Carta de los Derechos y de los Deberes de los Pacientes y Usuarios Sanitarios y se regula su difusión, aunque no se hace referencia expresa a los menores; Ley 5/2010, de 24 junio sobre derechos y deberes en salud de Castilla-La Mancha; Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de la personas en relación con la salud de Castilla y León; Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de Cataluña; Ley 3/2005, de 8 julio de la Asamblea de Extremadura de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura; Ley 3/2001, de 28 mayo del Parlamento de Galicia del Consentimiento Informado y de la historia clínica de los paciente, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo; Ley 3/2009, de 11 mayo de la Asamblea Regional de Murcia de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de Región de Murcia; Ley Foral 17/2010, de 8 noviembre del Parlamento de Navarra de Derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra; Decreto 38/2012, de 13 de marzo del País Vasco sobre la Historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica; y la reciente Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunidad Valenciana (que ha derogado la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana y Ley 8/2008, de 20 de junio, de la Generalitat, de los Derechos de Salud de Niños y Adolescentes), y que dedica su Capítulo II (arts. 54 y ss.) a los derechos del menor en el ámbito sanitario. También habría que referirse a las leyes de salud de las CCAA que no tienen especial legislación sobre autonomía del paciente y en las que se hace referencia al consentimiento informado; así, la Ley 2/2002, de 17 de

En nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad del menor para tomar decisiones de índole sanitaria, se regula en la citada legislación estatal y autonómica relativa a la autonomía de la voluntad del paciente, pero no hay una normativa específica sobre dicha capacidad, salvo en la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación a las intervenciones de cirugía estética.

Dicha capacidad se aparta en cierta medida de la capacidad de obrar del menor que se regula en nuestro Código civil, en donde se contemplan tres situaciones jurídicas diferentes en función de la edad: la minoría de edad, la emancipación y la mayoría de edad. Ésta última se fija en nuestro ordenamiento en los 18 años (arts. 12 CE y 315 CC) y concede al mayor de edad la plena capacidad de obrar, salvo las excepciones establecidas en la ley (art. 322 CC). Por el contrario, la minoría de edad es un estado de la persona que se extiende desde que nace hasta que se emancipa o alcanza la mayoría de edad; el Código civil no tiene un precepto similar al citado art. 322 para establecer de manera general la capacidad de los menores de edad: ello es debido a las diversas etapas por la que va pasando un menor, de manera que nuestra legislación les va reconociendo una capacidad gradual y progresiva. En los casos en que el menor no tiene capacidad natural de entender y querer, el CC no otorga capacidad de obrar alguna; en estos casos, el art. 162 del mismo establece que “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”; si los menores de edad no tienen padres, la representación legal la ostentarán los tutores que sean designados por el Juez (arts. 222 y 267 CC). La representación legal implica que los padres o tutores actúan en nombre de los menores de edad (salvo los casos en que la ley exceptúa su actuación o aquellos en los que, además, requieren la autorización judicial; cfr. arts. 162, que se refiere a los actos relativos a los derechos de la personalidad o aquellos otros que pueda realizar por si mismo el menor según sus condiciones de madurez, y 164 y ss. y 267 y 271 CC). Las funciones de padres y tutores deben ejercerse en beneficio del menor de edad (arts. 154 y 216 CC), y comprenden el deber de velar por éstos, alimentarlos, educarlos, procurándoles una formación integral, representarlos, y administrar sus bienes (cfr. arts. 154, y 267 y 269 CC, respectivamente). Sin embargo, conforme van cumpliendo años, a los menores se les reconoce la posibilidad de realizar ciertos actos o negocios de manera eficaz, tomando como referencia nuestro ordenamiento la edad de 12, 14 y 16 años. En esta misma línea de respetar la voluntad del menor de edad parece que se sitúa la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor; en cuyo art. 2 se establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva, estableciendo el derecho de los mismos a ser

abril, de Salud de la Comunidad Autónoma de la Rioja (art. 6), cuya regulación es similar a la ley estatal; la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (art. 14. 1. c), cuya regulación es similar también a la de la ley estatal, y la Ley 5/2003, de 4 abril, de Salud de les Illes Balears (art. 12.6), que señala expresamente que el consentimiento de los menores de 16 años corresponde a los padres o tutores y que la opinión del menor se tomará en consideración en función de su edad.

oídos (art. 9). De toda esta legislación parece que se desprende la relevancia que en nuestro ordenamiento jurídico se da al consentimiento del menor que reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir sobre el ejercicio de sus derechos y la realización de sus propios actos. Por último, la emancipación implica la liberación del menor de edad de la sujeción a la autoridad de la patria potestad o de la tutela, que se lleva a cabo por las causas y los requisitos establecidos en el CC (arts. 314 ss CC), y que habilita al menor "para regir su persona y bienes como si fuera mayor", estableciéndose unas limitaciones a esa capacidad únicamente de carácter patrimonial (arts. 323 y 324 CC), y que son de interpretación restrictiva, por lo que con respecto a su persona, el menor emancipado puede actuar con plena libertad.

Las decisiones que se tomen en el ámbito sanitario en relación al menor van a ser trascendentales para el mismo, pues afectan a su salud, e incluso a su vida, y, también, a su intimidad, todos ellos considerados derechos fundamentales en nuestra Constitución. Trascendencia que se manifiesta en algunas situaciones concretas que se producen en el ámbito de la biomedicina, como los casos de eutanasia pasiva, ensayos clínicos, aborto, transexualidad, o en enfermedades tan graves como la drogodependencia o el padecimiento del VIH/Sida.

En estas decisiones hay que considerar que están implicadas tres partes: el propio menor, sus padres, o en su caso, sus tutores, y el médico o el equipo médico responsable de su asistencia. Y por ello se entrecruzan diversos intereses: por un lado, el derecho a la salud y a la intimidad del propio menor; por otro lado, la potestad de los padres y, en su caso, de los tutores, de velar por el bienestar, tanto físico como moral, del mismo; y, por último, la responsabilidad del médico de salvaguardar la salud del menor.

Por lo que parece que la atribución a uno de estos sujetos de una determinada decisión es una cuestión delicada, que no soluciona satisfactoriamente la legislación aludida, y que en determinados casos no puede resolverse exclusivamente por dicha legislación.

Varias cuestiones se plantean en torno a esta materia, que no son de fácil solución, sobre todo porque no son cuestiones meramente jurídicas, pues hay otros factores implicados, como las relaciones de afectividad entre padres e hijos, el temor reverencial de los hijos hacia sus padres y tutores, el ambiente cultural de la familia y del entorno social, especialmente el escolar; y la necesidad del apoyo familiar que se requiere en la recuperación de la salud de éste.

Pero sobre todo ello, no debe olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico y en la normativa internacional se establece que cualquier actuación que se realice sobre un menor debe estar presidida por el principio fundamental del interés del mismo, procurándole el mayor beneficio posible. Entre ellas destaca como primordial la Ley

Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la que cabe destacar que esta ley considera a los menores como sujetos de derecho, y, sobre todo, de los derechos fundamentales, que reconoce la autonomía de actuación de los mismos y que en la aplicación de esta Ley primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 2). Además de esta norma hay que señalar que las Comunidades Autónomas han ido publicando leyes de protección de la infancia y de la juventud, en las que se mencionan expresamente, entre los derechos que se les reconoce a los menores, el derecho a la vida y, especialmente, a la salud.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

En el ámbito sanitario, la legislación específica relativa a la autonomía de la voluntad ha tenido en cuenta la nueva visión que se ha ido construyendo en la normativa nacional e internacional acerca de los menores³. Así, en la ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, se introduce un precepto concreto en relación al consentimiento informado de los menores, así como también en la legislación autonómica citada. En esta normativa, como se va a indicar a continuación, se distinguen diversas situaciones de capacidad del menor; atendiendo fundamentalmente a la ausencia o no de capacidad intelectual y emocional y a la edad, por lo que conviene analizar dichos supuestos.

I. El otorgamiento del consentimiento informado por el menor de edad.

En la Ley 41/2002 se señala que el titular del otorgamiento del consentimiento es el paciente afectado (art. 2), después de recibir la información adecuada (arts. 4 y 8).

Pero existe un precepto que concretamente se refiere a los menores de edad. Dicho precepto es el art. 9.3,c), el cual dispone que se otorgará el consentimiento por representación "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.- Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave

3 El Convenio de Oviedo establece en el art. 6.2 que: "Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.- La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez".

riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

De manera semejante se regula el supuesto en la legislación autonómica. Así, en la Ley de Castilla-La Mancha (art. 20.1,c); en la Ley de Castilla-León (art. 28.3); en la Ley de Cataluña (art. 7.2,d); en la Ley de Extremadura (art. 25.1,c); en la Ley de Galicia (art. 6.1,c), con alguna particularidad en esta última norma; en la Ley de Murcia (art. 46.1,c y 2); en Ley de Navarra (art. 51.1,c); en el Decreto del País Vasco (art. 25.7); y en la Ley de Salud de la Comunidad Valenciana (art. 43.4,c); por último, hay que destacar la Comunidad Autónoma de Andalucía cuya Consejería de Sanidad ha publicado un Decreto en el que se contempla específicamente la situación de los menores en el ámbito sanitario, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad, en el que se hace referencia al consentimiento de lo menores en el art. 6⁴.

Ahora bien, la norma del art. 9.3,c), se refiere a menores de edad no emancipados (distinguiendo a su vez menores de 16 años y mayores de 16 años) y menores emancipados. Por tanto, cabe distinguir estas diversas situaciones.

A) Consentimiento informado del menor emancipado.

En el citado art. 9.3,c), segundo inciso, de la Ley 41/2002, y legislación autonómica concordante, se establece que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados, no cabe prestar el consentimiento por representación.

De ello se deduce que el menor emancipado tiene capacidad plena para tomar decisiones en el ámbito sanitario sin asistencia de sus padres o tutores, que ya no son sus representantes legales, dado que una de las funciones de la emancipación es conceder al menor la independencia de la autoridad de dichos sujetos (que concuerda con la capacidad de obrar que el CC atribuye a dichos menores en el art. 323. 1º), y, por tanto, la previa información tan solo se le debe dar a dicho menor.

Ahora bien, es claro que en los casos en que la propia ley establece límites al otorgamiento del consentimiento (existencia de riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica), dicho consentimiento no se requerirá del menor, sino que procederá la actuación de las autoridades sanitarias o del profesional sanitario (art. 9.2, a y b, de la Ley 41/2002 y legislación autonómica

⁴ La Comunidad Valenciana promulgó una ley específica sobre salud de menores, la Ley 8/2008, de 20 de junio, de Derechos de salud de niños y adolescentes de la Comunidad Valenciana, derogada actualmente por la citada Ley 10/2014, en donde se hacía referencia al consentimiento de los mismos en los arts. 13.3º y 15.

concordante). Del mismo modo, se producirá el otorgamiento por representación en los casos en que el menor no sea capaz de tomar decisiones o esté incapacitado judicialmente (art. 9.3, a y b de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante).

B) Consentimiento informado del menor no emancipado.

En la ley estatal y en la legislación autonómica no se establece una regulación única para todos los menores de edad no emancipados, distinguiéndose la situación de los menores de 16 años, por un lado, y la de los mayores de esta edad, por otro.

a) Menor de edad mayor de 16 años.

En el citado art. 9.3,c), párr. 2º, de la Ley 41/2002, y legislación autonómica concordante⁵, la capacidad de un menor de edad mayor de 16 años recibe el mismo tratamiento que un menor emancipado, considerando, por tanto, que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación. Y, por ende, el receptor de la información debe ser también dicho menor y, en principio, excepto la salvedad a la que se hará referencia a continuación, otras personas que sean autorizadas por el mismo.

Sin embargo, hay que recordar que la situación jurídica de los menores de edad mayores de 16 años no emancipados no es la misma que la de los menores emancipados, pues aquéllos, a pesar de poder tomar decisiones en el ámbito sanitario igual que éstos, no gozan de la misma capacidad de obrar ni de la misma independencia en el ámbito civil, estando bajo la autoridad de los padres o tutores.

Quizá por ello, la propia ley añade a continuación en el mismo párrafo que “Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”⁶. En mi opinión, esta norma no cabe aplicarla a los menores emancipados, pues ya se ha indicado que en la esfera personal éste goza de plena capacidad de obrar. Por ello, parece que la norma se debe referir sólo al supuesto de menores de edad mayores de 16 años no emancipados, y, aún así, no se comprende bien cuál es el alcance de la misma, dado que la propia

5 El mismo texto de la ley estatal se ha recogido prácticamente sin variaciones en la Ley de Castilla-La Mancha (art. 20.2 y 10.2), la Ley de Castilla-León (art. 28.3), la Ley de Cataluña (art. 7, d), la Ley de Extremadura (art. 25.1.c), la Ley de Galicia (art. 6, c), la Ley de la Región de Murcia (art. 46.1.c), la Ley de Navarra (art. 51.1.c), la Ley de la Comunidad Valenciana (art. 43.4.c) y en el Decreto de Andalucía (art. 6.3) donde se establecen más precisiones al tratarse de una norma que regula específicamente el derecho de los menores a recibir atención sanitaria adaptada a su edad. En el mismo sentido se pronuncia el Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía, sobre protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, en su art. 6.2, a.

6 El mismo texto se recoge en el art. 10.2 de la Ley de Castilla-La Mancha y en el art. 43.4,c de la Ley de la Comunidad Valenciana.

legislación faculta a dichos menores par tomar decisiones por si mismos y no por representación⁷. La norma tiene cierto sentido si se refiere a uno de los dos elementos del consentimiento, la información, pues no hay que perder de vista que se trata de un menor por lo general no independiente económicamente, que suele vivir en el hogar familiar, y que se encuentra sujeto a la patria potestad (o en su caso, a la tutela) de sus padres (o tutor), quienes, por otra parte, tienen el deber de atender a sus hijos o tutelados (arts. 154 y 269 CC). Parece que la legislación ha tratado de establecer un equilibrio entre la autonomía de un menor con capacidad intelectual y emocional, con condiciones de madurez (y el respeto a su derecho a la intimidad, que también se establece expresamente en el ámbito sanitario en el art. 7.1 de la Ley 41/2002 y legislación autonómica) y la obligación de los padres y de los tutores de velar y atender a sus hijos y tutelados. Piénsese en el caso de que un hijo padezca una enfermedad grave (cáncer, VIH/Sida), casos en los que no parece desacertado que en esta situación de gravedad para la integridad física y psíquica del menor se informe a los padres o al tutor para que puedan proceder a apoyarlo en la recuperación de su salud⁸.

Otra cosa es que se produzca una negativa por parte del menor a que se informe a sus padres simplemente porque éste tenga temor reverencial a los mismos, o en el caso de que no se encuentre capacitado para decidir pos si mismo. En este caso concreto parece que cabría aplicar la solución que proporciona el art. 9.3,a de la Ley 41/2002 (y legislación autonómica concordante), que establece que se otorgará el consentimiento por representación “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”.

También se otorgara el consentimiento por sustitución si el menor estuviese incapacitado judicialmente, como así dispone expresamente la propia ley (art. 9.3,b de la Ley 41/2002). Sin embargo, esta norma no se aplica en los supuestos de internamiento del menor en un centro de salud, pues esta situación se sujeta a lo estipulado en el art. 763 de la LEC⁹.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la capacidad del menor se encuentra limitada también en las situaciones señaladas en el art. 9.2, a y b de la ley estatal y legislación autonómica correspondiente.

7 En este sentido, PARRA LUCÁN, M.A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil* (2003), núm. 1, pp. 1901-1930; ROMEO MALANDA, S.: “Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *Actualidad del Derecho sanitario* (2004), núms. 102-103, pp. 116-117; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. DE: “El menor: un paciente complicado (al menos desde la perspectiva legal)”, *Revista CESCO de Derecho de consumo* (2013), núm. 13, pp. 294-295.

8 En materia de adicciones, por ejemplo, la Ley 11/2010, de 17 diciembre, de prevención de consumo de bebidas alcohólicas en menores en Galicia, considera el ámbito familiar como ámbito de prevención, y señala que se debe fomentar la participación de la familia como agentes de salud (art. 9).

9 Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La incapacidad en España”, *Revista Boliviana de Derecho* (2014), núm. 17, pp. 273-275.

b) Menor de edad menor de 16 años.

A los menores de 16 años parece referirse el art. 9.3, b, párr. 1º, primer y segundo incisos, que señala que se otorgara el consentimiento por representación “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos”. En el mismo sentido y prácticamente con el mismo texto se ha recogido en la legislación autonómica¹⁰.

Y ello se establece en consonancia con lo que dispone el citado Convenio de Oviedo (art. 6.2), y el Código civil, que en los arts. 154, 162.1º y 267 estipula que si el menor de edad no tiene suficiente grado de madurez para ejercitar los derechos que le incumben, tal ejercicio corresponde a sus representantes legales¹¹.

Como se observa, pues, en caso de menor de 16 años el consentimiento informado corresponde a los representantes legales¹², salvo en caso de internamientos del mismo en centros de salud mental, pues ello se rige por el mencionado art. 763 de la LEC.

Sin embargo, se establece la obligación de oír al menor de doce años cumplidos, tanto en la ley básica como en la legislación autonómica. Lo que concuerda con el derecho de los menores a ser oídos que se establece en la LOPJM (art. 9). Y con lo establecido en el art. 5.2 de la ley estatal 41/2002 al señalar que “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades

10 Así, Decreto de Andalucía (art. 6.1 y 2); Ley de Castilla-La Mancha (art. 20.1.c); Ley de Castilla-León (art. 28.3); Ley de Cataluña (art. 7, d); Ley de Extremadura (art. 25.1, c); Ley de Galicia (art. 6, c); Ley de la Región de Murcia (art. 46.1.c); Ley de Navarra (art. 51.1, c y 2); Ley del País Vasco (art. 25.7); Ley de la Comunidad Valenciana (art. 43.4.b), exigiéndose en Galicia y en la Comunidad Valenciana que se acredite la situación de representante legal fehacientemente y que esté legalmente habilitado para tomar decisiones por el menor.

11 Vid. DIEZ-PICAZO, L.: “La reforma del Código civil en materia de patria potestad”, AA.VV.: *La reforma del Derecho de Familia*, Sevilla (1982), p. 304; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*, T IV, *Derecho de Familia*, Barcelona (1989), 3ª ed., p. 256; SÁNCHEZ CALERO, F. J.: “La capacidad del menor no emancipado”, en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. III. Granada-Jaén (2000), p. 1690.

12 Con referencia a la información que se debe a los representantes legales, destaca la necesidad de dicha información la SAP Navarra 1 febrero 2002 (AC 2002, 1114), que contempló el caso de una menor que fue sometida a intervención quirúrgica, con el resultado de entrar en coma y de graves lesiones neurológicas, y de cuyas consecuencias no fueron informados debidamente los padres, alegando el equipo médico que realizó la operación que consideraron necesaria la realización de la misma. La Sala señaló que “Ninguna duda debe ofrecer, que el consentimiento debió ser prestado por los padres, en cuanto eran los representantes legales de la menor, por estar ésta sometida a la patria potestad de aquellos, información que no se ha probado tuviera lugar de forma efectiva y real, y que debe hacernos concluir en la inexistencia del consentimiento informado real y eficaz. Tampoco puede excluirse el consentimiento informado, por la circunstancia de que la intervención fuera necesaria, tal y como se recoge en la sentencia de primera instancia, pues no es la necesidad de una intervención, una de las causas de excepción a ese consentimiento informado, sino la urgencia, tal y como recoge el precepto antes invocado, pues sólo puede prescindirse del consentimiento informado, cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, circunstancia esta que evidentemente no se da en el caso de autos sin que su consentimiento pueda considerarse, que deba ser suplido, sin ningún control judicial por los facultativos” (el precepto al que se refiere la Audiencia en esta sentencia es el derogado 10.6 de la Ley General de Sanidad de 1986). Dicha sentencia fue ratificada por la STSJ Navarra 6 septiembre 2002 (AC 2002, 1114).

de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal". Recogiéndose de la misma manera en la legislación autonómica¹³. Dicha información se dará al menor de modo adecuado a su capacidad, y teniendo en cuenta su edad, su madurez, su estado afectivo y psicológico, siendo informados, además, sus representantes legales.

c) Situación del menor maduro.

La situación de un menor maduro es, quizá, la que ofrece mayores dudas a la doctrina, puesto que la ley estatal no aborda con claridad el supuesto¹⁴.

Como se ha visto, la legislación estatal establece de forma clara, aunque con algunas incertidumbres, la capacidad que se atribuye a un menor de edad mayor o menor de 16 años, en cuanto dispone que, respecto de los primeros, se presta el consentimiento por representación, y respecto de los segundos, que no cabe tal representación, otorgando dicho consentimiento el propio menor. Hay que recordar que la ley estatal tiene el carácter de básica (Disposición Adicional Primera), y que, por tanto, las Comunidades Autónomas no pueden legislar contraviniendo el marco jurídico establecido por la misma. De modo que la fijación de las edades establecidas en ésta es de aplicación en las Comunidades Autónomas¹⁵.

Sin embargo, el art. 9.3,c de la ley estatal señala que "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos". Por lo que parece desprenderse, *a contrario sensu*, que el menor de 16 años que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podría otorgar el consentimiento por si mismo¹⁶.

Ello estaría en consonancia con lo que dispone el CC pues al menor de edad con suficiente grado de madurez se le reconoce el derecho a ejercitar los actos correspondientes a sus derechos de la personalidad (y otros actos, según el art. 162, párr. 2º, núm. 1º, CC). Las decisiones sobre su estado de salud serían decisiones

13 Así, Decreto de Andalucía (art. 5), que establece además esta información como un derecho del menor y lo regula con mayores precisiones; Ley de Castilla-La Mancha (art. 10); Ley de Castilla-León (art. 18); Ley de Cataluña (art. 3); Ley de Extremadura (art. 5); Ley de la Región de Murcia (art. 31); Ley de Navarra (art. 43.2); Ley de la Comunidad Valenciana (art. 42.2, párr. 5º).

14 Así lo señala también NIETO ALONSO, A.: "La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud", *Diario La Ley* (2008), p. 5/27.

15 ROMEO MALANDA, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico", cit., p. 119.

16 Salvo en el Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía, en el que claramente, en relación a las intervenciones de cirugía estética, establece una línea divisoria: los mayores de 16 años pueden prestar su consentimiento por si mismos, mientras que en el caso de los menores de 16 años son los padres quienes otorgan el consentimiento (art. 6.2, b).

que afectarían a su integridad física y a su vida, y por tanto, serían actos relativos a derechos de la personalidad.

Las dudas que se plantean con referencia a los menores de 16 años con capacidad intelectual y emocional o con condiciones de madurez para entender la intervención a realizar se refieren fundamentalmente a qué alcance tienen las condiciones de madurez del menor; quién valora esas condiciones de madurez, y si teniéndolas el menor, su consentimiento tiene un valor definitivo.

En cuanto a qué son las condiciones de madurez o la capacidad intelectual y emocional, la legislación específica no las define. La doctrina ha venido entendiendo que el suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y consecuencias de este ejercicio¹⁷. Sin embargo, se ha definido legalmente dichas condiciones, concretamente en el ámbito de las intervenciones de cirugía estética, en el Decreto 49/2009, de 3 marzo, de la Junta de Andalucía, que define la madurez psicológica como “Desarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto” (art. 2, f). Por otra parte, hay que señalar que la doctrina estima que la diversidad de intervenciones requiere una comprensión diferente por parte del menor¹⁸.

Por lo que se refiere a la valoración de las condiciones de madurez, no existe ninguna norma en nuestro derecho que determine con carácter general los criterios de valoración de estas condiciones. No obstante, en el Decreto 49/2009 de la Junta de Andalucía para valorar la madurez del menor que se va a someter a la intervención de cirugía estética se requiere examen psicológico (art. 2, g). Por su parte, la doctrina se haya dividida: un sector de la misma estima que reúnen esas condiciones de madurez los menores de edad mayores de dieciséis años¹⁹; mas la doctrina mayoritaria ha entendido que estas condiciones de madurez deberán ser valoradas en cada caso concreto y para cada acto en particular²⁰.

17 DIEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Madrid (1984), p. 185; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados ‘derechos de la personalidad’ con especial referencia a la imagen”, en AA.VV.: *La tutela de los Derechos del menor*. Córdoba (1984), p. 225; SÁNCHEZ CALERO, “La capacidad del menor”, cit., p. 1690; ROMEO MALANDA, S.: “Minoría de edad y consentimiento médico”, cit., p. 115.

18 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: “La minoría madura”, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina. Madrid (1998): Ed. Mapfre, p. 80; ROMEO CASABONA, C. M^ª: *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona (1981): Ed. Bosch., p. 318; ROMEO MALANDA, S.: “Minoría de edad y consentimiento médico”, cit., p. 115; MORENO ANTÓN, M.: “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *AFDUAM* (2011), núm. 15, p. 120.

19 SÁNCHEZ CARO, J., SÁNCHEZ CARO, J.: *Consentimiento informado y psiquiatría. Una guía práctica*. Madrid (1998): Ed. Mapfre, p. 352. Cabe recordar que en nuestro Código civil existen actos que pueden realizar válidamente los menores con edad inferior a los 16 años.

20 Vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*. Valencia (2005): Ed. Tirant lo Blanch.

En cuanto a quién debe valorar esas condiciones de madurez, también hay discrepancia en nuestra doctrina. Para un sector de la misma, parece que la valoración de las condiciones de madurez de los menores la deben realizar los padres o tutores, que son los responsables de los actos de los hijos o de los menores tutelados, y, en su defecto, el Juez²¹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina estima que la valoración de las condiciones de madurez se realiza en el ámbito sanitario, y, por tanto, la deberían realizar los médicos²²; sin embargo, en el Decreto 49/2009 de la Junta de Andalucía, dado que el informe de madurez es de carácter psicológico, la valoración la emite un profesional de psicología (art. 2, h).

Ahora bien, la cuestión fundamental es si el menor de 16 años maduro puede dar por sí solo un consentimiento válido a una intervención médica. En esta cuestión la doctrina se haya dividida.

Un sector de la doctrina ha defendido la idea de que los menores que reúnan las condiciones de madurez suficientes y puedan conocer el alcance del acto médico, están facultados para prestar por sí mismos el consentimiento para autorizar la intervención médica, por virtud de lo dispuesto principalmente en el art. 162.1º, CC en relación con la legislación protectora de los menores de edad y con lo dispuesto en el art. 3.1 de la Ley Orgánica de Protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que conceden relevancia jurídica a la voluntad del menor²³.

Por el contrario, algunos autores entienden que no existe base para una interpretación extensiva que permita al menor tomar decisiones sobre los tratamientos médicos, fundamentando esta postura en la sentencia de la AN 23 febrero 1991, que señalaba que la vía de decisión deja indemne la capacidad de

21 Así, DIEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, cit., p. 185.

22 En este sentido. SÁNCHEZ CARO, J., SÁNCHEZ CARO, J.: *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., p. 351; MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M.: "La minoría madura", cit., p. 80; ROMEO MALANDA, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico", cit., p. 115; NIETO ALONSO, A.: "La relevancia del consentimiento del menor", cit., p. 7/27; MORENO ANTÓN, M.: "La libertad religiosa del menor de edad", cit., p. 104. Sin embargo, para ello sería necesario que los médicos conocieran la ley. En un estudio realizado en 2008 por médicos pediatras (multicéntrico mediante encuesta anónima dirigida a 400 médicos de Atención Primaria y Atención Especializada) sobre el conocimiento que los médicos tienen de la ley estatal (SÁNCHEZ JACOB, M., RIAÑO GALÁN, I., MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C.: "Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente", *Revista Pediatría Atención Primaria* (2008), núm. 10, pp. 443-456), los autores concluyeron que los conocimientos de la LBAP son escasos: el 25% conoce cuál es la mayoría de edad sanitaria y el 34% sabe que la persona encargada de valorar la madurez es el médico del paciente. La doctrina del menor maduro la conoce en profundidad el 8,5%. Solo el 23,6% utiliza la firma del menor en el consentimiento informado. El 73% de los encuestados refiere no tener dificultad para considerar maduro a un menor de edad y se siente capaz de deliberar con él cuando existe un conflicto de intereses.

23 Así, GALÁN CORTÉS, J. C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid (1997): Ed. Colex, p. 34; ROMEO MALANDA, S.: "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *Diario La Ley* (2000), p. 6; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. DE: "El menor", cit., pp. 297-305, quien, sin embargo matiza que esas decisiones deberían ser atemperadas o matizadas en atención a la concurrencia de una serie de elementos, como son la gravedad, irreversibilidad o las consecuencias a medio o largo plazo.

decisión personal del menor que puede y debe ser complementada por aquellos que tienen el derecho y el deber de formar a quienes están bajo su guarda²⁴.

Por su parte, la jurisprudencia de nuestros tribunales no ha contribuido a aclarar esta cuestión pues no se han producido resoluciones sobre la misma. Sin embargo, el TC tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia 18 julio 2002²⁵, en cuanto en ella se hace referencia a la relevancia que puede tener la oposición del menor al tratamiento médico. El TC, por un lado, reconociendo que nuestro ordenamiento jurídico concede relevancia al consentimiento del menor en relación a determinados actos o situaciones jurídicas y que el art. 162.1° CC excluye la representación legal de los padres de los actos relativos a los derechos de la personalidad, señala que esta exclusión no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses; y, por otro lado, considera que “el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos (...), no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto (...) que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”, toda vez, recuerda, que el valor vida es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible (SSTC 53/1985, 11 de abril y 120/1990, 27 de junio). De lo que se desprende que la validez del consentimiento del menor de edad en lo que se refiere a su vida tiene limitaciones. Pero, a pesar de lo expuesto, parece que el TC no precisa el alcance que puede tener el consentimiento del menor de edad ni las condiciones de madurez que debe exigírsele.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado emitió la Circular 1/2012 rubricada “Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave”, en donde se contempla la situación del menor maduro y en la cual se establece básicamente que cuando el menor maduro se niegue a una intervención médica grave y sus representantes legales estén a favor de la misma, prevalecerá su opinión sobre la del menor; aunque si no fuera una situación de urgencia sería preferible plantear esta cuestión ante el juez, y si, por el contrario, la decisión de los representantes legales coincide con la del menor, se recomienda plantear la situación ante el Juez, salvo en los casos de urgencia, en las que el médico puede actuar sin necesidad de tal consentimiento.

Por todo lo anterior, se debe concluir que sigue abierto el debate de la interpretación de estas cuestiones.

24 Argumentos esgrimidos por SÁNCHEZ CARO, J., GIMÉNEZ CABEZÓN, J. R., *Derecho y Sida*, Madrid (1995): Ed. MAPFRE, p. 60; MARTÍN MORÓN, M. T., “La representación legal de los hijos en la esfera personal”, AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*. Castellón (1999): Diputación de Castellón, p. 561; SÁNCHEZ CALERO, “La capacidad del menor”, cit., p. 1690

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

C) Situaciones de conflicto en torno a la toma de decisiones por el menor.

En la toma de decisiones del menor en materia sanitaria se pueden plantear diversas situaciones de conflicto, bien porque exista disparidad de criterios entre el menor y sus representantes legales, bien porque exista dicha disparidad entre el médico responsable y los representantes legales del menor. A dichos conflictos no dan solución expresa ni la ley estatal ni la legislación autonómica (salvo en la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana) y en las referencias que se hacen a dichos conflictos en estas leyes, se hace una remisión a la legislación civil. Cabe distinguir las siguientes situaciones.

a) Discrepancia entre la voluntad del menor y la de sus representantes legales.

En este supuesto, la solución está en consonancia con la edad del menor:

Si el menor es mayor de 16 años, la decisión, como establece la legislación estatal y autonómica, corresponde al menor. Si los padres discrepan del menor considerando que se trata de una decisión que perjudica sus intereses queda abierta la vía judicial a la que éstos pueden acudir, incluso en casos de urgencia (art. 158 CC).

Si se trata de un menor de edad inferior a los 16 años con condiciones de madurez, ya se ha visto que las opiniones divergen en la doctrina. Hay autores que estiman que la decisión de cuál de los dos consentimientos (el del menor o el de los representantes legales) debe prevalecer corresponde al médico responsable, quien debe decidir atendiendo a las condiciones de madurez del menor y a la oportunidad o no de la intervención a su juicio, decantándose por la prevalencia del consentimiento del menor maduro²⁶, aunque en la citada Circular 1/2012 se hace prevalecer la decisión de los padres, salvo cuando la decisión de éstos perjudique al hijo, en cuyo caso se recomienda acudir al Juez. Hay que recordar que el art. 162.2 CC exceptúa la representación legal de los padres en aquellos actos en que existe conflicto de intereses con el hijo. Y en estas situaciones, el art. 163 CC establece el nombramiento de un defensor del menor que los represente en juicio y fuera de él. Y además, nada impide aplicar la norma del art. 158 CC, es decir, el recurso a la autoridad judicial que tanto puede ser ejercitado por el menor, el médico responsable o los representantes legales del menor²⁷. En este sentido parece pronunciarse el art. 43.6 de la Ley de la Comunidad Valenciana que establece que “En caso de conflicto

26 JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento quirúrgico”, *Cuadernos de política criminal* (1982), núm. 16, p. 24; ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid (1985): Ed. Montecorvo, p. 66; ROMEO MALANDA, S.: “Minoría de edad y consentimiento médico”, cit., p. 116; SISO MARTÍN, J.: “El médico, el paciente menor y los padres de éste. Un triángulo que debe ser amoroso”, *Revista Pediatría Atención Primaria* (2009), núm. 11, p.690; SANTOS MORÓN, M^a. J.: “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *AFDUAM* (2011), núm. 15, pp. 66.

27 Opinión ya defendida en ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos, y obligaciones en materia de información y documentación clínica (II)”, *Revista Española de Drogodependencias* (2003), núm. 28 (4), pp. 394-395.

entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con capacidad natural de juicio y de discernimiento, y la de sus padres o representantes legales, el médico se acogerá a lo dispuesto en la legislación civil en la materia”.

Si se trata de un menor de edad inferior a los 16 años pero sin condiciones de madurez, no se deberían plantear en principio casos de discrepancia entre la voluntad del menor y la de los representantes legales, dado que en este caso el consentimiento lo otorgan éstos.

Por otra parte, si la situación de discrepancia se produjera entre uno de los progenitores frente al otro y el menor (casos de conflicto que suelen aparecer en las situaciones de separación y divorcio de los progenitores), podría aplicarse la norma del art. 156.2° CC, que permite la posibilidad de acudir al Juez, quien después de oír a ambos progenitores y al hijo si tuviere suficiente juicio, y en todo caso, si fuere mayor de doce años, puede atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre²⁸. En este sentido parece pronunciarse también la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana en el art. 43.5, que distingue diversas situaciones: Si los progenitores están separados o divorciados y, en virtud de sentencia judicial o auto de medidas provisionales la patria potestad corresponde a ambos, el consentimiento informado deberá prestarse conjuntamente. En los casos de urgencia vital o decisiones diarias poco trascendentes o rutinarias en la vida del menor, bastará con el consentimiento del que esté presente. Cuando falte consenso entre ambos progenitores, y siempre que se ponga en riesgo la salud del menor, se pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

b) Discrepancia entre la voluntad coincidente de menor y padres y la del médico responsable.

28 Así, en la STSJ de Madrid 4 marzo 2011 (JUR 2011, 142042), se planteó el caso de una solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública interpuesta por un padre en proceso de divorcio, que dice tener la guarda y custodia del hijo menor de 2 años, y que aduce que no se le ha informado del estado de salud del menor, irrumpiendo en un momento dado en la consulta de la pediatra que estaba en consulta con la madre y el menor. Ante los requerimientos del padre, la pediatra le respondió que esa información se le facilitaba a quien acompañaba al menor y también que podía solicitar dicha información por escrito ante los servicios administrativos correspondientes. El padre entonces denunció los hechos a la policía y al Colegio de Médicos, e interpuso el correspondiente recurso ante el Servicio Madrileño de Salud y posteriormente recurso contencioso-administrativo, alegando que se le había denegado la información sobre el estado de salud de su hijo, que se le había discriminado, y que se le había provocado daño moral, pues el estado de ansiedad que esto le produjo determinó que en el procedimiento correspondiente se le atribuyera la guarda y custodia del menor a la madre. El TJS entendió que la pediatra había actuado de forma prudente y ajustada a las circunstancias, pues su respuesta no supuso una negativa a facilitar la información sino la remisión al cauce procedimental adecuado, conclusión que se reforzó al examinar el expediente administrativo donde no se apreció negativa alguna a facilitar la información y si una solicitud de documentación jurídica encaminada a asegurar el derecho del menor a que la información sobre su salud llegase a manos de quien legalmente podía disponer de ella, considerando el TJS que no se había producido discriminación y que el estado de ansiedad nada tenía que ver con la atribución de la guarda y custodia a la madre. Por todo lo que desestimó el recurso.

Puede suceder que la voluntad de los representantes legales (padres o tutores) coincida con la del menor; en cuyo caso no se plantearía en principio ninguna situación de conflicto, pues los intereses de ambas partes convergen.

Sin embargo, puede acaecer que, a pesar de la coincidencia de voluntades de representantes legales y menor, el médico responsable considere que la decisión de ambos podría ser perjudicial para los intereses de éste, pues con ella se pondría en peligro la vida o la integridad física del mismo²⁹.

En estos casos, no cabe duda de que se permite el recurso ante la autoridad judicial por vía de los arts. 158.4º y 216 CC, salvo que el médico pueda actuar sin requerir ningún consentimiento por tratarse de una situación de urgencia³⁰. Esta postura no se recoge expresamente en la ley estatal, pero sí en la legislación autonómica. Así, en la Ley de Castilla-La Mancha el art. 20.3 dispone que “En el caso de que la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a la salud del menor o incapacitado, el profesional responsable deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil”. Y en el mismo sentido, prácticamente con el mismo texto, la Ley de Galicia (art. 6, d), la Ley de la Región de Murcia (art. 46.4), la Ley de Navarra (art. 51.3), y la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana (art. 43.6). También es el criterio de la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012. Dos observaciones hay que destacar en estas normas: por un lado, que se hace responsable al facultativo que atienda al menor de poner esta circunstancia en conocimiento de la autoridad competente (salvo en la Ley de Galicia, que guarda silencio al respecto), y, por otro lado, que dicha actuación se realiza de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil.

2. El derecho del menor de edad a la información asistencial.

La Ley estatal reconoce el derecho del paciente a la información asistencial, pudiendo informarse también, si quiere, a sus familiares o allegados (arts. 4 y 5)³¹.

29 Dicho conflicto se ha planteado en nuestros Tribunales en casos relativos a miembros de la Asociación religiosa de los Testigos de Jehová respecto a la realización de las transfusiones de sangre. En estos supuestos nuestros Tribunales han dictaminado siempre a favor de la realización de la transfusión de sangre, en contra de la voluntad de los padres y del propio menor, en virtud del principio de primacía de la vida sobre la libertad religiosa y en razón de la situación de urgencia para la vida del menor. Sin embargo, en la citada STC 18 julio 2002, el TC resolvió la exoneración de unos padres que habían negado el consentimiento para realizar la transfusión al hijo, que falleció posteriormente, considerando que la condición de garantes de los padres, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, no podía contradecir su derecho fundamental a la libertad religiosa [ALVENTOSA DEL RIO, J.: “Relevancia del consentimiento en el conflicto entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa”, AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*. Granada-Jaén, (2000), pp. 114-115].

30 SÁNCHEZ CARO, J., SÁNCHEZ CARO, J.: *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., p. 351; ALVENTOSA DEL RIO, J.: “La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, cit., p. 395; SISO MARTÍN, J.: “El médico, el paciente menor y los padres de éste”, p. 691.

31 En el mismo sentido se establecen en los arts. 2.1 de la Ley 21/2000 de Cataluña; 2.1 y 2 y 3.1 de la Ley 11/2002 de Navarra; 42.2. 1º y 3º de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana, y 18.1 de la Ley de Castilla y León. Nada se dice explícitamente, empero, en la Ley 3/2001, de Galicia, aunque del contenido de los arts. 6, 7, 8 y 11 se

Añadiendo el art.5, en sus párrafos 2 y 3, que:“2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.- 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. El contenido del precepto puede plantear alguna duda.

Cuando se habla de incapacidad en el número 2, parece que se hace referencia tanto a la incapacidad decretada judicialmente como a la incapacidad por razón de edad, puesto que en el mismo se hace alusión a que la información en su caso la recibirá el representante legal, acertadamente, además del propio paciente si se encuentra en condiciones de entender. En el caso de los menores de edad, y poniendo este precepto en relación con el art. 9.3,c de la Ley estatal, cabría distinguir también, como en el otorgamiento del consentimiento: por un lado, la situación de los menores emancipados y menores mayores de 16 años, que son los titulares del derecho a la información; y, por otro lado, la de los menores no emancipados a su vez menores de 16 años, respecto de los cuales reciben la información sus representantes legales, aunque se debe informar también al propio menor según el grado de madurez del mismo, por aplicación del art. 5.2 de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante, y de los arts.162.2º,1º, y 267 CC, y 6.2 del Convenio de Oviedo; en este sentido se recoge en el art. 18.2 de la Ley de Castilla y León y en el art. 42.5 de la Ley de la Comunidad Valenciana.

Por el contrario, cuando el número 3 de la Ley se refiere a la carencia de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, se está haciendo referencia al caso de incapacidad de carácter temporal, por razones que no impiden el autogobierno de la persona permanentemente, y que pueden ser fruto del estado de salud de la persona en ese momento temporal. En este caso, el precepto señala que la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Existen otras limitaciones al derecho de información que corresponde al paciente, que en parte, se recogen en el art. 5.4 de la ley estatal y en la legislación autonómica: el denominado estado de necesidad terapéutica, la renuncia al derecho a la información por el propio paciente y el diagnóstico fatal. Pero estas limitaciones al derecho a la información parece que sólo pueden afectar al menor emancipado o al mayor de 16 años, pues es éste el titular del derecho a la información y, por tanto, se aplicará respecto de estos casos la doctrina general aplicable a estas situaciones. No caben dichas limitaciones respecto a los menores 16 años, salvo el caso de

desprende que en principio el titular del derecho a la información es el usuario y no otra persona, salvo casos excepcionales. Así se establece también en el art. 5 del Convenio de Oviedo.

renuncia, pues los que deben ser informados legalmente son los representantes legales y no el paciente menor directamente, y, por tanto, en principio no plantean dificultad alguna.

En cuanto a la forma de la información, el art. 5.2 de la Ley estatal, y legislación autonómica concordante, establece que la información que se proporcionará al paciente se realizará de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIONES ESPECÍFICAS.

Además de la regla general sobre consentimiento informado que se acaba de exponer, existen otras normas en el ámbito de la biomedicina que también se refieren a la capacidad del menor; aunque no de forma general, tal y como se realiza en la legislación estatal y autonómica sobre autonomía del paciente, sino en relación a supuestos específicos. Concretamente la Ley 41/2002 se refiere a algunas de ellas en el art. 9.4 al señalar que "La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación"³². Además de las situaciones señaladas, se van a examinar algunas otras que se dan en dicho ámbito.

El menor de edad y las instrucciones previas. En la ley estatal, en el art. 11.1 se señala que dicho documento se puede otorgar por un mayor de edad, lo que implica que no se puede otorgar por un menor de edad, tanto sea no emancipado como emancipado, aunque en algunas CCAA se permite el otorgamiento del mismo por menores emancipados. Estas disposiciones en relación al menor emancipado parecen más acertadas que la ley estatal, puesto que éste, según el art. 323 CC, puede regir su persona como si fuera mayor; siendo el precepto de interpretación extensiva. En relación a los mayores de 16 años no emancipados parece criticable puesto que la ley les otorga la posibilidad en el art. 9.3,c de dar su consentimiento por si mismo en toda actuación que se realice en el ámbito sanitario sin la representación de sus padres o tutores.

La minoría de edad y la interrupción voluntaria del embarazo. Esta situación se regula en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo art. 13.3 se requiere, entre los requisitos para que se produzca dicha interrupción, que "se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica

32 Este párrafo fue reformado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Antes de la citada reforma, el párrafo decía: "La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación".

Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica”. Como ya se ha indicado, la Ley 41/2002 exige el consentimiento de los mayores de edad en toda actuación que se realice en dicho ámbito, y permite el otorgamiento de dicho consentimiento a los menores emancipados y a los menores mayores de 16 años, pero no a los menores de 16 años, cuyo consentimiento se dará por sus representantes legales (art. 9.3,c). En consonancia con esta regulación, el art. 13.4 de la LO 2/2010 dispone que “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”. No obstante, el precepto añade que “Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer”. Ello se encuentra en consonancia con el segundo inciso del párrafo 2 del art. 9.3.c, que señala que “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Aunque a continuación se establece que “Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”. Esta norma dio lugar a una polémica social y jurídica en tanto en cuanto afectan a menores de edad, a los que nuestra legislación protege de forma intensa, y el derecho a la vida de un tercero, cuestión ya de suyo polémica en nuestra sociedad.

C) Minoría de edad y Reproducción Humana Asistida. La posibilidad de que un menor acceda a las TRHA, bien como donante, bien como usuarias de la mismas está descartada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en cuyos arts. 5.6 y 6 se exige que tanto los donantes como las usuarias sean mayores de 18 años.

D) Menores e investigación biomédica. La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica establece una serie de medidas muy concretas para permitir y realizar una investigación sobre menores de edad. En cuanto al otorgamiento del consentimiento, la ley no distingue las distintas situaciones en función de la edad en que puede encontrarse un menor de edad (menor emancipado, menor no emancipado, mayor o menor de 16 años, como sí hace la ley sobre autonomía del paciente), señalando simplemente que se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona sea menor de edad y no existan otras alternativas para la investigación, siendo proporcionada a la investigación a desarrollar, efectuándose con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud, participando el menor en la medida de lo posible, según su edad y capacidades, en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación (art. 4.2). La misma

regla se aplica en la obtención de muestras biológicas de menores (art. 85.5). Sin embargo, en la Disposición Final Segunda se dispone que en lo no previsto en esta Ley “serán de aplicación la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, siempre que no sea incompatible con los principios de esta Ley, y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”; lo cual lleva a plantear si se aplicarían en este ámbito los criterios establecidos en el art. 9.3.c de la Ley 41/2002.

E) Menores y ensayos clínicos. En el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, se establecen también unas disposiciones muy concretas para que se puedan realizar ensayos clínicos con menores (art. 4). En relación al consentimiento, el art. 7.3,a) señala que dicho consentimiento se obtendrá de los padres o del representante legal del menor de manera previa y que deberá reflejar la presunta voluntad del menor; pudiendo retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Añadiendo que “Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo”, previa la adecuada información, pudiendo negarse o retirarse del ensayo en cualquier momento. Además se establece que el promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores.

F) Menores y Extracción y Transplantes de órganos. En el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, se distingue según el donante sea persona viva o fallecida. Si se trata de un donante vivo, el art. 8.1, a) establece que debe tratarse de persona mayor de edad, no permitiendo expresamente la obtención de órganos de menores de edad, aún con el consentimiento de sus padres o tutores (letra d). Si se trata de personas fallecidas se presume en principio la conformidad del fallecido, pero si son menores de edad, el art. 9.1, a), párr. 2º, establece que la oposición a dicha extracción “podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil”. En cuanto al consentimiento para que se realice el trasplante, el art. 17.1 dispone que se requiere “el consentimiento previo y escrito del receptor o sus representantes legales, conforme prevé el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, previa información de los riesgos y beneficios que la intervención supone, así como de los estudios que sean técnicamente apropiados al tipo de trasplante del que se trate en cada caso”.

G) Menores y transexualidad. En relación a los menores transexuales, los expertos se han planteado la cuestión de si se les debe aplicar los tratamientos

médicos, en particular, la terapia hormonal antes de llegar a los 18 años. Las leyes autonómicas sobre identidad de género han optado por permitir dicha aplicación con carácter general³³, dispensándose la atención sanitaria de acuerdo con las normas establecidas en Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, y en las correspondientes leyes autonómicas de autonomía del paciente (arts. 5 de la Ley de Navarra, 11 de la Ley del País Vasco, 19.6 de la Ley de Andalucía y 7.1 de la Ley de Canarias, en la que se añade que “La negativa de padres o tutores a autorizar el tratamiento transexualizador podrá ser recurrida ante la autoridad judicial, que atenderá en último caso al criterio del beneficio del menor”), Sin embargo, en materia de atención quirúrgica, las leyes autonómicas sobre identidad de género establecen que ésta sólo será prestada a personas mayores de edad (arts. 6.5 de la Ley de Navarra y 10.6 de la Ley de Andalucía). Por tanto, como se observa, la regulación del consentimiento de los menores en este ámbito se deriva a la ley estatal y correspondiente legislación autonómica sobre autonomía del paciente.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Como se observa, en punto a la capacidad del menor de edad para tomar decisiones en el ámbito de la sanidad y de la biomedicina, no existe una legislación única, existen vacíos legales, y opiniones doctrinales muy divergentes.

En mi opinión, hay que partir de la idea de que se debe tratar a los menores con pleno respeto a su dignidad, personalidad, intimidad, y a su propia autonomía, inclusive a los menores de 12 años, a los que se debe implicar en la toma de decisiones, toda vez que la actitud del sujeto afectado es fundamental para restaurar su salud.

La Ley estatal de autonomía del paciente y las leyes autonómicas parecen aplicar un criterio objetivo, basado en la edad, a la hora de determinar el otorgamiento válido del consentimiento de los menores, al referirse a la edad de 16 años como criterio para exigir dicho consentimiento, estimando que si el menor ha alcanzado esta edad puede otorgarlo por sí mismo sin necesidad de que lo otorguen los representantes legales, y si no la ha alcanzado, otorgan dicho consentimiento los representantes legales del mismo. Sin embargo, cuando se plantea la situación

33 Dichas leyes son: en Navarra, la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; en País Vasco, la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidades de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; en Andalucía, la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; y en Canarias, la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

del menor maduro, la legislación carece de regulación al respecto y las posturas doctrinales son contradictorias, inclusive las posturas judiciales.

A cualquiera de estas soluciones se pueden encontrar inconvenientes. Pues, al conceder el otorgamiento del consentimiento a los mayores de 16 años, se deja de lado a los padres y tutores, siendo que se trata de un menor no emancipado, bajo la potestad de sus padres o tutores, y dependiente económicamente de los mismos, y ocurriendo así, se aparta a los padres de una decisión que les afecta, tanto a nivel emocional como económico. Y al conceder el otorgamiento del consentimiento a los representantes legales, parece que se está dejando de lado el respeto a la intimidad de los menores, muchos de los cuales, y en determinadas situaciones, preferirían que no trascendiera dicha situación.

Además, hay que tener en cuenta otros factores. Por un lado, si la decisión del menor, cuando puede tomarla por sí mismo, está bien fundamentada, pues cabe que el menor no quiera que se informe a sus padres por temor reverencial o temor a un posible rechazo familiar o social. Por otro lado, el entorno cultural y social del menor, que en algunos casos puede ser contrario al beneficio e interés del mismo, y en otros, puede suponer el apoyo fundamental para recuperar la salud del menor.

Otra cuestión que se plantea es si la decisión de hacer valer el consentimiento del menor o de los padres debe recaer sobre el médico responsable. Ello supone agravar la responsabilidad que ya tiene el médico de por sí. Por lo que cabría emplear otros recursos existentes en el ámbito sanitario, sin recurrir al Juez. Entre ellos, la consulta a equipos formados por profesionales de la psicología, y, en su caso, de la psiquiatría³⁴, la consulta a los Comités de ética asistencial, o la utilización de la mediación sanitaria. Y ello conllevaría una menor judicialización de la materia que tratamos³⁵.

Todo ello a fin de encauzar convenientemente la decisión del menor en correlación con las de sus padres o tutores.

34 RIO SÁNCHEZ, C del.: "El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas", *Información Sicológica* (2010), núm. 100, pp. 60-67.

35 GONZÁLEZ MIRASOL, P.: "Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica", *Diario La Ley* (2005), pp. 1613-1635, y NIETO ALONSO, A.: "La relevancia del consentimiento del menor", cit., p. 7041.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Relevancia del consentimiento en el conflicto entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa", AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*. Granada-Jaén (2000), pp. 99-116.

- "El derecho a la autonomía del paciente", AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, I, Semblanza. Derecho civil. Parte General*. Madrid (2003), pp. 173-205.

- "La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos, y obligaciones en materia de información y documentación clínica (I y II)", *Revista Española de Drogodependencias* (2003), núm. 28 (3 y 4), pp. 270-284 y 384-401.

ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid (1985): Ed. Montecorvo.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*. Madrid (1984).

GALÁN CORTÉS, J.C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid (1997): Ed. Colex.

GARCÍA GARNICA, M.C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*. Navarra (2004): Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

GONZÁLEZ MIRASOL, P.: "Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica", *Diario La Ley* (2005), pp. 1613-1635.

GRACIA, D., JARABO, Y., MARTÍN ESPÍLDORA, N., RÍOS, J.: "Toma de decisiones en el paciente menor de edad", *Medicina Clínica* (2001), núm. 117 (5), pp. 179-190.

JORGE BARREIRO, A.: "La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento quirúrgico", *Cuadernos de política criminal* (1982), núm. 16, pp. 5-34.

MARTÍN MORÓN, M^a.T.: "La representación legal de los hijos en la esfera personal", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte (II)*, Castellón (1999): Diputación de Castellón, pp. 559-564.

MARTÍNEZ, C.: "Problemas éticos y legales en Pediatría. Consentimiento informado en menores", *Boletín de Pediatría* (2009), núm. 49, pp. 303-306.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: "La minoría madura", en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina*. Madrid (1998): Ed. Mapfre.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. DE: "El menor: un paciente complicado (al menos desde la perspectiva legal)", *Revista CESCO de Derecho de consumo* (2013), núm. 13, pp. 294-295.

MORENO ANTÓN, M.: "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario", *AFDUAM* (2011), núm. 15, pp. 95-123.

NIETO ALONSO, A.: "La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud", *Diario La Ley* (2008), p. 7041.

PARRA LUCÁN, M^a. A.: "Dos apuntes en materia de responsabilidad médica", *Derecho y Salud, Extraordinario: IX Congreso Derecho y Salud* (2003), núm. 11 (1), pp. 1-14.

- "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil* (2003), núm. 1, pp. 1901-1930.

RAMOS CHAPARRO, P.: *La persona y su capacidad civil*. Madrid (1995).

RÍO SÁNCHEZ, C del.: "El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas", *Información Sicológica* (2010), núm. 100, pp. 60-67.

ROMEO CASABONA, C. M^a.: *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona (1981): Ed. Bosch.

ROMEO MALANDA, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre", *Actualidad del Derecho sanitario* (2004), núms. 102-103, pp. 113-119 y 211-223.

SÁNCHEZ CALERO, F. J.: "La capacidad del menor no emancipado", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* (III). Granada-Jaén (2000), pp. 1683-1711.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados". Valencia (2005): Ed. Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ CARO, J., SÁNCHEZ CARO, J.: *Consentimiento informado y psiquiatría. Una guía práctica*. Madrid (1998): Ed. Mapfre.

SÁNCHEZ CARO, J., ABELLÁN, F.: *Derechos y deberes de los pacientes. (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*. Granada (2003): Ed. Comares.

SÁNCHEZ JACOB, M., RIAÑO GALÁN, I., MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C.: "Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente", *Revista Pediatría Atención Primaria* (2008), núm. 10, pp. 443-456.

SANTOS MORÓN, M^a. J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *AFDUAM* (2011), núm. 15, pp. 63-93.

SIMÓN LORDA, P.: "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* (2008), XVIII/102, pp. 325-348.

SISO MARTÍN, J.: "El médico, el paciente menor y los padres de éste. Un triángulo que debe ser amoroso", *Revista Pediatría Atención Primaria* (2009), núm. 11, pp. 685-693.



LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM EN ESPAÑA: ESTUDIO ANTE UN NUEVO DILEMA JURÍDICO

POSTHUMOUS REPRODUCTION IN SPAIN, ANALYSIS OF A NEW LEGAL DILEMMA

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 292-323

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER. 2014-52503-P "Retos Actuales de la Autonomía", cuyos investigadores principales son María Esther Gomez Calle y Jose María Miquel Gonzalez, sobre el cual en el momento presente el Ministerio de Economía y Competitividad ha emitido ya una propuesta provisional de resolución favorable.

Alma María
RODRÍGUEZ
GUITIÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de enero de 2015

RESUMEN: Un método de estudio adecuado del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida requiere dar un tratamiento diferenciado a las dos hipótesis contempladas en dicho precepto. Por una parte, la inseminación artificial de la viuda o de la compañera *more uxorio* con el esperma del varón tras el fallecimiento de éste, con cuya admisión el legislador, además de incumplir el mandato vinculante de actuación dirigido a la protección del menor previsto en los párrafos 3º y 4º del art. 39 de la Constitución Española de 1978, ha ignorado el principio del interés superior del menor: el legislador debe garantizar que un niño nazca con progenitores que le presten asistencia de todo orden. La segunda hipótesis regulada es la transferencia *post mortem* al útero materno de preembriones generados con anterioridad al fallecimiento del varón. Constituye una medida acertada la presunción legal del consentimiento del difunto a dicha transferencia, en la medida en que la vida prenatal goza de protección constitucional.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de Reproducción Asistida, Reproducción *post mortem*.

ABSTRACT: Article 9 of the Spanish law 14/2006 of 26th May, on Human Assisted Reproduction Technics, deals with two different issues which merit a different approach. First of all, the law allows the use of reproductive material of a man after his death for the artificial insemination of his widow or surviving partner. In my opinion, this clause is contrary to article 39.3º and 4º of the Spanish Constitution, which imposes an obligation of protection of the minor over the Legislative Power. The law must comply with a general obligation derived from the Constitution of parents to take care of the child. In all actions concerning children, the best interest of the child shall be a primary consideration, but the law disregards this point. Secondly, the law contemplates the *post mortem* implantation of embryos created before the man's death. The law presumes, correctly in my view, that the deceased authorized the *post mortem* implantation, as prenatal life is constitutionally protected.

KEY WORDS: Assisted Reproductive Technology, Posthumous Reproduction.

SUMARIO.- I. Nuevo dilema jurídico en el art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.- 1. Ámbito objetivo.- 2. Ámbito subjetivo.- II. Análisis crítico de la aplicación por el legislador del método jurídico de la ponderación para solucionar el conflicto de intereses planteado.- 1. Inseminación artificial post mortem.- 2. Transferencia post mortem de preembriones.- III. Análisis de los requisitos legales para la admisión de la reproducción artificial post mortem.- 1. Respecto a la inseminación artificial post mortem.- 2. Respecto a la transferencia post mortem de preembriones.- IV. Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la reproducción artificial post mortem.- 1. Problemas de filiación.- 2. Problemas sucesorios.

I. NUEVO DILEMA JURÍDICO EN EL ART. 9 DE LA LEY 14/2006 DE 26 DE MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

En el ordenamiento jurídico español se regula la reproducción artificial *post mortem*, primero, en el art. 9 de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, con posterioridad, en el vigente art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA 2006) bajo el enunciado “Premoriencia del marido”¹. De una forma sintética cabe afirmar que la regla general es la prohibición de tal hipótesis, ya que el párrafo primero sólo admite el uso de las técnicas de reproducción asistida en vida de los cónyuges o de la pareja de hecho. Pero excepcionalmente se enerva tal prohibición en los párrafos 2º y 3º, de modo que puede utilizarse el material genético del varón

¹ Art. 9 LTRHA 2006. “Premoriencia del marido”.

“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del art. 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad”.

• Alma María Rodríguez Guitián

Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid desde el año 2002. Ha centrado sus líneas de investigación, en especial, en el Derecho de Daños, Derecho de la Persona y Derecho de Familia y Sucesiones. Sus monografías publicadas son *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, 1996; *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Civitas, 2003; *La capacidad de testar: Especial referencia al testador anciano*, Civitas, 2006; *Responsabilidad civil en el ámbito de la familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Civitas, 2009 y *Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, 2013. Ha realizado estancias en diferentes universidades europeas y americanas, o bien con finalidad de investigación, o bien para la impartición de docencia. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es.

fallecido si se dan dos requisitos: que exista consentimiento por parte del varón a la reproducción artificial tras el fallecimiento y que dicha reproducción se produzca dentro de un límite temporal (doce meses desde el fallecimiento). Pero en realidad aquí la excepción tiene tal amplitud que en la práctica adquiere rango de ley con el mismo contenido y efectos que la aludida regla general².

Ello pone delante de una de las mayores ampliaciones del ámbito de la autonomía personal y, por tanto, ante una ampliación de los instrumentos propios de la autonomía privada sobre los que puede proyectarse la libertad de decisión del individuo³. Pero a la vez nos sitúa ante un delicado problema de carácter ético y jurídico en el que han de valorarse los intereses de las partes implicadas en él: los intereses de la persona fallecida, los del futuro recién nacido, el interés de la mujer que desea ser madre y solicita el tratamiento y, por último, los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser (por ejemplo, parientes u otros hijos del fallecido).

Desde luego es el desarrollo científico-técnico de ciertas técnicas reproductivas, como la fecundación *in vitro* o la crioconservación de espermatozoides o de embriones humanos, el que ha posibilitado, a mediados del siglo XX, la reproducción después de la muerte, aunque la inseminación artificial se viene ejercitando desde el siglo XIX al menos, haciéndose con ello realidad el cuento fantástico, titulado "Hijo del alma", de Emilia Pardo Bazán⁴. En concreto, la primera inseminación con espermatozoides previamente descongelados que da lugar a un embarazo y a un nacimiento tiene lugar en EEUU en 1952. Y el primer nacimiento mediante la fecundación extracorpórea con transferencia de embriones se produce en Inglaterra el 25 de julio de 1978⁵.

I. Ámbito objetivo.

Tal y como se desprende con claridad del vigente art. 9 LTRHA 2006, en él se regulan dos hipótesis diferentes; una, la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto y, dos, la transferencia *post mortem* de preembriones. Por fecundación artificial *post mortem* se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón fallecido por medio distinto al contacto sexual. El

- 2 ALONSO PÉREZ, M.: "De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 2º (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART). Madrid (1988): Edersa, p. 19.
- 3 En este sentido CAPILLA RONCERO, F.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado", *La Ley*, 18 de julio de 2011, p. 6 (<http://www.diariolaley.es>)
- 4 En dicho cuento una mujer narra al Doctor Tarfe que el estado físico de su hijo, de ojos vidriosos, sin tono ni vigor, sin fuerza ni vida, se debe a que fue engendrado por su marido siendo ya cadáver. Señala el doctor: "...La buena crianza me impidió soltar la risa o alguna palabra impertinente; después, un interés humano se alzó en mí; conozco bien las modulaciones de la voz con que se miente, y aquella mujer, de fijo, se engañaba; pero, de fijo también, no mentía". "...Pero yo tuve la caridad de aparentar una fe que científicamente no podía sentir". Consúltese PARDO BAZÁN, E.: "Hijo del alma", *La Ilustración española y Americana* (1901), núm. 7º.
- 5 Toda esta información ampliada en ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva*. Cizur Menor (2003): Thomson Aranzadi, pp. 30 ss.

segundo supuesto hace referencia a la transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, *post mortem*.

La diferencia entre ambas hipótesis es clara: En el caso de la inseminación artificial se fecunda a la viuda o compañera con semen del varón fallecido, de modo que estaríamos ante un hijo, no póstumo, sino postumísimo, esto es, procreado después de la muerte del padre. Por el contrario, en la transferencia de preembriones el hijo es concebido en vida de ambos padres (*in vitro*), aunque su implantación, gestación y alumbramiento ocurran una vez ya fallecido el padre. De ahí el título con el que he querido denominar este trabajo, reproducción artificial *post mortem*, que me parece más adecuado en cuanto abarca ambas hipótesis⁶. El objetivo de este trabajo es demostrar que un tratamiento adecuado de la materia regulada en este art. 9 exige diferenciar el régimen jurídico de los dos supuestos contemplados en él.

2. Ámbito subjetivo.

El art. 9 LTRHA 2006 se refiere, literalmente, a que podrán prestar su consentimiento al uso de su material reproductor tras su muerte, o a la transferencia de preembriones ya constituidos antes del fallecimiento, tanto el marido como el varón “no unido por vínculo matrimonial”. Llama la atención, sin duda, que el precepto ni exija la convivencia *more uxorio* entre varón y mujer ni mucho menos el requisito de que se esté ante una pareja estable. Lo más lógico es que se refiera a parejas no casadas que conviven *more uxorio*, aunque realmente la vaguedad de la expresión conduciría a que pudiera caber en ella el consentimiento de cualquier varón para la reproducción *post mortem* con cualquier mujer⁷.

Puesto que se habla de “fallecimiento del marido” o del “varón no unido por vínculo matrimonial” ha de descartarse que la ley española contemple el caso de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer, y sea aquel el que solicite que se implante el preembrion constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer. Se ha subrayado que tal posibilidad no sería coherente con el art. 10 LTRHA, que afirma la nulidad de la gestación por sustitución en su párrafo primero (“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de

6 Considera más adecuada también tal terminología INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M.YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS). Cizur Menor (2011): Thomson Aranzadi, p. 835.

7 Mucho mayor rigor técnico tiene, a mi juicio, el art. 235-13 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, que regula en su párrafo segundo la fecundación asistida después “del fallecimiento del hombre que convivía con la madre” (<http://www.noticiasjuridicas.com>).

un tercero”)⁸. También por esta misma razón y por la utilización por el art. 9 LTRHA del término “cónyuge superviviente”, ha de quedar fuera la posibilidad de que ambos cónyuges o compañeros de hecho fallezcan y que el preembrión sea transferido o implantado en el útero de otra mujer⁹.

Pero no son las anteriores las únicas hipótesis que quedan excluidas de la regulación española de la reproducción artificial *post mortem*. En primer lugar, al hacerse alusión expresa en el precepto a que el varón consienta la utilización de “su material reproductor”, queda fuera la prestación del consentimiento por parte del difunto para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, suscita dudas la transferencia de un preembrión al útero de la madre con posterioridad a la muerte del marido o compañero, cuando tal preembrión, aunque concebido en vida de aquellos, ha sido obtenido por gametos donados por un tercero. Aunque realmente en la letra de la ley cabría la admisión de este último supuesto, no es claro que deba incluirse si esta posibilidad de donación de gametos ha quedado fuera en el caso de la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto¹⁰.

- 8 En este sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid (2012): Reus, p. 103 y LÓPEZ PELÁEZ, P.: “Filiación y reproducción asistida”, en AA.VV. *Derecho de la Persona* (coord. por I. RAVETLLAT). Barcelona (2011): Bosch, p. 105. Este último apunta que llama la atención que el hombre no pueda solicitar la reproducción *post mortem* tras la muerte de su mujer o compañera, en la medida en que también el varón tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad, e igualmente está capacitado para darle al hijo todas las condiciones para su adecuado desarrollo.
- 9 Así SERRANO ALONSO, E.: “El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*”, en AA.VV.: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, p. 378. Parece, no obstante, que en el Proyecto de Ley que da lugar a la ya derogada Ley de Reproducción Asistida de 1988 se admiten dos casos que implican alquiler de úteros: uso del óvulo de mujer fallecida por el varón y uso de embrión cuando ambos cónyuges o convivientes han fallecido.
- 10 También el ordenamiento jurídico inglés y el holandés admiten la reproducción artificial *post mortem* aunque en un número de casos más amplio que la ley española. En relación con Inglaterra, ya en 1990 la *Human Fertilisation and Embryology Act* permite tanto la inseminación artificial *post mortem* como la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del padre. Ahora bien, en estos dos casos no se atribuye el *status filii* al hijo nacido como consecuencia de dichas prácticas, fundamentalmente por los problemas sucesorios que ello podía traer. Esta ley ha sido objeto de varias reformas para ampliar el ámbito de esta hipótesis y, en concreto, en 2003 se modifica la ley de 1990 para que el marido fallecido pueda ser inscrito por la madre como padre del niño, dentro de los 42 días siguientes al nacimiento, tanto en caso de que la mujer haya sido inseminada artificialmente después de la muerte con su esperma como en caso de que se le haya transferido *post mortem* un embrión creado con dicho esperma o con esperma de donante antes de la muerte del marido. Tal posibilidad también se extiende a la pareja de hecho masculina de la mujer. Pero en ambas hipótesis se requiere que el varón fallecido hubiere dado su consentimiento por escrito al uso de sus gametos o a la implantación del embrión y a ser inscrito como padre del niño fruto de tales técnicas, además de que no haya retirado su consentimiento antes de su muerte. La inscripción del varón como padre del niño no tiene consecuencias jurídicas en cuanto al reconocimiento de derechos al menor sino que sólo posee un efecto simbólico [consultése *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003* (HFEA 1990 s28 (5A) (5B) (5C) (5I) and s29)]. Con posterioridad, en 2006, el Departamento de Salud británico hace una serie de propuestas para la revisión de la legislación en esta materia, que se hace a través de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (c.22), que entra en vigor en abril de 2009 (<http://www.legislation.gov.uk>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Esta normativa incluye disposiciones similares a las inmediatamente señaladas de 2003 [HFEA 2008 s39: uso de esperma, o transferencia de embrión, después de la muerte del hombre que ha aportado el esperma; s 40: embrión transferido después de la muerte del marido o compañero que no ha aportado el esperma]. Y el registro del varón como padre del niño, cuando la mujer lo consienta tras el nacimiento, continúa poseyendo únicamente efectos simbólicos. Véase más información en HALE, B./

En segundo lugar, tal y como se desprende del art. 9, éste sólo regula la reproducción artificial *post mortem* en el caso de una pareja heterosexual. La literalidad del precepto, entre otras razones, impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Si se trata de dos hombres, la admisión de esta hipótesis chocaría contra la aludida prohibición legal de la maternidad subrogada, ya que aquellos siempre necesitarían el útero de una mujer. Si son dos mujeres esta misma objeción no existiría, ya que la fallecida, antes de morir, podría consentir, conforme al art. 7.3 LTRHA, que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación *post mortem* respecto del nacido¹¹. Pero realmente el art. 7.3 LTRHA no está pensando en absoluto en la hipótesis de la reproducción *post mortem*, de modo que habría de acudirse para decidir la cuestión al art. 9 de esta ley. Y el art. 9, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, no parece permitir la fecundación artificial *post mortem* en la que intervenga el semen de un donante (intervención que es absolutamente necesaria en el caso de dos mujeres)¹².

PEARL, D./ GOKIE, E./ MONK, D.: *The family, Law & Society*. Oxford (2009): Oxford University Press, p. 435; PROBERT, R.: *Cretney and Probert's Family Law*. London (2009): Sweet & Maxwell, pp. 231-232 y GILMORE, S. / GLENNON, L.: *Hayes and Williams' Family Law*. Oxford (2012): Oxford University Press, p. 367. Por su parte, el art. 1:207 del Libro I del *Dutch Civil Code*, aplicable según la doctrina al uso de las técnicas de reproducción asistida después de la muerte del marido o pareja de hecho (tanto la registrada como la no formalizada), con su esperma o mediante la transferencia de un embrión creado con el esperma de éstos o con el de un donante, señala que la madre y/o el niño pueden solicitar que se determine judicialmente la paternidad de un hombre sobre la base, o bien de la paternidad biológica, o bien sobre la base de que durante el tiempo que convivió con la madre consintió un acto que podría tener como resultado posible el nacimiento de un niño. Consúltese en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> (fecha de consulta: diciembre de 2014). El marido o compañero deben haber autorizado el uso de su esperma o del embrión tras su fallecimiento, según requiere el art. 7 *Embryowet* 20 juni 2002. En el ordenamiento holandés, a diferencia del inglés, la determinación judicial de la paternidad puede tener consecuencias jurídicas, no sólo con relación al status de hijo respecto al padre (aunque no posee derechos en la herencia del padre), sino también respecto a ciertos lazos con la familia paterna, por ejemplo, en cuanto al apellido, nacionalidad y derechos hereditarios que correspondan al padre en la herencia de los abuelos. Consúltese VONK, M.: *Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law*. Antwerpen-Oxford (2007): Intersentia, p. 55-56, 58, 61, 63, 157 y 159.

- 11 Así, el art. 7.3 LTRHA 2006 prevé que "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Como puede apreciarse, el tenor literal del precepto excluye de su ámbito a las parejas de hecho de mujeres.
- 12 La *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (c.22), como novedad, extiende la reproducción *post mortem* a la civil *partner* femenina de la mujer a la que se le va a transferir el embrión constituido antes del fallecimiento de su pareja con donación de semen de un tercero. De modo que aquella puede tener el status de progenitora legal de un hijo que no ha conocido por haber fallecido antes del nacimiento del niño (HFEA s 46). La *partner* ha de consentir, por escrito, la transferencia del embrión a la madre después de su fallecimiento y además ser tratada como progenitora del niño. Un último requisito que se añade a los dos anteriores es que la madre que da a luz ha de manifestar su opinión favorable, en el plazo de 42 días desde el nacimiento del niño, a que su *partner* sea progenitora femenina del niño. Ahora bien, el registro es puramente simbólico, y la persona fallecida no es tratada como progenitora para cualquier otro propósito (por ejemplo, a efectos hereditarios). Véase más información en PROBERT, R.: *Cretney and Probert's Family Law*, cit. pp. 231-232 y GILMORE, S. / GLENNON, L.: *Hayes and Williams' Family Law*, cit. p. 369. Tras la aprobación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act* 2013, que permite contraer matrimonio a las parejas homosexuales, se ha introducido alguna modificación en la s. 46 HFEA, de modo que, además de permitirse la reproducción artificial *post mortem* de parejas femeninas que forman parte o no de una unión civil registrada, también se admite la de mujeres que han contraído matrimonio, exactamente con los mismos requisitos que cuando se introduce tal posibilidad en 2008.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN POR EL LEGISLADOR DEL MÉTODO JURÍDICO DE LA PONDERACIÓN PARA SOLUCIONAR EL CONFLICTO DE INTERESES PLANTEADO.

I. Inseminación artificial *post mortem*.

En este epígrafe sólo voy a referirme al primer supuesto regulado en el art. 9 LTRHA 2006, esto es, la inseminación de la viuda o compañera del difunto con gametos de éste tras su fallecimiento.

Es fácil determinar que en la hipótesis de la inseminación artificial *post mortem* existe un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda o compañera de hecho y el interés del hijo a nacer con progenitores que le presten asistencia de todo orden durante la minoría de edad¹³. El legislador, cuando ha regulado la materia de las técnicas de reproducción asistida ha aplicado, aunque sea de modo implícito, el método jurídico de la ponderación para solucionar cuál de los principios (bienes, valores o intereses) contrapuestos en el caso planteado debe prevalecer. Como resultado de cada ponderación es posible formular una regla de prevalencia que exprese las condiciones bajo las cuales un principio tiene preferencia sobre el contrario¹⁴. En el art. 9 LTRHA 2006 se ha concluido que ha de prevalecer el derecho a procrear de la viuda o compañera del fallecido, siempre que exista consentimiento por parte del fallecido a la utilización *post mortem* de su esperma-otorgado por diversos cauces- y que la inseminación de la mujer se produzca en un determinado plazo de tiempo desde el fallecimiento. Tal decisión de admitir la fecundación *post mortem* parece coherente en principio con el fundamento en que el legislador español ha sustentado las técnicas de procreación artificial, esto es, en un hipotético derecho a la procreación y no en el derecho a la salud, entendido éste, más allá de la ausencia de enfermedad, como bienestar físico o psicológico. Así, el art. 1 LTRHA 2006 no hace referencia ya, frente a la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, a que la finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida sea la eliminación de la esterilidad. En cambio, si un legislador opta por fundamentar tales técnicas en el derecho a la salud y restringirlas a los casos de existencia de indicaciones médicas, porque exista una esterilidad irreversible o porque haya posibilidad de transmitir enfermedades hereditarias a los futuros hijos,

13 Es cierto que en esta hipótesis hay, además, otros intereses en juego; así, los intereses del fallecido y los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser. Pero el legislador ha dado respuesta a los mismos en el art. 9 LTRHA 2006 acudiendo a expedientes distintos. Por un lado, protege los intereses del fallecido exigiendo que este dé el consentimiento al uso del material genético tras su fallecimiento por unos cauces determinados. Respecto a los intereses de personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser, sobre todo derechos hereditarios de parientes, éstos quedan tutelados mediante la exigencia legal de que la inseminación artificial *post mortem* de la viuda o pareja haya de producirse dentro de un plazo temporal determinado.

14 Así RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Madrid-Barcelona (2000): Marcial Pons, p. 150.

no tiene cabida el acceso a las técnicas de mujeres solteras sin pareja y de viudas¹⁵. Esta última opción es la elegida en otros ordenamientos, como el francés, el italiano, el alemán o el portugués¹⁶.

Es, pues, claro que el legislador español ha optado, mediante la aplicación implícita del método de la ponderación, por hacer prevalecer el derecho de la mujer a procrear, pareciendo innecesario afirmar que, una vez que el legislador ha decidido a favor de una de las posibilidades, a tal preferencia quedan vinculados tanto los órganos judiciales como el poder ejecutivo¹⁷. Pero ello no significa en ningún caso que el resultado de tal ponderación no pueda ser objeto de análisis crítico doctrinal, como aquí va a hacerse a continuación, en la medida en que estimo que caben dudas racionales acerca de la constitucionalidad de tal decisión. En concreto, estimo que la admisión por el legislador de la inseminación artificial *post mortem* puede vulnerar tanto el párrafo tercero como el cuarto del art. 39 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

- 15 En este sentido ROCA TRÍAS, E.: "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en AA.VV.: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, p. 26.
- 16 En Francia se prohíbe tanto la inseminación como la transferencia de embriones *post mortem*. Ello deriva de dos datos: Primero, se exige que los usuarios de tales técnicas deben estar vivos y, segundo, de modo expreso se señala que la muerte de uno de los miembros de la pareja impide la inseminación y la transferencia de embriones (así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, reforzado por el apartado 3 del art. 311-20 del Código Civil, que señala que el consentimiento deviene ineficaz en caso de muerte antes de la realización de la procreación médica asistida) (consúltese en <http://www.legifrance.gouv.fr>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Sobre el tema véase VOIRIN, P./GOUBEALUX, G.: *Droit Civil*, Tomo I. Paris (2007): L.G.D.J., p. 167. En segundo lugar, en Portugal se prohíbe de forma expresa la inseminación con semen del marido fallecido o del compañero, incluso aunque éstos hayan consentido antes de la muerte (art. 22º.1 de la *Lei n.º. 32/2006 de 26 de Julho Procriação medicamente assistida*) (tal ley está publicada en *Diário da República*, 1ª. Série- Nº: 143 -26 de Julho de 2006) (<http://www.cnpma.org.pt>) (fecha de consulta: diciembre 2014), pero en cambio el párrafo tercero del citado art. autoriza la transferencia al útero materno de embriones resultantes de una fecundación *in vitro* efectuada en vida de su esposo o compañero, si ha transcurrido un plazo que posibilita una adecuada ponderación de la decisión. Por último, los ordenamientos italiano y alemán se caracterizan por las dudas existentes acerca del alcance de la prohibición. En este sentido el art. 5 de la Ley italiana de 19 *febbraio* 2004 núm. 40 sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (publicada en *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 *febbraio* 2004) (<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>) (fecha de consulta: diciembre 2014) establece como requisito subjetivo para acceder a tales técnicas estar vivo. Y el art. 12.2 fija una sanción administrativa pecuniaria para quien posibilite el acceso a las técnicas de procreación asistida, entre otros casos, a parejas cuyos miembros no estén vivos. Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *La Ley* (4 enero 2005), p. 13 (<http://www.diariolaley.es>), no queda claro cuál es el objeto de la prohibición legal, si sólo se prohíbe la fecundación *post mortem* o también la transferencia de preembriones ya existentes al tiempo del fallecimiento del marido o conviviente. Crítica esta falta de claridad de la normativa italiana IAPICCHINO, L.: "La procreazione artificiale", en AA.VV.: *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV, (dir. por G. CASSANO). Milano (2006): Giuffrè Editore, p. 175. En Alemania el parágrafo 4 de la *Embryonenschutzgesetz vom. 13. Dezember 1990* señala que será castigado hasta con tres años de privación de libertad o sanción pecuniaria quien, conscientemente y mediante un procedimiento artificial, fecunde un óvulo con el espermatozoide de un hombre tras la muerte de éste; no castigándose en el precepto a la mujer que se someta al proceso de fecundación artificial (véase en <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/4.html>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Matiza ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica*, cit.p. 365, que la prohibición no se extiende a la implantación del óvulo fecundado antes de la muerte del varón. Dada la imposibilidad de aplicación analógica de la normativa penal, la solución más adecuada es permitir que la viuda geste los embriones obtenidos en el tratamiento de fertilidad anterior al fallecimiento. Sin duda esta solución es más coherente con la finalidad de la normativa, que trata de proporcionar al embrión una protección mínima. Sobre el parágrafo 4 consúltese JUNGLEISCH, F.: *Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive*. Berlin (2005): Duncker & Humblot, pp. 89-90.
- 17 LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona (1994): Ariel, p. 339.

Con el fin de evitar o mitigar los peligros que el método jurídico de la ponderación lleva consigo, es preciso seguir tres pasos ordenados en su aplicación para que dicho método sea riguroso y disciplinado¹⁸: Así, en primer lugar, ha de procederse a la identificación de los principios en conflicto. Por una parte, el derecho de procrear de la mujer. Lo que resulta claro es que un derecho como tal no aparece recogido de modo explícito en la CE 1978, de modo que la doctrina ha propuesto su reconocimiento implícito en alguno de los preceptos constitucionales¹⁹: o bien en el derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE, o bien en el principio del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE o bien en el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE²⁰. A mi juicio la perspectiva más correcta es la que mantiene una conexión clara entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. Se trata de un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, de modo libre y responsable, entre las diversas opciones de vida, siguiendo sus preferencias. Proyectado al tema aquí analizado, significa el reconocimiento a toda persona de un ámbito de decisión en torno a si procrea o no un hijo²¹.

Por otra parte, en relación con el menor, no puede afirmarse que haya, en sentido riguroso, un derecho del niño a nacer con unos progenitores que derive del 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”). Dicho precepto es uno de los “Principios rectores de la política social y económica” (ubicados en el Capítulo III del Título I CE). El art. 53.3 CE establece el régimen general de eficacia de dichos principios, de modo que este último precepto impone tanto al legislador como a los órganos de aplicación del derecho el reconocimiento, el respeto y la protección de los mencionados principios. Estos principios son, pues, mandatos vinculantes dirigidos al legislador y no poseen como

18 Señala estos tres pasos RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes*, cit.p. 48.

19 Señala en este mismo sentido FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona (2011): Atelier; pp. 58-59, que tampoco incluyen un reconocimiento del derecho fundamental autónomo a procrear ni las declaraciones internacionales de derechos civiles ni las constituciones nacionales (con contadas excepciones). Pero a su juicio ello no impide que se tutelen las decisiones relativas a la procreación en ciertas circunstancias, en cuanto afectan a un derecho fundamental.

20 Frente a un sector doctrinal importante en EEUU que entiende que existe un derecho fundamental a procrear por medios artificiales ubicado en el *right of privacy* (consúltese la información en ROBERTSON, J.A.: “Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of The New Reproduction”, *Southern California Law Review* (1986), núm. 59º, pp. 958 y ss.), PANTALEÓN PRIETO, F.: “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, p. 275 sostiene que en el ordenamiento español, en virtud del derecho a la intimidad familiar, no hay un derecho a exigir del Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona y en cualquier circunstancia. Parece una cuestión pacífica la inexistencia de un derecho fundamental de acceso a tales técnicas, incluso, como señala FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción*, cit.p. 67, entre los sectores feministas.

21 DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: “Libertad de procreación y libertad de investigación”, cit., pp. 1-2 y MARTÍN-CASALS, M./ SOLÉ FELIU, J.: “Comentario a la STS 29 de mayo de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2004), núm. 64º, p. 215.

finalidad el reconocimiento directo de derechos subjetivos de los ciudadanos²². En concreto, el art. 39.3 implica un mandato vinculante al legislador para que garantice la protección de los menores, en especial, la asistencia adecuada por parte de sus progenitores. Es decir, del precepto no deriva un derecho del niño, pero sí un interés cierto que ha de ser tutelado. Además, el mandato de actuación favorable de los poderes del Estado a dichos principios contiene de modo implícito la prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique a aquellos²³. Por consiguiente, a mi juicio podría declararse inconstitucional una ley con una regulación que condujera a un resultado opuesto a lo que el art. 39.3 CE declara deseable.

Evidentemente no entiendo que la admisión de la reproducción artificial *post mortem* vulnere el art. 39.3 CE porque tal hipótesis está privando al menor de poseer una familia formada por dos progenitores. El art. 39 CE, y así lo ha mantenido el Tribunal Constitucional, no está contemplando un modelo específico de familia identificando la misma con la familia biparental y matrimonial²⁴. La razón se halla en que el legislador no garantiza de forma suficiente al menor que va a nacer este deber de los progenitores de prestar asistencia de todo orden a los hijos, en cuanto el legislador hace posible programar la venida al mundo de un niño sin un progenitor que haya de cumplir frente a él dicho deber fundamental²⁵. Es cierto que en esta hipótesis de la reproducción artificial *post mortem* el niño, frente a la gestación de mujer sola, sí va a tener un padre conocido; tendrá determinada, por tanto, la filiación paterna y la relación de parentesco con la familia del padre²⁶. Pero, tal y

-
- 22 CASAS BAAMONDE, M.E.: "De los derechos y deberes fundamentales", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, p. 174.
- 23 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Comentario al art. 53.3 CE", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 1187-1188.
- 24 Así claramente lo manifiesta en la STC 116/1999 de 17 de junio (RTC 1999/116), que resuelve el recurso 376/1989 presentado por diputados del Partido Popular contra la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988.
- 25 En este sentido PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1993), núm. 15º, pp. 154-155 y CORRAL TALCIANI, H.: "La procreación artificial "post mortem" ante el Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1988), núm. 1º, p. 22.
- 26 Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La procreación artificial post mortem", *Revista Jurídica de Cataluña* (1987), núm. 3º, pp. 878-879. En el caso de la gestación de mujer sola todavía continúa siendo polémica la cuestión de la constitucionalidad del anonimato del donante de esperma. El art. 5.5 LTRHA 2006 señala que los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes, que no incluye su identidad. Sólo se prevé, como excepción, la revelación de la identidad de los donantes cuando existan circunstancias extraordinarias que impliquen un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, y tal relevación sea indispensable con el fin de evitar el peligro o para la obtención del fin legal señalado. En todo caso dicha revelación no implicará en ningún caso publicidad de la identidad del donante. Desde luego pueden estar aquí en juego el derecho de toda persona a conocer quiénes son sus progenitores, y también, como se ha apuntado, el derecho básico de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos que les conciernen. En este último sentido ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica*, cit. pp. 273-274. Por su parte apunta FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción*, cit., pp. 252-255 que el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes no tiene que evolucionar necesariamente hacia un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores. Contrasta la regulación actual de la reproducción asistida en este aspecto frente a la existente en la adopción, en cuanto el art. 180.5º del Código Civil español sí reconoce el derecho de los adoptados a conocer los datos sobre los orígenes biológicos. Subraya esta misma autora ("La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos", en AA.VV.: *Derecho y Tecnologías Reproductivas*. Madrid (2014): Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 119-120) que el diferente alcance del derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y en la resultante del acceso a las técnicas de

como se ha señalado, la idea de paternidad contemplada en el art. 39 CE, y que luego se concreta en la regulación de la patria potestad del art. 154 del Código Civil, es la de paternidad-función. Al menor fruto de la reproducción artificial *post mortem* se le está atribuyendo, al nacer sin uno de los progenitores, la relación de filiación de manera formal respecto al fallecido²⁷. Además de que, por supuesto, el deber paterno de prestar asistencia recogido en la CE y en el Código Civil no queda restringido a la satisfacción de necesidades materiales del menor.

Se ha alegado, a favor de la procreación artificial *post mortem*, que también en el ámbito de la procreación natural se producen casos en que un niño, o bien tiene que vivir sin el cuidado de sus progenitores (por ejemplo, es huérfano), o bien desconoce quién es su progenitor (así, la madre se niega a revelar la identidad del varón con quien tuvo relaciones sexuales)²⁸. Pero la diferencia se encuentra en que el nacimiento de un niño sin uno de los progenitores en el caso de la reproducción artificial *post mortem* es un hecho previsible y evitable para el legislador.

La admisión de la fecundación artificial *post mortem* por parte del legislador español conculca, además del mencionado párrafo 3º del art. 39 CE, el párrafo 4º de dicho precepto, que establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En este sentido interesa especialmente mencionar el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo párrafo primero inciso final menciona expresamente el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible. El legislador español, al considerar admisible el nacimiento de un niño que desde el inicio no va a contar con la asistencia y cuidados de uno de los progenitores, está otorgando a los menores una protección menor a la dispensada por dicho acuerdo internacional. Es importante la puntualización que hace el precepto con la expresión "siempre que sea posible", ya que es obvio que en el ámbito de la procreación natural el legislador no puede evitar que uno de los progenitores fallezca, o que uno de los progenitores se marche a vivir al extranjero tras el divorcio o la separación. Pero en el ámbito de la procreación artificial sí puede el legislador, como he subrayado ya antes, prever y evitar que un menor nazca sin la asistencia de uno de los progenitores.

Una vez identificados los principios que han de estimarse merecedores de ser incluidos dentro de la ponderación (derecho de la mujer a procrear e interés del niño a que se le garantice la asistencia de sus progenitores), ha de procederse a asignar a cada uno de ellos el peso que, en función de las circunstancias concurrentes, deba

reproducción asistida no está justificado ni desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni con la tendencia actual del Derecho Comparado que elimina el anonimato del donante.

27 En este sentido se pronuncia ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica*, cit., p. 377.

28 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La procreación artificial", cit., p. 879.

corresponderles²⁹. Se trata en esta segunda fase de dar argumentos sobre el grado de incumplimiento del principio que, luego, en una tercera fase, se hará retroceder y sobre la importancia del cumplimiento del principio al que se otorgará prevalencia. Para ello hay que hallar datos fácticos y jurídicos relevantes que fundamenten la corrección argumentativa. A mi juicio ha de prevalecer el interés del hijo a que no se le prive de nacer con un progenitor que pueda cumplir frente a él el deber de asistencia de todo orden. Cabe dar tres argumentos, al menos, a favor de tal decisión; dos de carácter fáctico y uno jurídico. El primer dato fáctico es que la mujer no ve impedida su posibilidad de tener hijos si se limita su derecho a ser inseminada artificialmente con el esperma de su marido o compañero fallecido; nada impedirá que pueda casarse o mantener relaciones con otras personas con las que pueda tener descendencia. Habrá, pues, otra manera de satisfacer el interés, por supuesto digno de atención, de la madre de tener descendencia. El segundo dato, también de carácter fáctico, es el concreto sujeto que se encuentra como protagonista en uno de los polos del conflicto; se trata de un menor de edad, que por su posición de debilidad necesita una especial protección por parte del ordenamiento jurídico.

Por último, el dato jurídico relevante es la existencia de normas que apoyan una prevalencia *prima facie* a favor de uno de los principios en conflicto, esto es, normas donde se establece que el principio del interés superior del menor ha de ser objeto de una consideración primordial por parte del legislador³⁰. En este sentido es fundamental en el ordenamiento español tanto el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que señala que el legislador y aplicadores del derecho deben tener una consideración primordial al interés superior del menor cuando se tomen medidas relativas a niños, como la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 2 establece que en la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Ello significa que cuando medie un conflicto jurídico entre los derechos o intereses de un menor y los derechos de las personas de su entorno habrá que decidir cuál es la solución idónea a la finalidad que pretende el legislador cuando hace prevalecer el interés superior del niño, esto es, cuál es la solución más adecuada para la consecución del desarrollo pleno, sano y

29 Se ha señalado por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Comentario al art. 53.3 CE", cit., p. 1190, que otra importante función que cumple la incorporación de los Principios Rectores de la Política Social y Económica (arts. 39 a 52 CE) es que permiten justificar limitaciones de derechos fundamentales u otros bienes constitucionales necesarias para la protección de estos principios rectores. Según mantiene el TC el contenido de los derechos fundamentales sólo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que tengan reconocimiento constitucional. Así las SSTC 120/1990 de 27 de junio (RTC 1990/129) (FJ 8º) y 57/1994 de 28 de febrero (RTC 1994/57) (FJ 6º). Por consiguiente, es posible ponderar el derecho fundamental de procrear de la viuda con el interés del menor a nacer con un padre que cumpla frente a él un deber de asistencia de todo orden.

30 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes*, cit., p. 165 señala la utilidad que puede tener la formulación por el legislador de "prevalencias *prima facie*", cuya función pudiera ser evitar que en un problema de ponderación los bienes o principios en conflicto entren con una igualdad abstracta de rango, de modo que tal prevalencia *prima facie* establecida por el legislador hace entrar a uno de los principios con ventaja sobre el otro. Es decir, no es que permanezca cerrada la puerta a la ponderación, en la medida en que no establece una prevalencia absoluta sino que simplemente se dirige el resultado de la misma.

digno del niño. A mi juicio es indudable que, en el caso concreto de la reproducción *post mortem*, es contrario al interés superior del menor que éste sea privado *ab initio* de la presencia y asistencia material y afectiva de un progenitor; pudiendo preverse y evitarse tal consecuencia perjudicial por el legislador.

Por último, en una tercera fase de la ponderación se llega a la decisión de hacer prevalecer un principio frente al otro, que retrocede. La solución del conflicto ha de cumplir el criterio, al que se ha llamado “ley de la ponderación”, de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en un supuesto determinado³¹. Así, puede afirmarse, a mi juicio, que en el caso de la fecundación artificial *post mortem*, el perjuicio causado al derecho de procrear de la viuda o compañera de hecho del fallecido, que indudablemente existe, está justificado por la importancia que en esta hipótesis hay que atribuir al interés superior del niño de contar, desde su nacimiento, con unos progenitores que le presten asistencia de todo orden³². El daño que sufre el derecho a procrear de la viuda o compañera no es tan grande si se cae en la cuenta, como antes he indicado, de que en el futuro siempre tiene abierta la posibilidad de tener descendencia con otras personas.

2. Transferencia *post mortem* de preembriones.

El legislador regula de forma específica la transferencia *post mortem* de preembriones ya constituidos en vida del fallecido en el párrafo 2º del art. 9 LTRHA 2006. Así como en el caso de la inseminación artificial *post mortem* exige que concurra el consentimiento expreso y formal del marido para dicha inseminación, junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo (párrafo 1º del art. 9), en el caso de la transferencia de preembriones sólo alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, en este segundo supuesto flexibiliza mucho el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por éste (“Se presume otorgado el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”).

Cabe preguntarse si está justificada esta disparidad de trato que introduce el legislador respecto a la inseminación artificial *post mortem* y la transferencia *post mortem* de preembriones, cuando opta por facilitar la transferencia de preembriones *post mortem* al presumir el consentimiento del fallecido. A mi juicio sí lo está, ya que

31 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes*, cit.pp. 135-136.

32 ROBERTSON, J.A.: *Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey (1994): Princeton University Press, p. 111, considera, por el contrario, que el temor de que el niño tenga un único padre no es suficiente para anular la libertad procreativa de la viuda. Muchos niños se desarrollan bien con padres solos, especialmente si tienen recursos y el apoyo para cuidarlos.

nos encontramos ante supuestos muy distintos que merecen una consideración diferente. En la transferencia se está ante un preembrión ya constituido en vida del padre, un concebido y no nacido, aunque sea *in vitro* y no en el útero. Aquí sí hablamos de un hijo póstumo. Hay, pues, un interés digno de proteger, que consiste en el posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado. La transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida; no supone un tránsito del no ser al ser, sino una nueva etapa en el desarrollo de una vida ya iniciada³³. Por el contrario, en la inseminación artificial *post mortem* la situación es distinta, únicamente se tiene el material reproductor del varón³⁴.

Se ha señalado por la doctrina³⁵ que caben dos posibles explicaciones posibles a este tratamiento singular que hace el legislador en la transferencia *post mortem* de preembriones cuando flexibiliza el requisito del consentimiento del varón fallecido: o bien el legislador ha buscado la protección del preembrión, facilitando su transferencia; o bien el legislador ha decidido en favor de la viuda, permitiéndole que termine su proyecto de vida iniciado con su marido o pareja fallecida, al no existir oposición expresa de éste. Teniendo en cuenta, por supuesto, en este último caso que el material reproductor de la mujer se halla también en el preembrión³⁶.

En cualquier caso el legislador de 2006, al facilitar que el preembrión pueda ser implantado en el útero de la madre, mantiene una cierta coherencia con la doctrina que puede extraerse hasta el momento, al menos, del Tribunal Constitucional español, en el sentido de que éste otorga una protección, aunque de menor intensidad, a la

- 33 En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación", cit., pp. 12 y 20. Señala FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción*, cit., p. 136 que más allá de la discusión sobre su naturaleza, el preembrión, el embrión y el feto tienen una potencialidad que les hace merecedores de un mínimo grado de tutela. Y añade que, a pesar de las diferencias acerca del status jurídico del embrión *in vitro*, hay un consenso amplio acerca a la necesidad de otorgarle una protección.
- 34 En el caso de la inseminación artificial he profundizado en la aplicación del método de la ponderación para decidir entre la prevalencia del derecho de la mujer a procrear y el interés del futuro niño a contar con la asistencia del progenitor desde el inicio de su vida. Sin embargo, en la transferencia *post mortem* de preembriones el análisis jurídico se plantea en otros términos, porque aquí el principio del interés superior del niño justifica que se tutele ante todo la vida prenatal (el preembrión tiene toda su potencialidad vital para llegar a convertirse en un ser humano), en cuanto la vida aparece como uno de los valores supremos del ordenamiento, por encima del interés del menor por recibir asistencia integral de sus progenitores. Además, a ello ha de añadirse que aquí no habría ningún conflicto jurídico, ya que tanto la protección del preembrión como la voluntad de procrear de la mujer confluyen en el mismo resultado.
- 35 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Comentario al art. 9 LTRHA", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. por J.A. COBACHO y coord. por J.J. INIESTA). Cizur Menor (2007): Thomson Aranzadi, p. 331.
- 36 Claramente favorable a esta segunda opción es la *Lei* portuguesa n.º. 32/2006 de 26 de *Julho Procriação medicamente assistida*, cuando en su apartado 3º del art. 22º considera lícita tal transferencia con el fin de permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre, si ha transcurrido un plazo proporcionado a una adecuada ponderación de la decisión. Desde luego la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones tanto en las normativas portuguesa como española es, a mi juicio, mucho más acertada que la de aquellos ordenamientos, como el francés, en que la prohíben. La regulación francesa conduce claramente al problema del destino que tendrán los preembriones crioconservados si no pueden transferirse al útero de la madre. Desde luego MALAURIE, P/AYNÉS, L.: *Droit Civil. La Famille*. Paris (2009); Defrénois, p. 416, son conscientes de la disyuntiva especialmente delicada que se plantea en el caso de la transferencia *post mortem* de preembriones si ésta se prohíbe (destrucción o adopción por otra pareja), pero aprueban la decisión del legislador al prohibirla, ya que a su juicio éste ha tenido en cuenta los riesgos que llevaría consigo la solución contraria.

vida en las fases previas al nacimiento³⁷. Se deduce de las sentencias en las que ha tenido oportunidad, por un motivo u otro, de enfrentarse al polémico tema de la protección de la vida prenatal [SSTC 75/1984 de 27 de junio (FJ 6), 53/1985 de 11 de abril (FJ 5), 212/1996 de 19 de diciembre (FJ 5º) y 116/1999 de 17 de junio (FJ 9º)³⁸], que el embrión y el feto no son titulares del derecho fundamental a la vida del art. 15 CE³⁹.

Ahora bien, también es una afirmación compartida por la doctrina que el ordenamiento jurídico puede amparar a la persona por vías distintas a las del reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos⁴⁰. Este segundo paso puede deducirse también de la doctrina constitucional. Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Son, además, la expresión jurídica de un sistema de valores que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, a cuya efectividad el Estado tiene la obligación positiva de contribuir. Cabe, en esta medida, sostener una protección objetiva de la vida humana en desarrollo, con base en el art. 15 de la Constitución. Sin duda una correcta interpretación de la doctrina constitucional conduce a afirmar que ésta extiende, en sus SSTC 212/1996 de 19 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio, al embrión *in vitro* la consideración de bien constitucionalmente protegido en cuanto incorpora un germen de vida humana⁴¹. Ahora bien, también sostiene dicho tribunal que los embriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno⁴². Esta última afirmación se justificaría en la medida en que el Tribunal parte de un concepto de la vida humana como un proceso (*"sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica, que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital"*), con el nacimiento como un momento sustancial de cambio⁴³.

37 El Tribunal Constitucional, en el momento en que se está escribiendo este trabajo, aún no ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular contra la LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

38 RTC 1984/75, RTC 1985/53, RTC 1996/212 y RTC 1999/116 (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

39 Señala LASARTE ALVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid (2014): Marcial Pons, p. 146, que, aunque el momento genético de la vida humana pueda discutirse desde un punto de vista moral o filosófico, no hay dudas de que en el ordenamiento jurídico español la personalidad y la genérica capacidad jurídica se adquieren mediante el nacimiento regular (de acuerdo con los arts. 29 y 30 del Código Civil).

40 BUSTOS PUECHE, J.E.: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid (1996): Dykinson, pp. 43-44 y FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid (1999): McGraw-Hill, pp. 215-217.

41 En este sentido TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: "Comentario al art. 15 CE", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PINERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, p. 156.

42 STC 116/1999 de 17 de junio (FJ. 12) (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

43 STC 53/1985 de 11 de abril (FJ 5º) (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

III. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA ADMISIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*.

I. Respecto a la inseminación artificial *post mortem*.

El legislador español exige, de forma expresa, para la admisión de esta primera hipótesis dos requisitos: el consentimiento del varón fallecido a dicha inseminación con su material reproductor y el plazo de tiempo establecido para la utilización de tal material.

Tal y como está regulado el art. 9 LTRHA 2006, el consentimiento del marido o compañero fallecido tiene por objeto autorizar el uso de su material reproductor con el fin de que con él se insemine a la mujer *post mortem*. Del tenor literal del precepto se infiere que el consentimiento ha de tener una serie de características: ha de ser específico para la inseminación después de la muerte, en beneficio de una mujer concreta, expreso, formal, de carácter personalísimo y revocable. Análisis, brevemente, cada uno de estos rasgos.

En primer lugar, cabe plantearse si basta con que se haya dado el consentimiento por el marido o compañero para la utilización del esperma, sin más, o es preciso que consienta de modo específico que su material reproductor pueda ser utilizado después de su muerte. Debido a la trascendencia que tiene dicho consentimiento en esta hipótesis concreta, por una parte, el nacimiento de un ser humano que no va a poder contar con la asistencia del padre desde el inicio de su vida, por otra parte, la incidencia sobre los derechos de otras personas (por ejemplo, parientes del fallecido); pienso que es necesario que el varón consienta de modo específico la inseminación de la mujer para después de la muerte⁴⁴. La segunda exigencia, esto es, que ha de consentirse la inseminación de una mujer en concreto, se desprende de la propia literalidad del art. 9 de la Ley, que establece en el párrafo 2º la necesidad de que el marido preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a "su mujer". En caso de matrimonio, la determinación de la viuda no presenta dificultades. Sin embargo en el caso de la pareja de hecho hay que mencionarla de tal manera que su identificación no deje lugar a dudas.

En tercer lugar, el consentimiento ha de ser expreso. La Ley requiere que el consentimiento se otorgue por escrito; por tanto, ha de ser expreso. No bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimiento puede crear problemas de interpretación. Por consiguiente, del simple hecho de que una persona haya criopreservado sus gametos no puede inferirse que haya autorizado la fecundación

⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *El juez civil ante la investigación biomédica* (coord. por X. ABEL). Madrid (2004): Consejo General del Poder Judicial, p. 298.

post mortem. Este problema no tendrá demasiada relevancia práctica, en la medida en que suele ser una costumbre habitual de las clínicas dedicadas a la realización de estas técnicas que requieran que el depositante declare su intención sobre la disposición del esperma en caso de fallecimiento. La dificultad surge cuando el depositante no ha hecho ninguna aclaración y posteriormente, tras su muerte, la viuda, la compañera de hecho y/o los familiares del difunto desean el uso *post mortem* de su esperma para la procreación. Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte⁴⁵.

En cuarto lugar, el consentimiento ha de ser formal. El vigente art. 9 LTRHA 2006 amplía los cauces a través de los cuales el fallecido puede manifestar su consentimiento para la fecundación *post mortem*. Además de los ya previstos en el art. 9 de la derogada Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 1988, esto es, la escritura pública y el testamento, añade dos documentos privados, el de instrucciones previas y aquel al que se refiere el art. 6.3 LTRHA 2006. Empezando por este último, en el art. 6.3 se señala que si la mujer está casada se precisa, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y conste así de manera fehaciente. Por su parte el art. 3.4 LTRHA 2006 subraya que la aceptación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas se llevará a cabo en un formulario de consentimiento informado. Por consiguiente, interpretando de modo conjunto los anteriores artículos, parece que el marido podrá consentir en dicho formulario el uso de su material reproductor para la inseminación *post mortem* de su mujer.

Cabe también la posibilidad de que el varón pueda prestar su consentimiento para dicha inseminación a través del documento de instrucciones previas, que se regula 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. La pregunta clave es si, de acuerdo con el contenido que prevé en su art. 11.1 la citada Ley 41/2002, el documento de instrucciones previas se presenta como el instrumento idóneo para la autorización de la fecundación artificial *post mortem*. Dicho documento, según el citado precepto, es aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta de forma anticipada su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias

45 En este sentido se pronuncia REICHMAN SCHIFF, A.: "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", *North Carolina Law Review* (1996-1997), núm. 75º, pp. 948-951. Sin embargo lo contrario sostiene la famosa sentencia del Tribunal de *Grande Instance de Créteil* de 1 de agosto de 1984, primera que aborda este problema concreto en el ordenamiento francés. Un comentario a la misma en RUBELLIN-DEVICHI, J.: "Insémination artificielle *post mortem*", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. II (1984), pp. 703 y ss.

no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Desde luego el consentimiento para la inseminación artificial *post mortem* de la viuda y compañera no tiene nada que ver con una decisión relativa a la salud del cónyuge o compañero varón, además de que tales disposiciones van a surtir efectos sólo en vida de este último. Sin embargo se ha señalado⁴⁶ que este documento de instrucciones previas puede ir dirigido a diferentes finalidades, y que nada impide que formen parte de su contenido otras previsiones *post mortem*, como las relativas a la donación de órganos, disposición del propio cadáver para fines médicos o biológicos, entierro, incineración, autopsia clínica... Es dudoso, a mi juicio, que sea equiparable la previsión de la donación de un órgano del cuerpo con la disposición del esperma, ya que la naturaleza de un órgano humano y del esperma es radicalmente diferente, en cuanto el esperma contiene células que pueden dar lugar a una vida humana.

¿Podría prestarse el consentimiento en otro tipo de documento privado, distinto al previsto en el citado art. 6.3 y en el documento de instrucciones previas? Parece que no, ya que el art. 9 constituye un *numerus clausus* y únicamente alude a estas dos clases de documento privado. Ello resulta patente en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010⁴⁷.

Ya en la anterior Ley de 1988 se hacía referencia al testamento como instrumento válido para autorizar la inseminación *post mortem*, pero sigue sin resolverse con la actual Ley de 2006 la misma duda que existía entonces con aquel texto normativo: el tipo de testamento en que puede consentirse la fecundación. Es decir, si puede hacerse también en testamento ológrafo, o sólo en testamento notarial. Aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina, a mi juicio no es indudable que el nuevo art. 9 de la Ley de 2006 permita que el consentimiento se lleve a cabo en un testamento no notarial. Es cierto que en la Ley de 1988 se planteaban, como únicas alternativas, o el testamento o la escritura pública, y que sin embargo con el nuevo art. 9 se amplían las posibilidades de prestar el consentimiento, y se amplían incluso a un documento privado. Pero no es cualquier documento privado; se circunscribe al formulario para dar el consentimiento informado que hay en las clínicas que llevan a cabo tales técnicas de reproducción asistida y al documento de instrucciones previas. A ello ha de añadirse que, al ser excepcional la admisión de la fecundación *post mortem* por las circunstancias en que va a llevarse a cabo el nacimiento de un futuro ser (esto

46 PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (2007), núm. 4º, pp. 614-615.

47 Tal auto deniega la solicitud por parte de la viuda de autorización para la inseminación con el esperma de su esposo fallecido, porque el consentimiento del difunto se encontraba recogido en una carta mecanografiada y firmada por él, por su madre y por su hermana. Consúltese AC 2010/1755 (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

es, sólo se permite cuando concurren determinados requisitos), pienso que han de exigirse las mayores garantías a la hora de emitir el consentimiento.

La quinta nota característica del consentimiento es que ha de ser de carácter personalísimo, esto es, ha de otorgarlo el propio fallecido y no puede ser suplido ni por la autoridad judicial ni por tercera persona (aunque la inseminación la apoyen los parientes del difunto)⁴⁸. Por último, la LTRHA 2006 prevé la posibilidad de que el consentimiento para la aplicación de las técnicas pueda ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. El art. 9.2 de la Ley no regula la forma de la revocación, lo que hace suponer la posibilidad de revocación a través de un medio distinto a aquel en que se expresó la voluntad de disponer del esperma.

En relación con el segundo requisito exigido por la ley vigente para la admisión de la inseminación artificial *post mortem*, el art. 9 establece que la mujer ha de ser inseminada en el plazo de doce meses siguientes al fallecimiento del varón. Cuál es la función de la fijación de dicho plazo temporal. Sin duda la finalidad es la protección de los derechos hereditarios de terceros. No se precisa, en cambio, los terceros que pueden verse perjudicados por el nacimiento del niño: por ello, sean parientes más próximos o más lejanos del causante, se aplicará el mismo plazo temporal. Se ha apuntado también que la fijación de un plazo puede establecerse en beneficio del propio niño que va a nacer; para evitar, por ejemplo, el denominado "salto generacional", esto es, la gestación de un niño cuyos gametos originales provienen de una persona fallecida varias generaciones antes⁴⁹.

La LTRHA 2006 ha ampliado el plazo en relación con la Ley de 1988. De un plazo de 6 meses se ha pasado al actual plazo de 1 año. En general la doctrina ve dicha ampliación de forma favorable, tanto respecto a la tutela de la viuda como en relación a la protección de los derechos hereditarios de terceros. Por un lado, el plazo de 6 meses era un tiempo muy breve para que la viuda tomara la decisión de inseminarse; todavía subsistía el dolor y la alteración por el fallecimiento cercano de la persona querida y no estaba en condiciones adecuadas de adoptar una decisión suficientemente reflexionada⁵⁰. Se ha señalado, además, la brevedad del plazo de 6 meses para un proceso tan complejo como es la inseminación artificial, no sólo porque el éxito del mismo no depende exclusivamente de la pericia profesional, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la mujer. Muchas veces esta hipótesis de fecundación artificial *post mortem* está asociada a largas y penosas enfermedades oncológicas, donde se deteriora el enfermo, pero también

48 Auto JPI Valencia de 13 de mayo de 2003 (AC 2003, 1887), Auto APA Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/183) y SAP Barcelona de 16 de junio de 2004 (JUR 2004/292813) (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

49 CORRAL TALCIANI, H.: "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", *Revista Chilena de Derecho* (1992), núm. 19°, p. 458.

50 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Reproducción asistida Post Mortem", *Aranzadi Civil* (2001), núm. 2°, p. 2165-2167.

los familiares más cercanos⁵¹. Igualmente desde la salvaguarda de los derechos de los terceros el plazo del año parece sensato. No queda excesivamente abierta en el tiempo la sucesión hereditaria, de modo que no se menoscaban los derechos de los terceros, sean o no hijos del causante; por otra parte, el futuro niño, una vez que nazca, puede disfrutar de derechos sucesorios⁵².

2. Respecto a la transferencia *post mortem* de preembriones.

Como ya he puesto de relieve antes, así como el art. 9 LTRHA 2006 permite la inseminación artificial *post mortem* siempre que concorra el consentimiento del varón para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo, en la regulación de la transferencia de preembriones sólo se alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, flexibiliza el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por éste (“Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”).

Es preciso detenerse en el tipo de supuestos en los que está pensando el legislador de 2006 cuando regula de forma expresa la transferencia *post mortem* de preembriones, ya que en la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 se suscitan dudas sobre si su art. 9 incluía o no esta hipótesis. Así, el legislador de 2006 piensa en un matrimonio o en una pareja de hecho que, en vida de ambos, ha iniciado ya un proceso de procreación asistida y, en concreto, como resultado de la fecundación *in vitro*, se han constituido ya preembriones que están, o pendientes de transferencia, o incluso, crioconservados desde hace tiempo. Por consiguiente, ya se ha otorgado por ambos el consentimiento necesario para la utilización de estas técnicas (arts 6.1 y 6.3 LTRHA 2006, aunque este último precepto únicamente lo exige para el marido). Junto a dicho consentimiento general, han debido autorizar también, con anterioridad a la generación de los preembriones, el concreto destino de éstos, es decir, en esta hipótesis, su uso por la propia mujer y por su cónyuge para la procreación (art. 11.5 LTRHA 2006). De repente, el marido o compañero fallece antes de que haya podido llevarse a cabo la transferencia de los preembriones al útero de la mujer. Evidentemente él no ha podido prever su fallecimiento y, por tanto, no ha podido dar su consentimiento específico para la transferencia *post mortem* de los preembriones, y mucho menos lo ha dado a través de uno de los cauces formales establecidos en el art. 9. Dicho precepto no prescinde del requisito

51 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Inseminación artificial”, cit., p. 615.

52 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Comentario al art. 9 LTRHA”, cit., p. 338, propone ampliar el plazo legal, desdoblándolo en dos: Por una parte, la solicitud de la viuda de querer la fecundación *post mortem*, que, a su juicio, habría de emitirse no antes del mes ni después de seis meses después del fallecimiento. Por otra parte, la práctica de la fecundación en el plazo de un año desde que la viuda notifica su decisión.

del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones; el consentimiento existe, ya se dio en el momento de consentir las técnicas de reproducción asistida y en el momento de decidir el destino de los preembriones antes de la generación de éstos. Es decir, el legislador parte de la idea de que la implantación *post mortem* del preembrión no es sino la culminación del proceso de procreación asistida.

Desde luego algunas objeciones podrían apuntarse a la actual presunción legal del consentimiento del difunto. La más grave, a mi juicio, es que en sentido estricto no hay un consentimiento específico, *ad hoc*, para la transferencia de preembriones posterior al fallecimiento del varón. El hecho de que una persona haya dado su consentimiento para la realización de la fecundación *in vitro* e, incluso para la transferencia de embriones a su mujer; no implica necesariamente que, de haber sabido que iba a fallecer; hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias especiales (es decir, sin tener asistencia de un padre desde el principio)⁵³. Aun así, creo que la opción que ha tomado el legislador permitiendo la transferencia del preembrión y facilitándola a través de la presunción del consentimiento del varón es perfectamente compatible, en cuanto cabe afirmar, como ya he apuntado antes, que en esta hipótesis nos encontramos con un preembrión ya constituido en vida del padre, es decir, con un concebido y no nacido (aunque fuera del útero materno).

Por último, es preciso señalar que, aunque el art. 9 LTRHA 2006 hace referencia de forma exclusiva al requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones, a mi juicio tal transferencia ha de someterse también al requisito del plazo temporal. Por consiguiente, la transferencia de preembriones ha de producirse en un año desde el fallecimiento del varón. Ello parece lógico porque aquí también está presente el mismo interés que trata de protegerse cuando se exige el plazo temporal limitado en la inseminación artificial *post mortem*, esto es, está en juego la tutela de los derechos sucesorios de otras personas que podrían ser llamadas a la herencia del difunto⁵⁴. La transferencia del preembrión no puede dejarse a la exclusiva voluntad de la viuda o pareja de hecho.

53 Se plantea también REICHMANN SCHIFF, A.: "Arising from the Dead", cit., pp. 963-964, la dificultad que supone que el difunto no haya manifestado su voluntad a favor específicamente de la transferencia de preembriones tras el fallecimiento. Pero a su juicio hay un sólido argumento a favor de que pueda producirse la procreación del hijo póstumo: la existencia cierta de la probabilidad de que el difunto hubiera consentido la transferencia del preembrión, unido al hecho de la certeza del consentimiento del cónyuge o compañera superviviente para la procreación.

54 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 85-86.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA REALIZACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*.

Una vez que se cumplen los dos requisitos exigidos por el legislador para la validez de la reproducción artificial *post mortem*, esto es, el consentimiento del varón fallecido y el plazo temporal, se plantean dos tipos de problemas en relación, sobre todo, con el hijo que va a nacer: los relativos al Derecho de Filiación y al Derecho de Sucesiones. La LTRHA 2006 sólo se refiere de forma expresa al primero de esta clase de problemas. Nos encontramos aquí ante un gran reto jurídico, en la medida en que la normativa del Código Civil español en estas materias se presenta manifiestamente inadecuada para resolver los problemas de filiación y sucesorios derivados de la reproducción artificial asistida.

I. Problemas de filiación.

El art. 7.1 LTRHA 2006 señala que la filiación de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres art.s siguientes de dicho texto legal, entre los que se encuentra el art. 9. Desde luego la justificación del otorgamiento de una regulación específica para la filiación en dicho art. 9 radica en la ya aludida dificultad de aplicar a la reproducción artificial *post mortem* las normas del Código Civil sobre filiación. El tratamiento que se hace en el art. 9 LTRHA sobre los problemas de filiación difiere según que el varón fallecido sea el marido o el compañero de hecho de la mujer:

Si la mujer es inseminada tras el fallecimiento de su marido con esperma de éste, el principal problema no radica tanto en determinar quién es el progenitor del niño cuanto en la clase de filiación, ya que con la normativa del Código Civil sería complicado estimar que la filiación del hijo es matrimonial. Esto es, es muy difícil la aplicación de la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil, en cuanto el mismo presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. En la práctica totalidad de los casos de inseminación artificial tras el fallecimiento del marido o transferencia *post mortem* de preembriones, no se cumplirían tales plazos legales, salvo que la inseminación y la transferencia se hiciesen casi simultáneamente a la muerte del esposo⁵⁵.

55 Tampoco parece que pueda aplicarse el art. 118 del Código Civil, que establece que “Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos”. Además de que el precepto sólo habla de separación legal o de hecho y no de disolución –como es el caso de la muerte–, tampoco resulta claro que únicamente sea la mujer la que dé su consentimiento en el momento de la inscripción, entendiéndose que el marido lo presta al tiempo de manifestar su consentimiento a la fecundación *post mortem* a través de alguno de los medios del art. 9 LTRHA 2006. En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La fecundación artificial *post mortem*”, cit., p. 892.

Por ello el legislador de 2006 ha optado por introducir en el art. 9 una regla especial de filiación, estimando que la filiación es de carácter matrimonial. Además, de la concurrencia del doble requisito del consentimiento del marido y del plazo temporal para la fecundación se deriva el reconocimiento *ope legis* de la existencia de una relación jurídica entre el hijo nacido de estas técnicas y el varón fallecido. A mi juicio es una decisión acertada el carácter matrimonial de la filiación: El marido aporta el semen y además la decisión de la fecundación procede de dos personas casadas.

Si la madre es inseminada con espermatozoides de su compañero *more uxorio* fallecido es sencillo determinar la clase de filiación. Se trata de una filiación extramatrimonial, en cuanto el hijo es procreado *post mortem* con gametos procedentes de individuos que no estaban unidos en matrimonio. Esta es la opción que toma el legislador de 2006 en el párrafo 3º del art. 9. Ahora bien, el consentimiento del compañero fallecido no implica, frente al caso del marido, de forma automática la determinación de la filiación, sino que se establece que dicho consentimiento, otorgado en forma y plazo, sirva como título para iniciar un expediente del art. 49 conforme a la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, y así poder declarar la filiación paterna del varón conviviente mediante resolución recaída en dicho expediente⁵⁶. Parece que si parte interesada o el Ministerio Fiscal manifestare oposición en el expediente, el hijo dispondrá de la acción de reclamación judicial de paternidad, a la que hace referencia en su parte final el art. 9.3 LTRHA 2006⁵⁷.

2. Problemas sucesorios.

El art. 9 LTRHA 2006 no atribuye de modo explícito derechos sucesorios a los nacidos fruto de estas técnicas, pero sin embargo puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación del hijo respecto al varón fallecido. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios⁵⁸.

56 Esta forma de determinación de la filiación no matrimonial a través de la iniciación de un expediente conforme a la Ley del Registro Civil es un remedio subsidiario que opera en defecto de reconocimiento formal (art. 120 del Código Civil). Mucho más acertado sería haber equiparado en la LTRHA 2006 la determinación de la filiación tanto en el caso del marido como del compañero de hecho fallecido, ya que, aunque de momento la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 sigue vigente (en principio hasta el 15 de julio de 2015), será sustituida por la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil. Esta última elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, que equipara a la matrimonial. De modo que la consecuencia previsible es que el art. 49 de la Ley de Registro Civil de 1957 quedará vacío de contenido. La equiparación del medio de determinación de la filiación en la reproducción *post mortem* en el caso de matrimonios y parejas de hecho está, sin embargo, en los arts. 235-8.2 y 235-13.2 del Libro II del Código Civil de Cataluña (<http://www.noticiasjuridicas.com>) (fecha consulta: diciembre 2014).

57 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Derecho Civil IV* (coord. por J.R. DE VERDA). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 299.

58 ROCA TRIAS, E.: "La incidencia de la inseminación", cit., p. 34. Ya he hecho antes referencia a que en ciertos ordenamientos jurídicos, como el inglés, el registro de la paternidad del varón fallecido no supone más que

Ahora bien, es cierto que la atribución de derechos sucesorios no está exenta de dificultades. Se plantea el problema de la incertidumbre respecto de los derechos sucesorios de otras personas que resultarían perjudicadas con el nacimiento del niño y, además, se plantea un problema de inadecuación de las normas tradicionales del Derecho de Sucesiones del Código Civil, que en absoluto están pensando en los niños que nacen por técnicas de reproducción artificial. Empezando por esta segunda dificultad, se apuntan objeciones relativas a la ausencia de capacidad para suceder por parte de éstos. El problema, a mi juicio, no es tan grave respecto a la capacidad para suceder de los preembriones. El Código Civil establece en el art. 745, número 1º, que son incapaces para suceder las criaturas abortivas (que son las que nacen sin cumplir los requisitos del art. 30: nacer con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). De ahí se deduce, en conexión con el art. 29 del Código civil⁵⁹, que el concebido pero no nacido tiene capacidad sucesoria, aunque la efectividad de sus derechos depende de que el llamado llegue a nacer cumpliendo el requisito del mencionado art. 30 del Código Civil. Aunque en el momento de su promulgación el Código Civil sólo pensaba en el concebido por medios naturales, no hay gran objeción para entender aplicable el art. 29 del Código Civil al preembrión ya constituido en el momento de la muerte del causante: el término “concebido” de dicho precepto tiene amplitud suficiente para incluir en el mismo al embrión concebido *in vitro*, en virtud del art. 3.1 del Código Civil, según el cual las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁶⁰.

Cuestión más complicada son los derechos sucesorios del niño que nace como consecuencia de una inseminación artificial *post mortem* de la mujer. En este caso es claro que estamos ante un *concepturus* y habría que otorgarle, pues, el mismo tratamiento que posee éste en el ordenamiento español. En consonancia con esta afirmación, se habría de admitir la posibilidad, dentro del ámbito de la sucesión testada, de que el causante pueda llamar a suceder al niño fruto de estas nuevas técnicas, como legatario o como heredero, o bien mediante el procedimiento clásico de la sustitución fideicomisaria, o bien, directamente, considerándose entonces que la institución queda sometida a la condición suspensiva de que llegue a nacer⁶¹. Pero

un reconocimiento simbólico de la filiación, no hay atribución de derechos al menor. Consúltese VONK, M.: *Children*, cit., pp. 45 y 51. De hecho en España, el informe elaborado con anterioridad a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación artificial Humanas admite la fecundación artificial *post mortem* pero priva de derechos sucesorios al hijo del fallecido (Recomendación 11, que reenvía a las recomendaciones 13 y 61) (informe publicado por el Congreso de los Diputados en 1987, p. 113).

59 “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. siguiente” (<http://noticiasjuridicas.com>) (fecha de consulta: diciembre 2014).

60 FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit. pp. 272 y 283.

61 Un estudio completo de los derechos sucesorios del *concepturus* en DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid (2011): La Ley, pp. 57-58. Este autor señala que la posibilidad de instituir heredero directamente al niño fruto de estas técnicas está en la propia LTRHA 2006. Efectivamente, el art. 9 prevé la posibilidad de consentir en testamento que su material reproductor pueda ser utilizado por la mujer a su

siempre suele reconocerse el llamamiento al *concepturus* dentro del ámbito de la sucesión testada, no de la intestada⁶².

Lo más adecuado, a mi juicio, sería realizar una reforma del articulado del Código Civil señalando, o bien directamente que el niño que va nacer fruto de la fecundación artificial *post mortem* posee capacidad para suceder (tal como hace la Ley 10/2008 de 10 de julio del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones⁶³), o bien presumiendo que los hijos nacidos de esta forma se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión (tal como dispone el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas⁶⁴).

El segundo de los problemas sucesorios que se plantean con la admisión de la reproducción artificial *post mortem* es el perjuicio que pueden sufrir terceros que tendrían derechos sucesorios en la herencia del varón difunto, o bien porque quedarían disminuidos con el nacimiento de un nuevo hijo (como en el caso de otros hijos del varón fallecido) o bien porque quedarían privados de ellos. Ahora bien, a la vez cabe afirmar que tal peligro quedaría atenuado de forma considerable a través de dos medidas. La primera es la fijación de un plazo temporal dentro del cual ha de inseminarse a la mujer; o dentro del cual ha de producirse la transferencia de preembriones. La segunda medida es la aplicación de la normativa del Código Civil relativa a las precauciones que han de adoptarse cuando la viuda queda encinta (art.s 959 a 967). La doctrina desde luego no ve demasiado problema en entender aplicable dicha normativa en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* con las matizaciones oportunas⁶⁵. Por ejemplo, en relación con el aviso que la viuda ha de dar a las personas que posean derechos sucesorios en la herencia del fallecido que deban desaparecer o disminuir con el nacimiento del hijo, el Código Civil señala que ha de ser doble: la viuda ha de poner en conocimiento de las citadas personas el hecho del embarazo y la fecha probable del parto, cuando éste

fallecimiento, de modo que, además de consentirse el uso de su esperma, podría disponer en dicho instrumento que el niño que vaya a nacer sea instituido heredero.

- 62 Una excepción en INIESTA DELGADO, J.J.: “Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* (2008), núm. 29º, p. 14. Por supuesto tampoco ve inconveniente este autor en reconocer al hijo fruto de estas técnicas sus derechos en cuanto legitimario y a que, en su caso, aquel pueda disponer de los instrumentos que le proporciona el Código Civil para la defensa de su legítima (pp. 14-15).
- 63 Art. 412-1: “1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto” (<http://www.noticiasjuridicas.com>) (fecha de consulta: diciembre 2014).
- 64 Art. 325. 3: “Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación” (<http://noticiasjuridicas.com>) (fecha de consulta: diciembre 2014).
- 65 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Comentario al art. 959 del Código Civil”, en AA.VV. *Código Civil Comentado*, Vol. II (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al). Cizur Menor (2011): Thomson Civitas, p. 1393.

se aproxime. En el supuesto específico que vengo analizando, la obligación de aviso por parte de la viuda o compañera ha de extenderse también, además de a los dos aspectos citados, a su intención de proceder a la fecundación *post mortem* o a la transferencia del preembrión previamente constituido, dentro del plazo que señala la ley, ya que los interesados tienen derecho a conocer, no sólo el embarazo en sí, sino también la posibilidad del mismo. Tal obligación de notificación lo será respecto del momento preciso y del lugar en que se procederá a la fecundación *post mortem* o a la transferencia⁶⁶.

66 FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit.pp. 286-287.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva*. Cizur Menor (2003): Thomson Aranzadi.

ALONSO PÉREZ, M.: "De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 2º (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), Madrid (1988): Edersa, pp. 1 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Reproducción asistida *Post Mortem*", *Aranzadi Civil* (2001), núm. 2º, pp. 2165 ss

BUSTOS PUECHE, J.E.: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid (1996): Dykinson. CAPILLA RONCERO, F.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado", *La Ley*, 18 de julio de 2011, pp. 5 y ss (<http://www.diariolaley.es>).

CASAS BAAMONDE, M.E.: "De los derechos y deberes fundamentales", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 167 ss.

CORRAL TALCIANI, H.: "La procreación artificial "post mortem" ante el Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1988), núm. 1º, pp. 6 ss.

CORRAL TALCIANI, H.: "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", *Revista Chilena de Derecho* (1992), núm. 19º, pp. 439 ss.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid (2011): La Ley

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *La Ley*, 4 enero 2005, pp. 1 ss. (<http://www.diariolaley.es>).

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV. *Derecho Civil IV* (coord. por J.R. DE VERDA). Valencia (2013): Tirant lo Blanch.

FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona (2011): Atelier.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos", en AA.VV. *Derecho y Tecnologías Reproductivas*. Madrid (2014): Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 99 ss.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid (1999): McGraw-Hill.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Comentario al art. 9 LTRHA", en AA.VV. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. por J.A. COBACHO y coord. por J.J. INIESTA). Cizur Menor (2007): Thomson Aranzadi, pp. 305 ss

GILMORE, S./GLENNON, L.: *Hayes and Williams' Family Law*. Oxford (2012): Oxford University Press.

HALE, B./ PEARL, D./ GOKIE, E./ MONK, D.: *The family, Law & Society*. Oxford (2009): Oxford University Press.

IAPICHINO, L.: "La procreazione artificiale", en AA.VV. *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV, (dir. por G. CASSANO). Milano (2006): Giuffré Editore

INIESTA DELGADO, J.J.: "Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*", *Revista de Derecho y Genoma Humano* (2008), núm. 29º, pp. 13 ss.

INIESTA DELGADO, J.J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA.VV. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M.YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS). Cizur Menor (2011): Thomson Aranzadi, pp. 735 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid (2012): Reus.

JUNGLEISCH, F.: *Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive*. Berlin (2005): Duncker & Humblot.

LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona (1994): Ariel.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid (2014): Marcial Pons.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: "Filiación y reproducción asistida", en AA.VV. *Derecho de la Persona* (coord. por I. RAVETLLAT). Barcelona (2011): Bosch.

MALAUURIE, P./AYNÉS, L.: *Droit Civil. La Famille*. Paris (2009): Defrénois

MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J.: "Comentario a la STS 29 de mayo de 2003", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2004), núm. 64º, pp. 193 ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV. *El juez civil ante la investigación biomédica*, (coord. por X. ABEL). Madrid (2004): Consejo General del Poder Judicial, pp. 249 ss.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, pp. 245 ss

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1993), núm. 15º, pp. 129 ss.

PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (2007), núm. 4º, pp. 605 ss-

PROBERT, R.: *Cretney and Probert's Family Law*. London (2009): Sweet & Maxwell.

REICHMAN SCHIFF, A.: "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", *North Carolina Law Review* (1996-1997), núm. 75º, pp. 902 ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La procreación artificial *post mortem*", *Revista Jurídica de Cataluña* (1987), núm. 3º, pp. 871 ss.

ROBERTSON, J.A.: "Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of The New Reproduction", *Southern California Law Review* (1986), núm. 59º, pp. 939 ss

ROBERTSON, J.A.: *Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey (1994): Princeton University Press.

ROCA TRÍAS, E.: "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, pp. 17 ss.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Madrid-Barcelona (2000): Marcial Pons.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Comentario al art. 53.3 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 1187 ss.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia (2013): Tirant lo Blanch

RUBELLIN-DEVICHI, J.: "Insémination artificielle *post mortem*", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. II (1984), pp. 703 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "Comentario al art. 959 del Código Civil", en AA.VV. *Código Civil Comentado*, Vol. II (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et. al*). Cizur Menor (2011): Thomson Civitas, pp. 1392 ss.

SERRANO ALONSO, E.: "El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*", en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, pp. 365 ss.

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: "Comentario al art. 15 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 311 ss.

VOIRIN, P./GOUBEUX, G.: *Droit Civil*, Tomo I. Paris (2007): L.G.D.J.

VONK, M.: *Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law*. Antwerpen-Oxford (2007): Intersentia.



LOS RETOS DE LA SOCIEDAD ANTE LA PROTECCIÓN DE
DATOS DE LOS MENORES

THE CHALLENGES OF THE SOCIETY TO THE PRIVACY OF MINORS

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 324-343



Raquel
GUILLÉN
CATALÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 24 de marzo de 2015

RESUMEN: En la actualidad, el consumo de alcohol y drogas por los menores de edad es un problema grave en España. Por ello, resulta necesario examinar el régimen jurídico de la venta y consumo de drogas y bebidas alcohólicas a menores en el Derecho español, enfocado el estudio tanto desde la perspectiva del Derecho público como del privado y con análisis de su regulación estatal y autonómica.

PALABRAS CLAVE: Menores, protección de datos, sociedad de la información y del conocimiento, redes sociales

ABSTRACT: At present, the access of society to social networks is obvious and, therefore, it is necessary to protect the personal information contained in them, especially when we refer to minors.

KEY WORDS: Minors, data protection, information society and knowledge, social networks

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Consideraciones generales sobre la protección de datos.- III. Concepto de dato personal.- IV. El consentimiento del titular de los datos personales.- I. Régimen jurídico en materia de tratamiento de datos.- 2. Normas relativas a la cesión de datos.- V. El derecho de información de los interesados- VI. Los menores ante la obtención y cesión de sus datos.- VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Las redes sociales se han convertido en muy poco tiempo en el hito de las relaciones sociales, siendo su uso generalizado en nuestra sociedad, donde los propios usuarios se dan de alta y actualizan continuamente sus perfiles.

Hay que tener presente que las comunicaciones a través de la Red ofrecen innumerables ventajas, pero también si se realiza de un modo masivo la recogida de nuestros datos personales puede suponer la vulneración del derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas¹, lo que genera en los ciudadanos ciertas incertidumbres jurídicas, especialmente en relación a los menores, que precisan del análisis del marco jurídico de protección sobre estas prácticas².

Por todo ello, en el núcleo central del presente trabajo se realiza un breve estudio del régimen jurídico actual del derecho a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación³, especialmente respecto a los menores de edad, dejando al margen

- 1 Respecto al derecho a la intimidad de las personas, la Exposición de Motivos de la antigua Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD) señalaba que “el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de las personas –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que aisladamente consideradas pueden carecer de significación intrínseca pero que coherentemente enlazadas entre sí arrojan un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.
- 2 En necesario tener en cuenta que la vulneración del derecho a la protección de datos debe ser sancionable independientemente del medio a través del cual se realiza. Véase VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, (2012) núm. 29, pp. 44 y ss.
- 3 Para un estudio más exhaustivo, véase LLÁCER MATA CÁS, M. R., “Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia, Madrid (2011): La Ley.

• Raquel Guillén Catalán

Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, Acreditada a Profesora Titular de Universidad. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia en 2008 y Premio Extraordinario de Doctorado. Autora y coautora de múltiples publicaciones, destacando la publicación de tres monografías como autora única y una monografía realizada en coautoría con el Prof. Orduña Moreno. Además, ha realizado contribuciones a congresos, tanto a nivel nacional como internacional, y ha participado en Programas de Movilidad para Profesorado y ha realizado estancias de investigación en Europa y América.

cuestiones colaterales, que exceden del objeto de este trabajo como el envío de correos electrónicos no deseados derivados de la obtención de las direcciones de email de los correspondientes perfiles de las redes sociales.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS.

El derecho fundamental de la “protección de datos” es el derecho que nos permite acceder, rectificar y cancelar la información almacenada y disponer de los propios datos personales, es decir, es el derecho de controlar la veracidad o exactitud de dichos datos, de impedir la difusión de los mismos si se trata de datos sensibles y de verificar su utilización para el fin autorizado⁴.

La Constitución española, en su art. 18 CE, apartado cuarto, establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Inicialmente se discutía sobre si era un derecho autónomo o una rama del derecho a la intimidad⁵. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 reconoce el Derecho a la Protección de Datos, como un derecho fundamental absolutamente independiente del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen, otorgando así a la protección de datos de carácter personal, una entidad absolutamente independiente del resto de derechos.

Así mismo, junto con el reconocimiento constitucional, se debe acudir, según lo establece el propio Tribunal Constitucional⁶, al Convenio n° 108 del Consejo, de 28 de enero de 1981, de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁷.

En la citada Sentencia también se hace referencia a la aplicación del párrafo segundo del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de Roma de 1950 que establece los límites al derecho a la intimidad⁸.

4 PEREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid (1984): Tecnos, pp. 316 a 375.

5 Sobre la necesaria configuración o no de un nuevo derecho fundamental, véase ORTIZ VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática*, Granada (1994): Comares, p.56 y ss.

6 Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de Julio, (RTC 1993\254).

7 En particular, se debe prestar atención a los principios que reconoce el citado Convenio. En particular, a la calidad de los datos de carácter personal reconocido en el art. 5, las categorías particulares de los datos establecidas en el art. 6, las distintas medidas de seguridad aplicables a los mismos contenidas en el art. 7, las garantías complementarias para la persona titular de los datos que se encuentran en el art. 8, entre otros.

8 Concretamente, el citado precepto hace alusión a la seguridad nacional, la seguridad pública y el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de los derechos y libertades de los demás. Este criterio también se halla previsto en el párrafo segundo del art. 9 del Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981.

El reconocimiento constitucional a la protección de datos está desarrollado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, (en adelante LOPD) y por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, (en adelante RLOPD).

En relación al ámbito de aplicación de protección, el art. 2 LOPD extiende su protección a todos los datos de carácter personal registrados en soporte físico, es decir, tanto en soporte papel como en soporte informático o telemático, siempre que sean susceptibles de tratamiento.

Por otra parte, en relación a quienes son los titulares de los datos protegidos, la Ley de protección de datos se circunscribe a las personas físicas, en virtud del art. 3 letra a) LOPD, que establece que los datos de carácter personal son cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables y de la letra e) al considerar como afectado o interesado a la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento⁹.

Todo ello supone que cuando se esté ante una persona física no habrá lugar a duda de la aplicación de la Ley de protección de datos, con independencia de la mayoría o minoría de edad de los afectados.

No obstante, deben analizarse las especialidades derivadas del hecho de que los datos personales sean recabados de personas menores de edad, puesto que la edad será esencial para averiguar quién es el responsable para dar su consentimiento.

III. CONCEPTO DE DATO PERSONAL.

La definición de dato personal la encontramos en el art. 3, letra a), de la LOPD que señala que se entiende por dato personal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables¹⁰.

En este mismo sentido se pronuncia la letra a) del art. 2 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a

9 En el mismo sentido se pronuncia el Considerando 24 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos que establece que "las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que les conciernan no son objeto de la presente Directiva". Esta restricción se halla confirmada en el párrafo primero del art. 1, en el que se establece el objeto de la Directiva circunscrito a la protección de los datos de las personas físicas, así como en la letra a) del art. 2 en el que se definen los datos personales como informaciones referentes a una persona física identificada o identificable.

10 Esta definición coincide con el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para más información véanse los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, (RTC 2000\292).

la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Dicho concepto se especifica acudiendo al contenido de la letra f) del art. 5 del mencionado Reglamento de desarrollo que entiende como dato personal “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Como se ha podido observar de la lectura de los preceptos analizados que establecen la definición de datos personales, en ninguno de ellos se incluyen específicamente categorías concretas de datos de carácter personal¹¹.

IV. EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES.

1. Régimen jurídico en materia de tratamiento de datos.

El art. 3, letra f), LOPD, define como tratamiento de datos las “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

Como regla general en materia de tratamiento de datos personales, se debe obtener el consentimiento del titular del citado dato personal, es decir, su manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada¹² mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos que le conciernen¹³, de conformidad con el art. 3. h) LOPD.

Por tanto, para que el consentimiento pueda ser considerado conforme a derecho deben concurrir estos cuatro requisitos, puesto que de lo contrario es nulo y deslegitima toda actuación¹⁴.

No obstante, la LOPD distingue diversidad de maneras de recabar el consentimiento, según la clase de datos de carácter personal objeto del mismo.

11 Para un mayor desarrollo sobre la consideración de las direcciones de email y números de teléfono móvil como datos personales véase CARRASCO LINARES, J., “Correo electrónico, telefonía móvil y datos personales”, *ii congreso mundial de derecho informático*, Madrid (2002); Disponible es: <http://www.scribd.com/doc/14345652/correo-electronico-telefonía-movil-y-datos-personales-carrasco-linares-juan>.

12 Véase para mayor información respecto del significado de cada uno de dichos términos la Memoria anual de la Agencia de Protección de Datos del año 2000.

13 FELIU REY, M. I., *Informe del sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas*, Madrid (2003); Consejo de Consumidores y usuarios, p. 20.

14 Vid. Párrafo tercero del art. 11 LOPD.

El art. 6 LOPD establece con carácter general que para la obtención y tratamiento de datos de carácter personal es necesario tener el consentimiento inequívoco del titular de los datos, salvo que la Ley disponga otra cosa¹⁵.

A continuación el art. 7 LOPD, con carácter específico, establece para los datos de carácter personal relacionados con las creencias, ideología o religión, la necesidad de que el titular de los mismos otorgue su consentimiento expreso y por escrito para que puedan ser tratados y cuando los datos hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual es necesario que otorgue el consentimiento expreso.

La LOPD habla únicamente de consentimiento inequívoco, por lo que se ha planteado si el consentimiento puede ser tácito o si deberá manifestarse de forma expresa.

De lo expuesto se desprende que cuando el legislador ha pretendido que el consentimiento deba revestir el carácter de expreso así lo ha indicado.

Por tanto, el consentimiento podrá ser tácito en los demás supuestos, es decir, cuando los datos no sean especialmente protegidos¹⁶, si bien para que ese consentimiento tácito pueda ser considerado inequívoco será preciso otorgar al afectado un plazo prudencial para que pueda claramente tener conocimiento de que su omisión de oponerse al tratamiento implica un consentimiento al mismo¹⁷ y deberá ser acreditado por el responsable del fichero¹⁸.

El régimen general que se acaba de exponer se exceptúa, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado, según el párrafo segundo del art. 6 de la LOPD, como, por ejemplo, cuando los datos personales se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias¹⁹; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral y sean necesarios para

15 En el mismo sentido se pronuncia en el marco jurídico europeo el art. 7 de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos al establecer que el tratamiento de datos personales sólo puede efectuarse si el interesado ha dado su consentimiento.

16 Véanse los párrafos segundo y tercero del art. 7 de la Ley Orgánica 15/1999.

17 A este respecto los arts 7, 11, 39 y 40 de la Directiva 95/46/CE especifica que el consentimiento podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo mediante la selección de una casilla web en internet.

18 Véase la Sentencia de 12 de abril de 2000 de la Audiencia Nacional (JUR 2000\157323) que establece que de admitirse un consentimiento tácito, impropiaamente llamado silencio positivo, del afectado para admitir la cesión de sus datos, requeriría una rigurosa constancia documental de que la entidad cedente había informado y conservaba el escrito, con constancia de la recepción por el interesado, en el que tales extremos quedaban claramente expuestos.

19 Dicha excepción se basa en la posibilidad contemplada en el párrafo tercero del art. 7 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

su mantenimiento o cumplimiento²⁰; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado y cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos.

2. Normas relativas a la cesión de datos.

Junto con el tratamiento de los datos personales se debe tener en cuanto el supuesto de que los datos personales se cedan a terceros, es decir, que se comuniquen los datos a persona distinta del interesado²¹, en virtud del art. 3, letra i), de la LOPD.

El art. 11 LOPD dispone, en este sentido, que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”²².

Dicho consentimiento, según el párrafo cuarto del art. 11 LOPD, tiene un carácter revocable.

Se establece, asimismo, que será considerado nulo el consentimiento prestado para la cesión o comunicación, según el art. 11, en su párrafo tercero, “cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien pretende comunicar”.

20 Esto es consecuencia del principio general del art. 1258 del Código Civil, según el cual el consentimiento prestado para la perfección de un contrato obliga «no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Como ha señalado la doctrina, “la prestación del consentimiento para estos negocios jurídicos lleva consigo la presunción de que el afectado ha consentido asimismo la recogida y el tratamiento de sus datos dentro del marco de las relaciones jurídicas mencionadas”, para lo cual deberá estarse a “si el tratamiento se está realizando para la ejecución del contrato, en el sentido amplio que se establece en el Código Civil, o si se está excediendo de éste hacia un tratamiento no consentido presuntamente ni autorizado por la Ley” (APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Pamplona (2000): Aranzadi, pp. 70- 73.) y, también, a “la naturaleza de los datos” sujetos a tratamiento, para proceder, en cada caso, a despejar “cuándo la prestación del consentimiento deba constituir un negocio jurídico separado” (HEREDERO HIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y textos*, Madrid (1996): Tecnos, p. 97)

21 De esta forma, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, a diferencia de lo que ocurría con la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, establece una definición de la comunicación o cesión de datos. Esta falta de definición, durante la vigencia de la Ley Orgánica 5/1992, fue subsanada incorporando dicha definición en el art. 1.2 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, de desarrollo de determinados aspectos del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, lo cual no dejó de plantear dudas sobre la legalidad del Reglamento, que, como tal, en este punto, “carecía de respaldo normativo suficiente que le permitiera innovar en los conceptos que no estaban regulados por la ley”. APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre*, cit., pp. 117 y 118.

22 Ver el párrafo primero del art. 11 en relación con el párrafo primero del art. 6, el art. 44.3 g) y el art. 44.4 b) LOPD.

Esta regla general de exigencia del “previo consentimiento del interesado”, no se aplicará, según el párrafo segundo del art. 11 LOPD, cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público²³ o cuando la cesión está autorizada en una ley, a los efectos que nos interesa, entre otros supuestos.

Así mismo, el art. 10.2.a) RLOPD señala que será posible la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuando concurra uno de los supuestos siguientes:

1º) El tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el art. 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

2º) El tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas.

En conclusión, con carácter general, se debe obtener el consentimiento del titular de los datos personales, tanto en el tratamiento como en la cesión de los mismos.

V. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS INTERESADOS.

El deber de información de los interesados, previo al tratamiento de sus datos de carácter personal, es uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta la LOPD.

El art. 5 LOPD establece el contenido de ese deber de información del responsable del tratamiento que difiere dependiendo de las diferentes modalidades de recogida de datos, ya que la vigente normativa en materia de protección de datos atiende no sólo la recogida que se obtiene del propio titular de los datos, sino también cuando los datos, objeto del tratamiento, no hayan sido directamente recogidos por el interesado, sino a través de otra entidad por cesión de datos o incluso por otra persona²⁴.

23 Para profundizar sobre este aspecto, véase CAVANILLAS MÚGICA, S., “El tratamiento automatizado de datos procedentes de fuentes accesibles al público. A propósito de la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1998 y el proyecto de ley de reforma de la LORTAD”, *Derecho Privado y Constitución*, (1999), núm. 13, pp. 149-164.

24 Se alude por la doctrina a modalidad directa o indirecta dependiendo si los datos se recogen del titular de los datos o no, respectivamente. Vid. MUNAR BERNAT, P.A., “Protección de datos en el comercio electrónico”, en AA.VV., *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, (BOTANA GARCÍA, G.A.). Madrid (2001): La Ley, pp. 287 y ss.

El derecho de información en la recogida de datos exige, en el primer supuesto, que los interesados a los que soliciten datos personales deberán ser previamente informados, de modo expreso, preciso e inequívoco de las siguientes cuestiones²⁵:

1º) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información²⁶.

2º) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

3º) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

4º) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición²⁷.

5º) Y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante²⁸.

Además de los extremos que acabamos de señalar, cuando la recogida de los datos personales, sea a través de Internet deberá constar el código de inscripción asignado por el Registro General de Protección de Datos con el fin de asegurar el conocimiento del interesado de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, cancelación y modificación²⁹.

En definitiva, los datos de información se deberán señalar independientemente del medio a través del cual se recoja, ya sea a través de cuestionarios como de una página web³⁰.

25 Comparto la opinión de HERRÁN ORTIZ, A. I., de que el derecho de información es la base de los demás derechos reconocidos por la Ley al interesado. Véase HERRÁN ORTIZ, A. I., *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos*, Madrid (2002): Dykinson, p. 150.

26 El Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, señala en relación a la lucha por el derecho a la vida privada, los siguientes principios: de lealtad (informaciones no recogidas por procedimientos desleales o ilícitos); de exactitud de los datos; finalista (el fin que justifica la creación del banco de datos debe precisarse); de publicidad (a través de un registro público); de acceso individual (posibilidad de rectificación o destrucción); de seguridad (seguridad física y lógica de los datos). Véase para más información: LUCAS MURILLO, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid (1990): Tecnos.

27 Véase para el derecho de acceso el art. 15 LOPD, para el derecho de rectificación y cancelación el art. 16 LOPD y para el derecho de oposición los arts. 6.4 y 30.4 LOPD.

28 Según el art. 3 d) se Recomendaciones entiende por responsable del fichero a la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

29 En cuanto a las publicadas por la Agencia de Protección de Datos. Esta referencia también ha sido incluida en el Código Tipo de la Asociación de Empresarios del Comercio Electrónico.

30 Por tanto, si los datos se recogen como es habitual a través de una página web deberá hacerse expresa referencia a estas cuestiones en el formulario correspondiente, no bastando la simple inclusión de esta información en un aviso legal o política de privacidad ubicado en otra página distinta dentro del sitio Web, ya que esta redirección no garantizaría que el interesado haya sido debidamente informado, ni la mera mención en las cláusulas

Por el contrario, en el segundo supuesto, es decir, cuando los datos no hayan sido recabados por el interesado, el párrafo cuarto del art. 5 LOPD establece la obligación del responsable del fichero o su representante de informar de forma expresa, precisa e inequívoca al interesado de los extremos que contempla el derecho de información, que se han analizado anteriormente, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos³¹.

VI. LOS MENORES ANTE LA OBTENCIÓN Y CESIÓN DE SUS DATOS.

Lo que se ha venido indicando hasta ahora se aplica, como ya se ha mencionado, a cualquier tratamiento consistente en la recogida de datos de carácter personal de cualquier persona.

Sin embargo, cuando se obtienen datos personales de menores de edad, nos tenemos que plantear si legalmente éstos poseen capacidad para emitir su consentimiento sobre el tratamiento de sus datos.

En consecuencia, se debe analizar en qué supuestos se considerará que los menores ostentan pleno discernimiento para prestar su consentimiento y en cuáles se tendrá que completar con el de su representante legal³².

La LOPD no establece ninguna previsión al respecto, se debe acudir al art. 13 RLOPD³³ que establece que podrá procederse al tratamiento de los datos de los

adicionales a las condiciones generales que rigen la vinculación del vendedor con el comprador al hecho de que los datos que se faciliten serán protegidos de acuerdo a la ley, puesto que tampoco garantizaría, en ningún caso, los derechos de los consumidores. (La ley es tajante en este aspecto y de acuerdo con el párrafo primero art. 5 LOPD los interesados a los que se soliciten datos personales deberán estar previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco por lo que considero que dicha información deberá ser perfectamente visible en el proceso de recogida de los datos. Es más, por si hubiera alguna duda el apartado 2 del mismo artículo lo concreta, a mi parecer, de forma clara y concisa. A este respecto se pronuncia en su conclusión segunda la Recomendación de la Agencia de protección de datos al sector electrónico para la adecuación de su funcionamiento a la ley orgánica 15/99 cuando señala que las webs analizadas incorporan la información a la que se refiere el precepto analizado, el art. 5 LOPD, como cláusulas adicionales a las condiciones generales que rigen la vinculación del vendedor con el comprador aunque en algunos casos esa información se limita a una mera mención al hecho de que los datos que nos facilite serán protegidos de acuerdo a la ley lo cual no garantiza en ninguna caso los derechos de los consumidores.). No obstante, la Agencia de Protección de Datos también ofrece la posibilidad de obtener dicha información a la que se ha hecho referencia mediante un clic en un botón adecuadamente etiquetado aunque no sea considerada la opción más adecuada (Véase la Memoria de la Agencia de Protección de datos de 2001).

- 31 Se establece la excepción a esta obligación cuando ya hubiera sido el interesado informado con anterioridad del contenido del tratamiento de la procedencia de dichos datos, de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos, de los destinatarios de la información, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. A mi juicio dicha excepción va a ser difícilmente aplicable pues no imagino cómo va a estar informado el interesado cuando generalmente ni siquiera sabe que se han recogido sus datos.
- 32 Véase el Informe 466/2004 de la Agencia de Protección de Datos sobre "Comunicación a los padres de las calificaciones de sus hijos menores de edad".
- 33 Sobre esta cuestión se debería analizar la legalidad o no de establecer en el RLOPD la capacidad para otorgar el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, cuando la capacidad de obrar general y el ejercicio de determinados derechos por los menores sin intervención de sus padres o representantes legales se regula en otras normas con rango legal. Considero que hubiera sido más adecuado establecer la citada edad en una

mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

Por tanto, respecto al consentimiento de los menores de edad, deben diferenciarse dos situaciones: la normativa atribuye capacidad a los mayores de catorce años, mientras que si no han alcanzado la citada edad, el consentimiento debe ser prestado por sus padres o representantes³⁴.

En ese sentido, la fijación de la edad en catorce años no deja de ser una mera elección del legislador, sin aparente justificación, o pudiendo entender que se equipara a otras situaciones de menores donde se les otorga capacidad³⁵.

Como se ha observado, el art. 13 RLOPD se refiere expresamente al “tratamiento” de los datos sin realizar ninguna mención a la cesión de los mismos. Ello nos hace plantearnos cuál era la intención del legislador al respecto.

Considero al respecto que se debería realizar una interpretación literal del precepto en interés de los menores y entender que el Reglamento únicamente regula el consentimiento para el tratamiento de los datos de los menores de edad y no el consentimiento para la cesión de los mismos; aunque pueda resultar desconcertante que el mayor de 14 años pueda prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos pero no para la cesión de los mismos.

Este límite establecido por el ordenamiento jurídico en los 14 años, quizás se reforme en breve, ya que el art. 8 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (conocido como Reglamento general de protección de datos) establece que, en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información a los niños, el tratamiento de los datos personales relativos a los niños menores de 13 años solo será lícito si el consentimiento ha sido dado o autorizado por el padre o tutor del niño.

norma de rango legal. Véase VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, (2012) núm. 29, pp. 21-60.

34 Véase Informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 8 de abril de 2004 sobre el “Consentimiento otorgado por menores de edad”, reiterado en otros Informes como el Informe jurídico 114/2008 o el Informe 46/2010, entre otros.

35 Por ejemplo, a esa edad se les otorga capacidad a los menores para testar ante notario (art. 633 CC) o para obtener la dispensa judicial para contraer matrimonio (art. 48 CC).

Dicho texto ha sido aprobado, por ahora, únicamente por el Parlamento Europeo, por la Resolución legislativa, de 12 de marzo de 2014³⁶, junto con la Enmienda 102 a dicho precepto que introduce ciertas modificaciones al mismo, en la línea de las consideraciones introducidas en el Informe de 22 de noviembre de 2013 sobre la propuesta de Reglamento general de protección de datos

Concretamente, los cambios que se aprecian es una ampliación en el ámbito de aplicación del precepto: Por una parte, el texto de la Comisión se centra en el consentimiento de los menores en la recogida de sus datos personales en relación a los servicios de la sociedad de la información, es decir, el legislador europeo pensaba en los problemas actuales de la apertura de redes sociales o vías de comunicación. Por otra parte, la citada Enmienda continúa en la línea del texto de la Propuesta al señalar como edad suficiente para prestar el consentimiento en relación al tratamiento de datos la edad de 13 años. No obstante, la citada revisión introducida entiende que debe ser aplicable la citada edad a cualquier oferta de bienes o servicios dirigida a los menores, independientemente del ámbito de los mismos.

Se debe prestar especial atención a quién debe prestar el consentimiento en el supuesto de que los menores no hayan alcanzado la edad de 13 años. Sorprende, desde mi punto de vista, que no se requiera el consentimiento de los padres o tutores, tal y como lo recoge, por ejemplo, la normativa española, sino que para la Propuesta europea es suficiente que el consentimiento haya sido dado o autorizado por uno de sus padres o por el representante legal del niño. Debería plantearse, por tanto, qué sucedería en caso de progenitores separados en los que hubiera discrepancias al respecto.

La Propuesta de Reglamento especifica que el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar tal consentimiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible, sin generar un tratamiento innecesario de los datos personales. Se puede observar claramente que el término “esfuerzos razonables” es demasiado vago e impreciso y genera inseguridad jurídica, ya que creo el citado criterio deberá ser delimitado por cada legislación nacional.

Por último, el art. 8 de la Propuesta del Reglamento general de protección de datos señala que la información proporcionada al niño debe facilitarse en un lenguaje claro adecuado al público al que va destinada.

El Reglamento de desarrollo de la LOPD también establece en el párrafo segundo del art. 13 que “en ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar; o sobre

36 Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0212&language=ES&ring=A7-2013-0402>.

las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior”.

También será necesario recabar el consentimiento de los menores, con expresa información de la totalidad de los extremos contenidos en el art. 5.1 de la Ley, pero el apartado tercero del art. 13 señala que deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por los menores,

En relación a la cesión de los datos de los menores, como ya se ha mencionado, el art. 11 LOPD dispone que será necesario el previo consentimiento del interesado³⁷.

Dicho consentimiento, será prestado por el menor o por sus representantes legales dependiendo el límite de edad de 14 años mencionado anteriormente, si entendiéramos que el mismo se aplica tanto al tratamiento como a la cesión.

No obstante, este consentimiento sólo se verá exceptuado en los supuestos contenidos en el art. 11.2 de la Ley, y el art. 10.2.a) del Reglamento.

Entonces cabe plantearse, por ejemplo, si los datos académicos o la información sanitaria de un mayor de 14 años no pueden ser cedidos a sus padres si éste se opone.

Esta cuestión fue planteada a la Agencia Española de Protección de Datos en 2004, más concretamente si debía prevalecer la voluntad de un alumno de catorce años que no quería que se facilitasen sus calificaciones académicas a sus padres o tutores, sobre la pretensión de éstos de acceder a dicha información, no pudiendo en dicho caso el centro de enseñanza atender la citada solicitud de los padres o tutores.

Asunto que la AEPD resolvió en su Informe 466/2004, entendiendo que, la facultad de acceder a la información de carácter académico, se encuentra dentro del marco de los deberes y derechos que corresponden a los padres, inherentes al ejercicio de su patria potestad, de conformidad con el art. 154 CC, que establece que: Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y la facultad de representarlos y administrar sus bienes.

37 Ver el párrafo primero del art. 11 en relación con el párrafo primero del art. 6, el art. 44.3 g) y el art. 44.4 b) LOPD.

Por su parte, el art. 162 CC establece que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuando 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, entre otros, que no son de especial interés para el objeto de este trabajo.

En consecuencia, cabe concluir que en el supuesto de los hijos no emancipados existe una norma legal habilitante que ampara la cesión de los datos académicos de los menores a sus padres³⁸.

Por último, se plantea si en el caso de los menores, el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación y cancelación, requerirá en todo caso de la concurrencia de la autorización de sus padres o tutores o, por el contrario, será suficiente atender a la edad del menor válida para la recogida de los datos, sin exigir en este supuesto complemento alguno de la capacidad del menor.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 30 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, "tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate".

De lo anterior se extrae que los menores de edad a los que no se exija complemento alguno de su capacidad en orden a la recogida de sus datos de carácter personal, podrán ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación, sin la concurrencia de la autorización de sus padres o tutores.

Sin olvidar que el art. 13.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece que corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales, cuestión realmente complicada en la práctica.

38 En el supuesto de que se refiriera a tutores se debe acudir al art. 269 CC.

Además, hay que señalar, aunque brevemente, que la problemática señalada se debe relacionar con el tratamiento de las imágenes de los menores, puesto que un uso inadecuado de las mismas podría vulnerar los derechos al honor, intimidad y propia imagen regulados de manera general 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 imagen³⁹, como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor (a partir de ahora LOPM).

Concretamente el art. 4.3 LOPM considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor; cualquier utilización de su imagen o su nombre en los "medios de comunicación", incluyendo evidentemente internet, que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

La duda, por tanto, surge en relación a si el consentimiento, previamente analizado, dado por los menores o sus respectivos representantes legales respecto al tratamiento o cesión de sus datos personales, es extensible para salvaguardar la lícita utilización de sus imágenes. Sobre esta cuestión sólo señalar, por extender del ámbito de este trabajo, que el derecho a la propia imagen y el derecho a la protección de datos son derechos fundamentales diferentes y, en consecuencia, regulación y situaciones de vulneración distintas⁴⁰.

En el ámbito autonómico el art. 16 de la Ley 12/2008, de 3 julio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de Comunidad Valenciana, dentro de su marco competencial de protección del menor y, en principio, sólo para ficheros de titularidad pública de la Generalitat, señala "que se reconoce al menor el derecho de protección de sus propios datos y a impedir el tratamiento o la cesión de los mismos sin el consentimiento del representante del menor, salvo en el caso del menor emancipado, que podrá consentir por sí mismo".

Como se observa el legislador autonómico ha precisado claramente que la citada solución se aplica tanto al tratamiento como a la cesión de manera unitaria, adoptando, desde mi punto de vista un criterio más acertado que el legislador nacional.

39 Véase, para mayor abundamiento, DE VERDA BEAMONTE, J.R. Y SORIANO MARTÍNEZ, E., "La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (DE VERDA BEAMONTE, J.R.), Pamplona (2011): Aranzadi.

40 VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Editorial sancionada por la difusión en internet de fotos de sus empleados captadas por webcam sin su consentimiento", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, (2004) núm. 4, pp. 121-126.

VII. CONCLUSIÓN.

Aunque no se puede negar la evidencia de la existencia de riesgos para el derecho al tratamiento de datos de carácter personal por la utilización de las nuevas tecnologías, especialmente por la utilización de las redes sociales, estos derechos están suficientemente protegidos en nuestro ordenamiento jurídico, ya que con independencia del tipo de dato personal de que se trate, será necesario recabar el consentimiento de los titulares para la recogida de sus datos, con expresa información de la totalidad de los extremos contenidos en el art. 5.1 LOPD.

No obstante, respecto a los menores de edad, el citado consentimiento será prestado por los representantes de los menores cuando éstos sean menores de catorce años, y en un futuro cercano, con la aprobación de la Propuesta de Reglamento, los menores que tengan cumplidos los 13 años podrán prestar el consentimiento ellos mismos.

Por tanto, se puede apreciar una disparidad de criterios normativos existentes en el ordenamiento jurídico español a la hora de regular la capacidad de obrar y la manifestación de consentimiento del menor dependiendo el ámbito que nos encontremos.

Así mismo, también debe prestarse atención a las dudas que plantea respecto de su extensión o no al ámbito de la cesión de datos el art. 13 RLOPD o las soluciones autonómicas para protección del menor en el ámbito de sus propios ficheros, así como la imbricación con la LOPM.

Sin olvidar, que se deben articular los mecanismos tendentes a la comprobación de la edad del menor y a la autenticidad del consentimiento prestado por los padres o tutores, puesto que no se exige forma específica alguna.

En conclusión, teniendo en cuenta que la gran mayoría de usuarios de las redes sociales son menores de edad, resulta fundamental que los proveedores de servicios de la sociedad de la información, junto con las Administraciones Públicas, orienten sus políticas y actuaciones hacia el cumplimiento exhaustivo de la norma.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Pamplona (2000): Aranzadi.

CARRASCO LINARES, J., “Correo electrónico, telefonía móvil y datos personales”, *ii congreso mundial de derecho informático*, Madrid (2002): Disponible es: <http://www.scribd.com/doc/14345652/correo-electronico-telefonía-movil-y-datos-personales-carrasco-linares-juan>.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “El tratamiento automatizado de datos procedentes de fuentes accesibles al público. A propósito de la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1998 y el proyecto de ley de reforma de la LORTAD”, *Derecho Privado y Constitución*, (1999), núm. 13, pp. 149-164.

DE VERDA BEAMONTE, J.R. Y SORIANO MARTÍNEZ, E., “La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces”, en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (DE VERDA BEAMONTE, J.R), Pamplona (2011): Aranzadi.

FELIU REY, M.I., *Informe del sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas*, Madrid (2003): Consejo de Consumidores y usuarios.

HEREDERO HIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y textos*, Madrid (1996): Tecnos.

HERRÁN ORTIZ, A. I., *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos*, Madrid (2002): Dykinson.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid (1990): Tecnos.

LLÁCER MATA CÁS, M. R., “Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia”, Madrid (2011): La Ley.

MUNAR BERNAT, P.A., “Protección de datos en el comercio electrónico”, en AA.VV., *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, (BOTANA GARCÍA, G. A.). Madrid (2001): La Ley.

ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática*, Granada (1994): Comares.

PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid (1984):Tecnos.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Editorial sancionada por la difusión en internet de fotos de sus empleados captadas por webcam sin su consentimiento", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, (2004) núm. 4, pp. 121-126.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Protección de datos personales, redes sociales y menores", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, (2012) núm. 29, pp. 21-60.



COMENTARIOS
LEGALES



LA DISCIPLINA ITALIANA DEL CONTRATO DE RED ENTRE
EMPRESAS. ELEMENTOS ESENCIALES DE CONTENIDO

*THE ITALIAN REGULATION OF “NETWORK CONTRACT”.
ESSENTIAL ELEMENTS OF CONTENT.*

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 346-367



Marco
ANGELONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de marzo de 2015

RESUMEN: Desmostrada la naturaleza no imperativa de los vínculos de “forma-contrato” impuestos por la nueva disciplina del contrato de red, introducidos por el 3, párrafo 4 ter, de la Ley núm. 33 del 2009, el estudio se propone verificar si los standards de contenido exigidos por el legislador son, todos ellos, indefectibles. La conclusión a la que se llega es que el contrato de red debe indicar solamente los elementos considerados “caracterizadores”, en cuanto instrumentales para la inscripción en el registro de las empresas y el sucesivo control administrativo al que está subordinado el acceso a los beneficios legales. Por el contrario, la omisión de otros requisitos legales que no tienen esta significación caracterizadora del esquema negocial desde el punto de vista causal y objetivo, como regla general, no da lugar a consecuencias invalidantes.

PALABRAS CLAVE: Contrato de red, requisitos legales, elementos esenciales.

ABSTRACT: Once demonstrated the non-imperative nature of the constraints of “form-content” imposed by the Italian regulation of Network Contract introduced by article 3, comma 4 ter, l. no. 33 of 2009, this paper proposes to verify if the standard contents demanded by legislator are all equally indefectible. The conclusion is that the Network Contract must indicate only the “characterizing” elements, in that they are instrumental for the registration in the Business Register and for the subsequent administrative control which the agreement is subjected to access to the law benefits. On the contrary, the omission of other legal requisites which are not appropriate for defining the contractual pattern under the causal and objective profile does not generally bring about invalidating consequences.

KEY WORDS: Network contract, legal requisites, essential elements of content.

SUMARIO.- Génesis y fisonomía del Contrato de Red entre empresas. – II. Ratio y alcance eficaz de los vínculos de forma-contenido impuestos por el art. 3, párrafo 4 ter; Ley n. 33 de 2009. – III. Identificación del “contenido mínimo esencial” que debe alcanzar un acuerdo para que se pueda integrar una “red” (contractual) para los efectos de Ley. – IV. Elementos de contenido (obligatorios pero no “esenciales”: posibilidad de llenar los eventuales vacíos en los Acuerdos a través de la aplicación en vía supletoria de las normas relativas a consorcios, sociedades y contratos en general. – V. Consideraciones en síntesis.

I. GÉNESIS Y FISONOMÍA DEL CONTRATO DE RED ENTRE EMPRESAS.

El “Decreto incentivo” (Decreto-Ley de 10 de febrero de 2009, n. 5, convertido con modificaciones contenidas en la Ley de 9 de abril de 2009, n. 33) ha constituido un nuevo instrumento de colaboración entre empresas, destinado a promover e incentivar las aspiraciones de desarrollo y fortalecimiento (en términos de internacionalización) de las pequeñas y medianas empresas.

La disciplina actual¹ establece un esquema de negociación sin precedentes², que, sin dar lugar a un tipo legal por sí mismo³, pretende enmarcar cualquier fenómeno

- 1 Resultante de la intervención correctiva realizada originariamente al art. 42 del Decreto-Ley de 31 de mayo de 2010, n. 78, sobre “Medidas urgentes en materia de estabilización financiera y de competitividad económica” (llamado “Decreto anti-crisis”), convertido con modificaciones en la Ley de 30 de julio de 2010, n. 122; art. 45 del Decreto-Ley de 22 de junio de 2012, n. 83, sobre “Medidas urgentes para el crecimiento del país” (llamado “Decreto Desarrollo”), convertido con modificaciones en la Ley de 7 de agosto de 2012, n. 134; y, por último, art. 36 del Decreto-Ley de 18 de octubre de 2012, n. 179, sobre “Medidas adicionales para el crecimiento del país” (llamado “Decreto Desarrollo bis”), convertido con modificaciones en la Ley de 17 de diciembre de 2012, n. 221.
- 2 El componente definitorio con el que comienza y sobre el cual se centra la formulación legislativa ha sido señalado por E. BRIGANTI, *La nuova legge sui “contratti di rete” tra le imprese: osservazioni e spunti*, en *Notariato*, 2010, pág. 191, según el cual “más que intervenir en el intento de regular una nueva tipología, el legislador habría tomado medidas para introducir una nueva definición”, favoreciendo, entre otras cosas, una tendencia que surgió en la legislación más reciente en materia de relaciones entre empresas. Sin embargo, el carácter débil e impalpable de la fórmula elegida, que se adapta a un rango casi ilimitado de opciones concretas, ver A. PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, en *Riv. dir. priv.*, 2012, págs. 354 y ss.
- 3 Una gran parte de la doctrina (incluida aquella primera que en el ámbito nacional ha abordado el estudio del fenómeno), asigna de hecho al Contrato de Red naturaleza “transtípica” (F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, en *Contratti*, 2009, pág. 919; Id., *Il nuovo contratto di rete: “learning by doing”?*, en *Contratti*, 2010, págs. 1144 y s.; C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, en *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2010, págs. 132 y s.; E. BRIGANTI, *La nuova legge sui “contratti di rete” tra imprese: osservazioni e spunti*, cit., págs. 193 y s.). Sin embargo, no faltan voces y argumentos que, creyendo “inverosímil y especialmente engañosa” esta perspectiva (V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, en *Corr. merito*, 2010, supl. al n. 5, pág. 7), se expresaron a favor del reconocimiento del Contrato de Red como un nuevo tipo normativo: así G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi del contratto di rete*, en *Giur. comm.*, 2010, I, págs. 845 y 847; E.M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, págs. 89 y s.; así como G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, en *Giur. comm.*, 2010, I, págs. 948, 950 y 952.

• Marco Angelone

Profesor Investigador de Derecho Privado de la Universidad “G. d’Annunzio” de Chieti-Pescara. Becario de Investigación de la Universidad de Sannio, por la que se doctoró. en el Programa “I problemi civilistici della persona”. Es autor de dos monografías (*Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, Napoli, 2010; *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012), de capítulos de libros colectivos y de otros trabajos científicos menores.

de *partnership* entre empresas⁴ el cual, bajo ciertas condiciones, aspira a calificarse en términos de “Contrato de Red” y con ello, a beneficiarse de las medidas y de los beneficios fiscales reconocidos por la ley⁵.

La génesis del Contrato de Red parece singular⁶, desde el momento que no es el resultado – como sucede a menudo⁷ – del cambio de un modelo de contrato preexistente, socialmente típico y difundido en la práctica comercial⁸, teniendo en contra la nueva *fattispecie* directa e inmediata de origen legislativo⁹. La *occasio legis* se deriva, de hecho, tanto de las indicaciones ofrecidas por la formación doctrinal¹⁰, como del tejido económico-empresarial¹¹ que en las últimas décadas ha visto el

- 4 Sobre la “multiplicidad” de la red, dada la gran variedad de formas que puede asumir, P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, en P. IAMICELI (editado por), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Turin, 2009, págs. 389, 390 y s.; A. FICI, *Il franchising*, en P. SIRENA (editado por), *I contratti di collaborazione*, Turin, 2010, pág. 1011, según el cual “El Contrato de Red [...] hoy parece más una categoría contractual que un tipo de contrato o, al menos, se considera un tipo independiente y sería un tipo tan amplio como para poder incluir otro contrato”; y F. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, en *Contr. impr.*, 2012, pág. 348, que habla de “negociación de tipo polimórfica”, ya que “abarca fenómenos y grados de colaboración entre empresas muy diferentes entre sí; pero no lo suficiente como para ser confundido con figuras similares, que regulan en la ley y en la práctica, la cooperación entre empresas”.
- 5 Ver, a partir de ahora, G.A.M. TRIMARCHI, *Gli strumenti agevolativi per le imprese in rete*, en *Nuovo dir. soc.*, 2012, n. 1, págs. 32 y ss.
- 6 Por tal motivo E.M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, cit., pág. 89, razona como “tipificación anómala”.
- 7 R. SACCO, *L’elaborazione degli effetti del contratto*, en R. SACCO y G. DE NOVA (editado por), *Il contratto*, II, 3ª ed., en *Tratt. dir. civ.* Sacco, Turin, 2004, pág. 462. Se considera, solo a modo de ejemplo, la afiliación comercial (franquicia), la subcontratación, los contratos de turismo, la concesión de créditos de la empresa y otros tipos de contrato que el legislador ha transformado de social a legalmente típicos.
- 8 “El nuevo ‘Contrato de Red’ se catapultó en el derecho positivo, dotado por la legislatura de una definición que realiza su configuración legal, pero privada de la así llamada ‘Tipicidad social’ que por lo general precede y prepara la reglamentación legislativa, habiendo dado lugar a conflictos de interés más importantes sobre los cuales es apropiado establecer una nueva regla de fuente legislativa”: F. MACARIO, *Reti di imprese, «contratto di rete» e individuazione delle tutele. Appunti per una riflessione metodologica*, en P. IAMICELI (editado por), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., pág. 275.
- 9 V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, cit., pág. 6; E.M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, cit., pág. 58. También por tal razón, “el Contrato de Red ‘made in Italy’” (la fórmula es de F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: “learning by doing”?*, cit., pág. 1143) ha capturado la atención de las instituciones y del derecho comunitario. Esta vez, es tarea de Italia – la cual podría revertir la tendencia hasta ahora prevaleciente que ha visto a Europa ‘comunitarizar’ normativas vigentes (o elaboradas) en otros países de la UE – servir como un “estímulo para los organismos supranacionales, para que lleguen a regular las formas de redes territorialmente más extensas que se ramifican más allá de las fronteras nacionales” (P. ZANELLI, *Reti di impresa: dall’economia al diritto, dall’istituzione al contratto*, en *Contr. impr.*, 2010, pág. 952), como parece demostrar el tentativo de introducción del “Contrato de Red europeo”: ver, sobre el punto, F. ROMANO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell’economia italiana*, en *Notariato*, 2012, pág. 80, nota 46, el cual refiere que “El Contrato de Red europeo ha sido perfilado por la Comisión de la UE, sobre el modelo italiano, para favorecer las relaciones entre las PYME de la Unión Europea y la difusión de redes. La medida fue desarrollada por el Gobierno, que reconoce la labor del Ministerio del Desarrollo Económico de la mesa de iniciativas para las pequeñas y medianas empresas, compuesto por varias asociaciones de PYME y representantes institucionales”.
- 10 Incluso antes de la novedad del 2009, la literatura jurídica había tratado ampliamente el tema en cuestión. En particular, se señala, *ex multis*, la contribución de C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell’attività d’impresa*, Nápoles, 2008; así como las contenidas en F. CAFAGGI (editado por), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004. Para más información, consultar las copiosas referencias (también de origen extranjero) sugeridos por C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, cit., pág. 124, nota 3.
- 11 Bajo la matriz económica, incluso antes que la jurídica (por algunos además rechazada: R.M. BUXBAUM, *Is “Network” a Legal Concept?*, en *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1993, n. 149, págs. 698 y ss.), el concepto de “red de empresas” se estableció en el campo de la organización de la empresa, ver M. D’AURIA, *L’utilizzo del contratto di rete: un vademecum legale*, en L. ZANNI y M. BELLAVISTA (editado por), *Le reti di impresa. Una guida operativa per l’avvio di partnership imprenditoriali*, Milán, 2012, pág. 18.

aumento¹² de formas de coordinación (y de organización) tendencialmente estables entre empresas que, sin dejar de ser autónomas¹³, están vinculadas – a menudo sobre la base de restricciones no contractuales, de carácter informal – por una relación más o menos intensa¹⁴ de interdependencia mutua¹⁵. La intervención normativa se justifica, entonces, en la finalidad declarada (también evidenciada desde su misma ubicación en el así llamado “Decreto Incentivo”) para preparar un complemento útil para superar el individualismo y el aislamiento del emprendedor; así como para apoyar el crecimiento y el relanzamiento tecnológico-empresarial de las pequeñas y medianas empresas¹⁶, tanto es así, que es “Difícil encontrar un contrato que sea tan marcadamente una clara expresión de la voluntad política; que represente un instrumento de dirección económica incluso antes de ser regla de resolución de conflictos”¹⁷.

El legislador – optando por un programa contractual “ligero”¹⁸ o “(casi) en blanco”¹⁹ – se limita a esbozar la fisonomía (especialmente sobre el aspecto causal y objetivo) del Contrato de Red, concediendo amplio terreno a la autonomía de

- 12 Ver los datos de D. MAURIELLO, *Filiere produttive e network imprenditoriali: i cambiamenti nelle strategie organizzative alla luce del nuovo scenario economico*, en *An. giur. econ.*, 2011, págs. 226 y ss.
- 13 Como un reflejo de la crisis del paradigma Taylorista-Fordista-Keynesiano y de la tendencia hacia la integración vertical entre las empresas, Cfr, sobre el punto, D. MANTUCCI, *Profili del contratto di subfornitura*, Nápoles, 2004, págs. 25 y ss., y la nutrida bibliografía reportada en el mismo. Sobre la acepción que adquiere la “autonomía” de la empresa en el ámbito de las relaciones “de red”, C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell’attività d’impresa*, cit., págs. 109 y ss.
- 14 De aquí la distinción entre uniones reticulares “fuertes”, por un lado, y “débiles”, por el otro: P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, cit., pág. 398.
- 15 P. IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, en F. CAFAGGI (editado por), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, cit., págs. 128 y ss.
- 16 M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, en *Contratti*, 2009, pág. 935; P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, *ivi*, pág. 943.
- 17 M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, en *Notariato*, 2011, pág. 69. Que permite comprender el papel central y de primer plano asumido en los últimos años por el derecho privado de los contratos en la disciplina de la economía, en comparación con otras formas de intervención de extracción publicista que había dominado la escena en la pasada temporada del Intervencionismo económico [ver P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, en EAD. (editado por), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., pág. 41, según el cual con tal elección el legislador italiano “confirmó que la función de promover la competitividad de las empresas no es sólo para el derecho público, y aunque sólo sea para el derecho de la competencia o el derecho de sociedades, lo mismo que la reforma de 2002 a 2003 había reiterado”]. Esta tendencia interpreta “la esencia de la llamada ‘Neorregulación’ que – con una inversión de método y de estrategia respecto al pasado – se propone ordenar las estructuras mercantiles (*id est*, para dictar las reglas de funcionamiento del mercado) a través de la disciplina del contrato”. Sobre este último punto, me sea permitido el reenvío a M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Nápoles, 2012, pág. 100 y s.
- 18 Así F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: “learning by doing”?*, cit., pág. 1145.
- 19 F. CALISAI, *Riflessioni in tema di contratto di rete: una stringata disciplina normativa con interessanti potenzialità*, en *Riv. dir. impr.*, 2010, pág. 525. Incluso aquellos que se adhieren a la tesis que identifica en la red un nuevo tipo de contrato (ver, *retro*, nota 3), no se puede negar que es una tipificación “a baja definición”. En general, explica V. ROPPO, *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv. ludica y Zatti*, Milán, 2001, pág. 424, “La definición del tipo puede ser más o menos estricta”. Es muy estricta cuando abarca todos los elementos que componen el objeto (o contenido) del contrato [...]” (cursiva del autor). Por el contrario, “[...] se registran muchos tipos a más baja definición”, lo cual inevitablemente tiene un efecto “sobre la así llamada elasticidad del tipo, que es en la menor o mayor amplitud de los márgenes dentro de los cuales puede variar el contenido del contrato [...]”.

negociación y a la creatividad de los contrayentes²⁰, en el intento de no afectar a las principales características del modelo de nueva estampa, que son, de hecho, la flexibilidad y la ductilidad funcional²¹. Esto, sin embargo, como se explicará más adelante, plantea cierta incertidumbre sobre la identificación de la disciplina aplicable a la red, por cuanto concierne a los aspectos no regulados²².

II. RATIO Y ALCANCE EFICAZ DE LOS VÍNCULOS DE FORMA-CONTENIDO IMPUESTOS POR EL ART. 3, PÁRRAFO 4 TER, LEY N. 33 DE 2009.

La disposición normativa – incluso en su “*brevitas*”²³ y en un marco prevalentemente dispositivo²⁴ – distingue claramente el núcleo “esencial” del Contrato de Red de aquel “accidental” compuesto de previsiones que las partes – aprovechando la “amplitud” de la ley – son libres de continuar operativas *secundum eventum*, desarrollando así sistemas más complejos y articulados²⁵. Dentro de los contenidos adicionales, se incluyen ciertamente los módulos para la gobernabilidad patrimonial y personal de la red, ya considerados *expressis verbis* opcionales por la ley²⁶ (como el “fondo común” y el “órgano común”²⁷), así también como cualquier otro componente que se considere oportuno incluir para estructurar mejor la *fattispecie*, siempre que – de la misma forma que se reconoce en otros contextos²⁸ – la o las cláusulas “atípicas”, *rectius* “derogatorias”, no vayan a interferir con la matriz normativa.

- 20 El Parlamento parece haber con ello acogido parcialmente la invitación de la doctrina [P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, cit., págs. 396 y s.] que advirtió sobre la inconveniencia de las intervenciones normativas especialmente si se centran en reglas imperativas y de detalle.
- 21 G. PALMIERI, *Profili generali del Contratto di Rete*, en AA.VV. (editado por), *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, Milán, 2011 I, págs. 6 y ss.; V. DONATIVI, *Aggregazioni orizzontali e reti tra le imprese dell'indotto*, en *An. giur. econ.*, 2011 I, págs. 326 y ss.
- 22 Falta, de hecho, un conjunto de normas suplementarias predeterminadas destinadas a compensar las carencias normativas. Ver M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, cit., pág. 71.
- 23 “[...] El marco regulador se compone de pocos aspectos, resultando tan incompleto que deja muchos de los problemas de la red completamente sin resolver. Además, el uso de una técnica legislativa más que aproximativa da espacio a importantes problemas interpretativos y sistemáticos” (G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi del contratto di rete*, cit., pág. 844; en un sentido sustancialmente similar, F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, cit., pág. 918). Sin embargo, el estilo lacónico parece ser una constante de la legislación reciente, que – como señaló enfáticamente C. CONSOLO, art. 140 bis: *nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualciviltisticamente, un poco “Opera aperta”*, en *Foro it.*, 2008, V, c. 206, relativo a la disciplina de “las acciones colectivas compensatorias” introducida en el Código del consumo (Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, n. 206) – recrea lo que pasó “En algunas partituras ‘mínimas’ del siglo XVII”, en el que “sólo algunas notas están escritas, mucho, aún queda mucho por agregar como intérpretes-ejecutores capaces de ‘simpatía’ con respecto al compositor (descompuesto)”.
- 24 C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, cit., págs. 133 y 141.
- 25 La funcionalidad de la *network* es de hecho solicitada directamente por la planificación de los contratantes llamados a definir el sistema de gobierno y los aspectos de carácter patrimonial del nuevo agregado. Ver A. TAFURO, *Il contratto di rete: una lettura in chiave economico-aziendale*, en *Riv. dott. comm.*, 2011 I, págs. 643 y ss.
- 26 P. ZANELLI, *La Rete è, dunque, della stessa natura del gruppo di società?*, en *Contr. impr.*, 2011 I, pág. 541.
- 27 La previsión de un “órgano común” encargado de la ejecución del contrato había sido considerada obligatoria en la redacción original de la disposición (ver A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, en *Obbl. contr.*, 2010, pág. 89). Para mayor información sobre este factor de organización, a la luz de la legislación vigente, véase D. GALLO, *Il contratto di rete e l'organo comune: governance e profili di responsabilità*, en *Resp. civ.*, 2012, págs. 6 y ss.
- 28 Piénsese en cuanto se verifica, *mutatis mutandis*, en el ámbito de la empresa, donde “Los modelos organizativos establecidos por el legislador para los tipos individuales de empresas no son de hecho bastante rígidos y

Por el contrario, considerando lo hasta ahora afirmado, la restante carga de redacción por escrito (por acto público, por escritura privada autenticada o por acto firmado digitalmente con mera firma electrónica de conformidad con los arts. 24 y 25 del Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005, n. 82²⁹), teniendo en cuenta la lista legislativa adjunta en el art. 3, párrafo 4 **ter**, Ley n. 33 de 2009, dentro del Acuerdo se “debe” encontrar: a) el nombre, la empresa, la razón o la denominación social de cada participante para la suscripción original del contrato o de la posterior adhesión, así como la denominación y la sede de la red, donde se estipule la creación de un fondo patrimonial común; b) la indicación de los objetivos estratégicos de innovación y de aumento de la capacidad competitiva de los participantes y de la modalidad acordada entre ellos para medir el progreso hacia estos objetivos; c) la definición de un Programa de Red, que contenga la enunciación de los derechos y de las obligaciones de cada participante, las formas de realización de la meta común; d) la duración del contrato y las modalidades de adhesión de otros emprendedores; f) las reglas para la toma de decisiones de los participantes en cada materia o aspecto de interés común que no esté incluido, cuando se ha creado un órgano común, en el poder de gestión conferido a dicho órgano³⁰.

permiten una adaptación parcial a las exigencias del caso concreto. Es necesario, sin embargo, que las disposiciones introducidas a tal efecto en los artículos (las llamadas cláusulas atípicas) no sean incompatibles con la regulación del tipo de empresa elegida; es decir, no contengan estipulaciones que violen los aspectos de su disciplina legal declarada expresamente inderogable o que necesiten ser considerados tales porque establecen las características esenciales de la organización y/o las funcionales de aquel tipo determinado” (G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, 7ª ed. editado por M. Campobasso, Turin, 2009, pág. 49).

- 29 Estos requisitos formales son, sin embargo, indispensables cuando el Contrato de Red aspira a “adquirir la subjetividad jurídica” (art. 3, párrafo 4 *quater*, Ley n. 33 de 2009, en el texto resultante de la última modificación aportado por el art. 36, apartado 4 *bis*, el Decreto-Ley n. 179 del 2012). Para un primer comentario de la novedad que ha admitido expresamente la capacidad de configuración de una red dotada de subjetividad, ver en F. CAFAGGI, P. IAMICELI y G.D. MOSCO, *Gli ultimi interventi legislativi sulle reti*, en *lid.* (editado por), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., págs. 491 y ss.; y además, *amplius*, M. MILELLA, *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, en *Contratti*, 2013, págs. 402 y ss.
- 30 En muchos aspectos, la previsión es muy similar desde el perfil técnico-editorial al art. 10, párrafo 4, Ley de 12 de noviembre de 2011, n. 183 (la “Ley de Estabilidad 2012”), según el cual “puede asumir la calificación de sociedad entre profesionales las sociedades cuyos estatutos prevean: a) el ejercicio de la actividad profesional por vía exclusiva por parte de los socios; b) la admisión en calidad de socios únicamente a profesionales inscritos en órdenes, registros y colegios, también en diferentes secciones, así como los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre que ostenten el título de estudio que les habilite, o sujetos no profesionales sólo para el desempeño técnico, o con fines de inversión. En cualquier caso, el número de miembros profesionales y la participación en el capital social de los profesionales debe ser tal como para determinar la mayoría de dos tercios en las deliberaciones o las decisiones de los socios; la ausencia de esta condición constituye causa de disolución de la sociedad y el Consejo o Colegio Profesional en el que la empresa está registrada retirará a la misma del registro, salvo que la sociedad no haya tomado medidas para reestablecer la prevalencia de los miembros profesionales dentro de un período perentorio de seis meses; c) los criterios y procedimientos para garantizar la ejecución del mandato profesional conferido a la empresa sólo se ejecute por los accionistas que cumplan los requisitos para el ejercicio de la solicitud de servicio profesional; la designación del profesional socio se lleva a cabo por el usuario y, en ausencia de tal designación, el nominativo debe ser comunicado por escrito al usuario; c-bis) la aceptación de la póliza de seguro para cubrir los riesgos derivados de la responsabilidad civil por los daños causados a los clientes por parte de miembros profesionales en el ejercicio de la actividad profesional; d) la modalidad de exclusión de la sociedad del socio que haya sido eliminado del registro respectivo con orden definitiva”. Ver, sobre la nueva institución de la “sociedad entre profesionales”, M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, págs. 3 y ss.; A. TOFFOLETTO, *Società tra professionisti*, en *Società*, 2012, págs. 30 y ss.; O. CAGNASSO, *Soggetti ed oggetto della società tra professionisti*, en *Nuovo dir. soc.*, 2012, n. 3, págs. 9 y ss.

En presencia de un contenido estandarizado *ex lege*³¹, una primera pregunta que se abre paso en el campo hermenéutico, se refiere a las consecuencias derivadas de la explicación faltante de los elementos identificadores anteriores, aunque sólo sea por la ausencia de alguna sanción legislativa específica³².

Después de todo, las prescripciones formales reescritas y de contenido no parecen estar dotadas de carácter obligatorio, es decir, aptas para generar la nulidad prevista en el art. 1418, párrafo 1, Código Civil (de aquí en adelante, C.C.)³³ que se revela en un ámbito parecido, a la luz de los intereses en juego, como una reacción excesiva y sobre todo no correspondiente a la lógica de la proporcionalidad y de la razonabilidad³⁴. Este enfoque parece encontrar sustentación en el *littera legis* que sintomáticamente exige que el Contrato de Red sea estipulado por escrito y deba presentar los contenidos indicados sólo “a los efectos de los cumplimientos publicitarios referidos en el párrafo 4-*quater*”³⁵: éstos dependen de la simple “(in) eficacia” (un término en sí mismo “neutral” y “anfibiológico” no necesariamente

-
- 31 Debe tenerse en cuenta – sobre la base de G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Boloña, 2012, pág. 172 – que el fenómeno masivo de la estandarización de los contratos (tanto de los “B2C” como los “B2B”), ya que restringen la libertad negocial de las partes, ha sido acogido favorablemente en el comercio internacional y en las relaciones entre profesionales: esto debido a que las cláusulas y los modelos *estándar* “simplifican las relaciones individuales, dejan prefigurar los posibles éxitos del contencioso, pueden reproducirse indefinidamente con todas las contrapartes, le permiten hacer una evaluación comparativa rápida de las ventajas y desventajas, ya sea horizontal o verticalmente”.
- 32 Cada vez que el intérprete se enfrenta a relaciones de “forma-contenido” del contrato, sin que al mismo tiempo se indique las consecuencias sancionatorias derivadas de su violación, primero debe determinar si la norma correspondiente tiene o no carácter obligatorio. Tal método es propuesto y seguido (en un caso similar en relación con los contratos para la compra de inmuebles en construcción) también por A. LUMINOSO, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, págs. 718 y ss., que exige, de conformidad, G. ALPA, *Garanzia convenzionale Art. 1517 septies*, en AA.VV. (editado por), *L'acquisto di beni di consumo*, Milán, 2002, pág. 73.
- 33 Así también A. DI LIZIA, *(Contratto di) Rete di imprese. Rassegna e clausole contrattuali*, en *Notariato*, 2012, pág. 294; F. FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, pág. 538; y, antes, F. MACARIO, *Il “contratto” e la “rete”: brevi note sul riduzionismo legislativo*, en *Obbl. contr.*, 2009, pág. 953.
- 34 Sobre la selección del “justo” remedio según “racionalidad” y “proporcionalidad”, ver P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, en *Giusto proc. civ.*, 2011, pág. 3 y ss.; y G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, en *Rass. dir. civ.*, 2011, págs. 665, 667 y ss.
- 35 El contenido de la palabra, de hecho, “son expresamente funcionales al cumplimiento de una carga publicitaria constituido a partir de la inscripción del contrato en el Registro de Empresas” [M. ONZA y L. SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, en A. XERRI (editado por), *Impresa e lavoro nei servizi portuali*, Milán, 2012, pág. 257]. Por lo tanto, la publicidad sujeta por el Contrato de Red tiene una función peculiar “concesionaria” (F. FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, cit., págs. 541 y 547), desde el momento que encuentra la razón de ser “no tanto en el interés de las partes o de los acreedores o de terceros, como en el ánimo de evitar que los participantes puedan disfrutar de manera impropia de beneficios, incluso fiscales, que la ley vincula a la participación en la red”. (M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, cit., pág. 69). Se deriva – como deducción adicional – el valor declarativo (C. BUCCICO, *Strumenti per la crescita economica: il contratto di rete e la sua disciplina fiscale*, en *www.aipdt.it*, págs. 9 y s.) y no ya constitutivo (de lo contrario, A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, en *Contratti*, 2011, pág. 626) de la inscripción en el registro de las empresas, más tarde confirmado por las recientes modificaciones que permitan a la red – que proporcione el órgano común y el fondo patrimonial – para inscribirse en la “sesión ordinaria”, adquiriendo así “subjetividad jurídica” (art. 3, párrafo 4 *quater*, Ley n. 33 citada, modificado por el artículo 36, párrafo 4 *bis*, Decreto-Ley n. 179 de 2012; ver, *retro*, nota 29).

asociado a eventos invalidantes³⁶) del negocio, lo que conduce a descartar que la forma y los elementos apenas enunciados sean solicitados *ad substantiam actus*³⁷.

La idea básica³⁸ es, de hecho, establecer una serie de requisitos que deben ser reproducidos en los acuerdos de cooperación entre empresas que aspiran a calificarse (por así decirlo, “oficialmente”) en términos del Contrato de Red, de conformidad con el art. 3, párrafo 4 *ter*, de la Ley n. 33 citada, a los fines limitados de la inscripción en el Registro de las Empresas (y aún más decisivo) y para el logro de ventajas – principalmente de naturaleza fiscal³⁹ y también administrativas y financieras⁴⁰ – que se les asigna⁴¹, “siendo ésta, si no la única, al menos, la razón principal de las disposiciones bajo exámen”⁴².

- 36 Los dos predicados de “(in)efectividad” e “invalidéz” – aunque relacionados uno con otro, (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pág. 735) – deben distinguirse de manera de no solapar el plano referente al acto con aquel referido a sus efectos. En tal sentido, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2ª ed., Turín, 1955 (1960), pág. 469, señalaba como “Invalidéz e ineficacia [...] representan por tanto la solución que el derecho está llamado a dar a dos *problemas de tratamiento* esencialmente diferentes. La invalidéz es el tratamiento que corresponde a una deficiencia intrínseca de la empresa en su contenido preceptivo; la ineficacia, por su parte, se presenta como la respuesta más adecuada a un impedimento de carácter extrínseco que afecta a la aplicación del reglamento de los intereses en su actuación práctica” (énfasis en el original); así R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, en *Enc. dir.*, XII, Milán, 1972, págs. 576, 582 y s.; y, más recientemente, R. SACCO, *Inefficacia*, en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 2012, agg., V. Turín, 2012, págs. 560 y s.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, en *Id.*, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milán, 2011, págs. 125 y ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2ª ed., Padua, 2010, pág. 385.
- 37 A. DI SAPIO, *I contratti di rete tra imprese*, en *Riv. not.*, 2011, pág. 214.
- 38 Lo cual, entre otras cosas, recuerda muy de cerca aquella presente en el ámbito de las s.n.c. - sociedad en nombre colectivo y de las s.a.s. - sociedad en comandita simple (y, en general, de sociedad de personas “regulares/irregulares”), bajo el cual la falta de indicaciones de los datos previstos por la ley no implica la nulidad (ver, *infra*, § 3), sino sólo la imposibilidad para proceder a la inscripción del acto constitutivo en el Registro de las empresas.
- 39 Con relación al tratamiento fiscal preferencial concedido a las redes de empresas establecidas en forma contractual, ver L. SALVINI, *Le reti di imprese: profili fiscali*, en *Corr. merito*, 2010, supl. al n. 5, págs. 13 y ss.; así como las contribuciones de G. MELIS, *Le agevolazioni tributarie finalizzate all'aggregazione delle imprese e il contratto di rete: alcune considerazioni*, en F. CAFAGGI, P. IAMICELI y G.D. MOSCO (editado por), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milán, 2012, pág. 395 y ss.; y de A. TRIVOLI y L. BAIANI, *I profili tributari del nuovo contratto di rete*, *ivi*, pág. 377 y ss. En actuación del art. 42, párrafo 2 *quater*, Ley n. 122 de 2010, se promulgó el Decreto Ministerial de 25 de febrero 2011 que ha dictado los criterios para la identificación de los organismos que son expresión del Asociacionismo empresarial habilitado para el Programa de Red (art. 3), que determina el acceso a la mencionada tributación. En discusión, F. ROMANO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economia italiana*, cit., pág. 77.
- 40 El art. 3, párrafo 4 *quinquies*, amplía a las redes los beneficios financieros, administrativos y de investigación ya previstos por los Distritos productivos en el art. 1, párrafo 368, letra b, c y d, de la Ley de 23 de diciembre de 2005, n. 266.
- 41 De hecho, “La condición para la percepción de los beneficios fiscales es la sujeción del contrato único en el caso legal” (A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, cit., pág. 621), siendo más que manifiesto el propósito legislativo de dirigir selectivamente – y no, en cambio, de distribuir “de forma copiosa” – los recursos de incentivos, subvenciones y, en general, la facilitación destinada a las redes.
- 42 M. MALTONI y P. SPADA, *Il “Contratto di Rete”*, en *Studi mat.*, 2011, pág. 1195. Evidencian también la finalidad eminentemente promocional del nuevo caso de negociación E. BRIGANTI, *La nuova legge sui “contratti di rete” tra imprese: osservazioni e spunti*, cit., pág. 192; M. D’AURIA, *Dal concetto di rete di imprese al contratto di rete*, en *Corr. merito*, 2010, supl. al n. 5, pág. 17; así como G. VILLA, *Il coordinamento interimpresitoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, en P. IAMICELI (editado por), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., pág. 113, según la cual debe “asignarse a la elección del legislador de 2009 un significado restringido y funcional de las disposiciones particulares de aquella intervención normativa, que tiene por objeto la concesión de las redes modeladas según el esquema estipulado en la ley de los beneficios que se han mencionado anteriormente”.

Diversamente, si se aceptara, razonando *argumento en contrario*, la imperatividad de las previsiones de “forma-contenido”, es decir, adecuadas por lo tanto, para conformar el poder de autoreglamentación de los privados, se llegaría al absurdo de abrogar, por estar viciados de nulidad, cualquier mecanismo convencional de colaboración entre las estructuras empresariales de naturaleza “reticular”, que se alejan del paradigma legal; sin embargo, como se ha señalado, intencionalmente por la doctrina autorizada, tal enfoque, “además de no encontrar justificación en la letra de las disposiciones bajo examen, las cuales no indican excepciones expresas al principio de la autonomía privada, terminaría por colapsar, sin una razón o justificación, las facultades de las empresas para organizar su propia actividad a través de esquemas de negociación más útiles para el caso concreto e ignorar la circunstancia que las redes han venido formando a través de la utilización de instrumentales contractuales diversificados”⁴³.

No se encuentran, por lo tanto, razones para excluir que, el Contrato de Red, así llamado, “reconocido”⁴⁴ o “regular” y en tanto, dotado de un contenido que coincide con el cristalizado en el párrafo 4-ter, pueda convivir con otras revelaciones “atípicas”⁴⁵ de redes – previa verificación del mérito de los intereses que persiga previstos en el art. 1322 del C.C.⁴⁶ – del todo válidos y eficaces⁴⁷ y que resguarda solamente la incapacidad de aprovechar la mencionada legislación promotora⁴⁸.

43 G.VILLA, *op. cit.*, pág. 112.

44 Así M. MALTONI y P. SPADA, *Il “Contratto di Rete”*, cit., pág. 1196.

45 El término “atípico” se utiliza de manera incorrecta a sabiendas: no se trata de una verdadera y propia atipicidad, sino sólo de diferencias con el paradigma legal, ya que como se había previsto (ver, *retro*, § 1) – en el Contrato de Red no estaba todo escrito. Muy útil resultan, en este sentido, las consideraciones escritas por M. ORLANDI, *Condizioni generali e reti atipiche*, en P. IAMICELI (editado por), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., pág. 91, que reconoce la importancia de las redes “atípicas” o “irregulares”, es decir de relaciones que se apartan del modelo formal impuesto por el legislador. Ver además, A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, cit., pág. 621, nota 36: “No creo que el Contrato de Red introducido por la nueva ley excluya otros tipos de la misma clase. Eso excluye la posibilidad de estipular contratos de red extranjera de tipo legal. En resumen: *inclusio unius* aquí no significa *exclusio alterius*. No se vería el motivo: establecer relaciones de ‘red’ es lícito. Se aplica el principio de atipicidad permisible dentro de los límites de la legalidad. Obviamente sin embargo, sólo en los contratos de red estipulados en el sentido de la ley en materia están relacionados los efectos, y por encima de todas las providencias y beneficios, de que la ley dispone”; y, P. ZANELLI, *Reti di impresa: dall’economia al diritto, dall’istituzione al contratto*, cit., pág. 956: “la Ley n. 33 de 2009 no establece que el Contrato de Red dictado en ella sea la única forma de red admisible en nuestro ordenamiento legal: configura sólo los aspectos jurídicos de una de las posibles redes”.

46 Sobre la centralidad del juicio de mérito referido a la causa del contrato y destinado a operar en relación con cualquier manifestación concreta de autonomía negocial, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Nápoles, 2006, págs. 347 y s.; así como M. PENNASILICO, *Sub art. 1322*, en G. PERLINGIERI (editado por), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, t. 1, 3ª ed., Nápoles, 2010, pág. 390.

47 Como parece confirmar C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell’attività d’impresa*, cit., pág. 118, cuando sostiene que “Las redes son formas de ejercicio de la iniciativa económica colocadas fuera de normas expresas (aptas para seleccionar disciplinas y basar juicios de licitud sobre la empresa y sobre el contrato) y, también, de un posible razonamiento jurídico en términos de tipicidad, sin embargo, para ser justos, deberán conformarse a, si no actuar sobre, la utilidad social”.

48 “En resumen, la falta de uno o más de los requisitos impuestos por la ley no debe dar lugar a la nulidad del Contrato de Red, sino, sin perjuicio de la eficacia del vínculo en el nivel de las relaciones privadas, sólo debe impedir el acceso a los beneficios” (F. FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, cit., págs. 540 y s.). También G.VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, cit., pág. 953, deja claro que el marco legislativo en particular no pretende prohibir a las partes regular convencionalmente la red de modo alternativo o frustrar cualquier iniciativa que se plantee fuera del esquema legal, siendo en cambio establecido sólo para el reconocimiento de los beneficios

Sin silenciar, también, el hecho de que, ante la (eventual declaración de) nulidad del Contrato de Red no en línea, con respecto a los requisitos legales, sería posible hacer uso – allí donde se persigan los presupuestos⁴⁹ – del mecanismo de conversión previsto en el art. 1424 del C.C., recuperando del Contrato de Red nulo, los efectos de un negocio diferente: por ejemplo, de un consorcio, como plenamente admisible “en el caso de Contrato de Red de carácter externo patrimonialmente estructurado con un fondo común, respecto al cual se haya superado con éxito la prueba de ‘compatibilidad’ que el art. 3, párrafo 4 *ter*, letra c) requiere para la aplicación de los art. 2614 y 2615 del C.C.”⁵⁰.

La nulidad por falta de conformidad con el *cliché* legal puede, en fin, ser excluida sobre la base de un ulterior argumento. Los vínculos de “forma-contenido” pretendidos por el legislador, en los cuales no se encuentran requisitos de protección⁵¹, sino más bien constituyen una expresión de un “Neoformalismo” de negociación de derivación europea⁵², reclaman un formalismo más antiguo y ya en

reservados a las empresas participantes. En todo caso, el autor añade, “el hecho de que los beneficios dependan de una autorización administrativa, la cual presupone un Contrato de Red correspondiente al expuesto en el párrafo 4-*ter*, sin duda, influirá en la práctica e inducirá a las partes interesadas a que cumplan con las opciones normativas con gran frecuencia; sin embargo, esto no hace al modelo ahora acogido por la ley instrumento único y necesario para regular la coordinación entre empresas”. Por otra parte, ya se había manifestado la necesidad de promover la emancipación y la evolución de las así llamadas “proto-redes” en redes estables y más estructuradas [E. RULLANI *La mappa delle reti: vedere l’economia reale con altri occhi*, en AA.Vv. (editado por), *Fare reti d’impresa. Dai nodi distrettuali alle maglie lunghe: una nuova dimensione per competere*, Milán, 2009, pág. 5].

- 49 G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, en *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milán, 2012, spec. págs. 53 y ss.; también S. POLIDORI, *Sub art. 1424*, en G. PERLINGIERI (editado por), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, t. I, cit., pág. 1051.
- 50 C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, cit., pág. 135, nota 27.
- 51 Los requisitos formales dictados en mérito al Contrato de Red no tiene una finalidad de protección, ya que no prevén remediar las asimetrías legales y económicas (de carácter informativo, económico o relacional) entre las partes que – en una relación establecida sobre base reticular – son meramente eventuales. Ver sobre el punto, E.M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, cit., pág. 66; así como M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, cit., pág. 935. Esto lleva a la conclusión de que el Contrato de Red extraño a la figura del así llamado “tercer contrato” [si es que esa categoría doctrinal presenta una utilidad real: de hecho, en ese sentido véase la amplia y motivada crítica expresada por P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, en P. PERLINGIERI y L. RUGGERI (editado por), *Diritto privato comunitario*, II, Nápoles, 2008, pág. 401; en P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, en G. GITTI y G. VILLA (editado por), *Il terzo contratto. Asimmetrie di potere contrattuale e imprenditori deboli*, Boloña, 2008, págs. 265 y ss.; y en G. D’AMICO, *La formazione del contratto*, *ivi*, págs. 37 y ss.], diseñada para reconocer la existencia de desequilibrios que deben corregirse incluso en el área de la contratación entre empresas. Sin embargo, no hay duda de que deberían, en concreto, aplicar los principios deducidos de la legislación que protege al empresario “débil” (*in primis* la prohibición del abuso de dependencia económica ex art. 9, Ley del 18 de junio de 1998, n. 192, que – como se sabe – trasciende los límites de subcontratación: ver, para todos, D. MANTUCCI, *Profili del contratto di subfornitura*, cit., págs. 317 y ss.), donde se puede justificar: “No se observa, en efecto, porque en ese [en el Contrato de Red] se crea un abuso de dependencia económica, o una vejación del afiliado comercial, o una violación de las normas obligatorias sobre la distribución, o algún otro evento de la protección jurídica en las relaciones entre empresas (competencia desleal, por ejemplo), las respectivas normas de protección no deban aplicarse” (así A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, en *Obbl. contr.*, 2010, pág. 89). Ver, también, M.R. MAUGERI, *Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline*, en P. IAMICELI (editado por), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., págs. 307, 311 y s.; O. DE CICCO, *Imprenditore “debole” o mercato “debole”? (reti di imprese e obblighi di protezione)*, en *www.orizzontideldirittocommerciale.net*, págs. 11 y ss.; y más recientemente F. LONGOBUCCO, *Abuso di dipendenza economica e reti di imprese*, en *Contr. impr.*, 2012, págs. 390 y ss., pero específicamente pág. 393 y ss.
- 52 En este sentido, es útil recoger la exhortación de F. ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell’imprenditore debole, en *Obbl. contr.*, 2012, pág. 10, que advierte contra la “omnipresencia” del así llamado “Neoformalismo”, que induce al intérprete a rastrear las características distintivas ante cualquier predicción formal, aun cuando estos propósitos expresen finalidades distintas a las que se encuentran en materia de consumo y, en cualquier caso, no de

uso en el derecho comercial que muy a menudo (y desde tiempos “insospechados”) utiliza la técnica de especificar el *vestmentum* y los elementos que deberán incluirse en apoyo a un modelo contractual en particular:

En su formulación concreta, de hecho, el art. 3, párrafo 4 *ter*, de la Ley n. 33 citada, en el solicitar la forma solemne del acto público, de la escritura privada autenticada o del documento electrónico firmado digitalmente, en uno con otros contenidos normativamente predeterminados, no se distingue de las disposiciones por cierto más *agée* (las cuales – queriendo recordar sólo algunas – los art. 2295, 2328, 2463, 2518 y 2603 del C.C.) que codifican las bases fundamentales de los actos constitutivos de los principales prototipos societarios y, más en general, de algunos de los sistemas más difundidos de desarrollo en forma colectiva de la actividad de la empresa (s.n.c. - sociedad en nombre colectivo, s.p.a. - sociedad por acciones, s.r.l. - sociedad de responsabilidad limitada, sociedad cooperativa y consorcio).

III. IDENTIFICACIÓN DEL “CONTENIDO MÍNIMO ESENCIAL” QUE DEBE ALCANZAR UN ACUERDO PARA QUE SE PUEDA INTEGRAR UNA “RED” (CONTRACTUAL) PARA LOS EFECTOS DE LEY.

Definida la función y el alcance de atribuir a los *standards* de contenidos elaborados sobre una base legal, se debe identificar lo que – más allá de las distintas indicaciones normativas – el “contenido mínimo esencial”⁵³ efectivo real que debe generar un acuerdo que aspire a integrar un Contrato de Red y para acceder a los correspondientes beneficios, sobre todo con el fin de comprobar si los elementos de la lista (en la letra *a* a la *f*) en el apartado tercero del párrafo 4 *ter* resultan todos de la misma manera impuestos, como a primera vista podría sugerir la perentoriedad de la frase utilizada en el texto (“*debe indicar*”).

La duda es legítima, sobre todo si se tiene en cuenta el hecho de que no faltan precedentes en este sentido.

En cuanto al art. 2295 del C.C. el cual – empleando un mecanismo conceptualmente muy cercano a aquel citado en el art. 3, párrafo 4 *ter* – predispone el contenido necesario del acto constitutivo sólo a los efectos de la inscripción en el Registro de la empresa⁵⁴; en el sentido de que sólo la sociedad en nombre colectivo

protección. Por lo tanto, no es por otra parte posible compartir la ecuación que relaciona a la inobservancia de los vínculos formales siempre y cuando se dé la invalidez del acto (así S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, en *Enc. dir.*, Annali, IV, Milán, 201 I, págs. 778 y s.).

53 Haciendo referencia a la frase acuñada por la doctrina calificada (F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1916, II, pág. 310) para identificar los elementos de contenido sobre los que se debía necesariamente intervenir en el *in idem placitum consensus* de las partes de modo que se podría decir eficaz (es decir concluso) un contrato determinado. Sobre el contenido “mínimo” del contrato, ver también E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padua, 1931, pág. 63 y ss.

54 S. DE MATTES y G. DONGIACOMO, Sub art. 2295, en G. PERLINGIERI (editado por), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, V, t. I, cit., pág. 1052; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 3ª ed. Actualizada de A. Blandini, Milán,

que persiga cumplir tal carga publicitaria (y, a través de esto, obtener el crisma de la “regularidad”) está sujeta a respetar ciertas instrucciones de redacción. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han aclarado que la ausencia de requisitos identificados en la referida disposición del Código – en este caso uno de los mencionados en los nn. 3, 6 y 8 (indicación de los socios investidos del poder de administración y de representación; de las contribuciones de cada socio, del valor que se les atribuye y de los modos de evaluación; de las normas sobre la distribución de los beneficios y la cuota de participación de cada socio en las ganancias y pérdidas) – no sólo no afecta a la validez del contrato de la sociedad en nombre colectivo, sino que no es un obstáculo para el registro, debiéndose, de hecho, en principio, considerar no esenciales “las indicaciones cuya falta es suplida por una norma de ley”⁵⁵.

Similarmente a tal situación, no parece que cualquier omisión y/o vacío de las cláusulas del Contrato de Red en relación con la (presunta) cláusula obligatoria esté en grado de impedir la inscripción en el registro de las empresas del *network*, perjudicando la eficacia y la adquisición de las respectivas ventajas administrativas, financieras y fiscales, especialmente allí donde se prospecte – como se tratará de demostrar de aquí en adelante – la posibilidad de llenar las lagunas reglamentarias en clave interpretativa, obteniendo *aliunde*, es decir, desde otros contextos normativos, la disciplina complementaria relativa.

Por el contrario, hay que indicar los elementos que resultan ser verdaderamente “caracterizantes”, es decir, idóneos para distinguir el Contrato de Red, bien sea porque están íntimamente vinculados a la misma definición legal o porque son instrumentales en función del (posterior) control administrativo del cual depende el disfrute de los beneficios públicos.

Bajo esta óptica, primero asume valor decisivo la identificación de los participantes – originarios o sobrevenidos – a través de la explicación de los índices (por lo menos, de aquellos considerados *sub* letra *a* como el nombre, la empresa, la razón o la denominación social⁵⁶), útiles para delimitar el equipo de los así llamados “titulares de la red”⁵⁷, sino sobre todo para certificar la calificación emprenditorial de los

2011, pág. 157.

55 S. DE MATTEIS y G. DONGIACOMO, *op. cit.*, págs. 1052 y s.; B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milán, 2009, pág. 179; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, cit., pág. 59.

56 A esto hay que añadir – consecuencia de la novedad insertada en el art. 45, párrafo I, Decreto-Ley n. 83 de 2012, modificado y convertido en la Ley n. 134 de 2012 – “la denominación y la dirección de la red, donde se estipula la creación de un fondo patrimonial común” (que en sí sigue siendo opcional).

57 Sobre las principales cuestiones de interpretación planteadas por la disposición subjetiva, ver A. DI SAPIO, *I contratti di rete tra imprese*, cit., págs. 206 y ss.; E.M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, cit., págs. 59 y ss.; A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, cit., págs. 621 y s.; además P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padua, 2012, págs. 87 y ss.

componentes individuales que, por tanto, se erige al atributo básico de modo que pueda ser una cuestión de "red" a cualquier efecto legal⁵⁸.

Igualmente es esencial "la indicación de los objetivos estratégicos de innovación y de aumento de la capacidad competitiva de los participantes" (letra b). Tal aspecto es, de hecho, esencial para dar a conocer al externo el "objetivo-finalidad" perseguido: genéricamente "Con el Contrato de Red más empresarios persiguen el objetivo de facilitar, de forma individual y colectivamente, su propia capacidad de innovación y su competitividad en el mercado" (art. 3, párrafo 4 *ter*)⁵⁹, corresponde a los contrayentes aclarar y dar concreción a la causa que permea la *fattispecie* negocial puesta en marcha a través de la definición de la función que se desea efectivamente reconocer⁶⁰. La determinación de las metas de la actividad a desarrollar en red va, también, interpretada con la intención de hacer tangible y medible *ab externo* (sobre todo por parte del organismo público encargado del control) el progreso hacia

58 En virtud de la falta de calificación empresarial de los así llamados "Titulares de la Red", E.M. TRIPPUTI, *op. cit.*, pág. 60, se refiere a – aunque, en la opinión de quien escribe, en modo que no es compartida – "la nulidad de la participación individual y, posiblemente, de todo el contrato, si la participación defectuosa debe considerarse esencial, de conformidad con el art. 1420 del C.C.". En una perspectiva de *iure condendo*, C. PATRIARCA, *La "costituzione" delle reti d'impresa*, en AA.VV. (editado por), *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, cit., pág. 93, no descarta "que, a efectos de promoción de la apelación a la relación de colaboración que se trata, el legislador pueda, en el futuro, por normas especiales o excepcionales predecir, como ya se hizo para los consorcios [...], las redes llamadas 'mixtas', en las que podrán participar otras personas privadas de la calidad de empresario". En cuanto a la accesibilidad del contrato de red como en otros entes *non profit*, G.M. COLOMBO, *Per una "rete" di enti non profit, in Enti non profit*, 2012, n. 1, pág. 7 y ss.

59 Muchos observan en la proposición reescrita una "verdadera *expressio causae*" [C. CAMARDI *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, en *Contratti*, 2009, pág. 930; F. SCAGLIONE, *Il contratto di rete quale nuovo strumento di collaborazione tra imprese*, en P. GRASSELLI (editado por), *L'impresa e la sfida del bene comune*, Milán, 2011, pág. 190], no limitándose en lugar de reconocer el carácter puramente descriptivo o de lo contrario carente de valor connotativo (E.M. TRIPPUTI, *op. cit.*, pág. 63; C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, en *Contratti*, 2009, págs. 963 y s.). No en vano, se registra la "neutralidad" en términos causales de la disciplina normativa que "no dice nada acerca del carácter de lucro o de mutualidad de la red" (F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: "learning by doing"?*, cit., pág. 1145), que, por lo tanto, se presta a una pluralidad de declinaciones, de una manera similar – y queriendo aventurar una comparación – a lo que sucede en la cesión de crédito, puesto que "No hay justificación causal constantemente presente en cada acto de traspaso del crédito (1260-1267). La transferencia se lleva a cabo, de acuerdo con múltiples justificaciones causales, mediante el uso de esquemas (típicos o atípicos) de la negociación de los derechos [...]" (P. PERLINGIERI y D. VALENTINO, en P. PERLINGIERI y AA.VV., *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., Nápoles, 2007, pág. 268; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, en *Comm. C.C. Scialoja y Branca*, Boloña-Roma, 1982, pág. 34).

60 Esto es aún más importante si se tiene en cuenta las trampas que acechan en la causa concreta del Contrato de Red que pueden incluso interferir con las regulaciones *antitrust*. No se excluye – especialmente a la luz del amplio espectro fenomenológico dentro del cual puede deducirse la "colaboración" entre las empresas participantes (considerar, en particular, el intercambio de información o de realización de una actividad industrial, comercial, técnica o tecnológica) – que la red, suponiendo una impropia estampa anticompetitiva directa para distorsionar y/o restringir el juego competitivo, pueda ocultar o dar vida a una intensa restricción de la competencia o a una concentración (ver M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milán, 2012, págs. 133 y s.). Esta observación también ha sido detectada por D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, en *Riv. dir. comm.*, 2010, pág. 804, que indica el "peligro de que el contrato [de red] se califique como un acuerdo contrario a las normas *antitrust*". Sobre los problemas de compatibilidad – completamente descuidados por la legislatura – de la red con la legislación antimonopolio, consultar la Comunicación de la Autoridad garante de la competencia y el mercado de 16 de mayo de 2011, n. 22362, en *Boll. Aut. conc. merc.*, 2011, n. 17-201; e, en doctrina, M. ONORATO, *op. cit.*, págs. 135 y ss.; G. VILLA, *Il contratto di rete*, en G. GITTI, M. MAUGERI y M. NOTARI (editado por), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, garanzia*, Boloña, 2012, págs. 503 y s.; A. GENOVESE, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, en *Contr. imp.*, 2012, págs. 725 y ss.; C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, cit., págs. 127 y s.; E.M. TRIPPUTI, *op. cit.*, págs. 87 y s.; así como G. OLIVIERI y P. ERRICO, *Contratto di rete e diritto antitrust*, en F. CAFAGGI, P. IAMICELI y G.D. MOSCO (editado por), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., págs. 367 y ss.

los objetivos planteados, que se traduce en la selección de criterios e indicadores (llamados “métricas del proyecto”) adecuados para evaluar la *performance* del grupo.

Bajo estas circunstancias, en caso de ausencia o de vacío del marco estratégico y de medición, el contrato de la red concebido por las partes – si bien no nulo⁶¹ – no sería subsumido en el modelo (abstracto) prefigurado por el legislador para conformar la coordinación entre las empresas y auspiciado por la ley.

Seguramente, que el mismo escenario se produzca, también, cuando la meta – también contemplada – demuestre ser *ab origine* evidentemente imposible o irrealizable⁶², o – para no ser ignorado – sólo individual y no colectivamente⁶³. De ahí la invitación, bajo el perfil de la redacción del contrato, a un “diseño nítido de un objetivo que la misma red se pone [...] que debe ser precisamente articulado [...]”⁶⁴. Por lo tanto, se confirma así la centralidad del papel desempeñado por el Notario escribiente⁶⁵ cuya tarea – cuanto más delicada en el caso de la primera aplicación del Instituto – de traducir y adaptar a la correcta formalidad técnico-jurídica las intenciones y las voluntades de las partes⁶⁶. Por otro lado, emerge la oportunidad de una ayuda a la función notarial por parte de otros profesionales, desde el momento en que las contribuciones y los aportes de expertos de otras disciplinas (por ejemplo, economistas, empresarios, estadísticos, econométricos, expertos en gestión de proyectos, estrategias de *marketing* y de negocios, analistas financieros, etc.) en el diseño de la negociación aparecen indispensables en contextos similares, faltando a menudo al jurista los conocimientos adecuados (debe considerarse, para todos,

61 C. SCOGNAMIGLIO, *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese*, en P. IAMICELI (editado por), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., págs. 73 y ss.

62 Para lo más “[...] el Contrato de Red que prefigura un programa de actividad inviable (objetivos estratégicos que comienzan totalmente fuera de los que sean razonablemente posibles para las partes, incluso, hipotéticamente, a la luz de la insuficiencia de los fondos comunes; actividades comunes, forman la base de la red, al contrario, radicalmente extraña a aquellas llevadas a cabo, y realizables, por los contratistas) se ejecutará en un juicio de nulidad por falta de exigencia del requisito de la causa”: C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, cit., pág. 965.

63 Este último es un punto clave del Contrato de Red, en cuanto el reglamento contractual (y, sobre todo, el Programa de Red del que hablaremos en breve) debe articularse con el fin de satisfacer; al menos potencialmente, el progreso colectivo – aunque no necesariamente igual o contextual – de las partes (que también deben ser objeto de medición y retroalimentación sobre la base de criterios objetivos) hacia los objetivos de crecimiento prefijados.

64 Así M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, cit., pág. 71 quien señala que “Las primeras experiencias prácticas ya han demostrado que esta parte del contrato representa el núcleo esencial de las negociaciones y que a los términos inherentes es necesario prestar especial atención, ya que el mismo, en última instancia, determina ‘cómo se hace red’ en el caso específico”.

65 M.N. IANACCONE, *Il Contratto di Rete e il ruolo del notaio*, en AA.VV. (editado por), *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, cit., págs. 121 y ss.; A. DI SAPIO, *I contratti di rete tra imprese*, cit., pág. 217; C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, cit., pág. 134; F. CIRIANNI, *La costituzione del contratto di rete: aspetti operativi*, en *Corr. merito*, 2010, supl. al n. 5, pág. 25; además *Id.*, *Il contratto di rete*, en *Notariato*, 2010, pág. 442.

66 Sobre la llamada “función notarial de adecuación”, ver G. CASU, *Sub art. 1*, en *Id.* y G. SICCHIERO (editado por), *La Legge notarile commentata*, 2ª ed., Turín, 2010, págs. 8 y s.; M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, 2ª ed., 2007, págs. 101 y ss.; F.D. BUSNELLI, *Ars notaria e diritto vivente*, en *Riv. not.*, 1991, págs. 1 y ss.; también, especialmente con respecto a la adaptación del contenido del Contrato a los valores constitucionales, V.E. CANTELMO, *Profilo costituzionale e tipicità della funzione notarile*, *ivi*, 1975, pág. 1125 y ss.

las habilidades necesarias para la selección y la configuración de los criterios antes mencionados para medir el crecimiento colectivo).

Es también en *re ipsa* la centralidad de la definición del así llamado “Programa (común) de Red” (letra c), sobre la base de que los usuarios de redes están obligados “a cooperar en las formas y en los ámbitos predeterminados relacionados con el ejercicio de sus empresas o para el intercambio de información o de realización de una actividad industrial, comercial, técnica o tecnológica que todavía esté en ejercicio, en común a una o más actividades incluidas en el ámbito del negocio”. La integridad y la claridad del reglamento pactado sobre este cambio fundamental⁶⁷ se explica en razón del estrecho vínculo que une el componente programático (*id est*, la exposición de la “finalidad medio”), así como con el perfil causal, con el objeto mismo del Contrato de Red, valiéndose de circunscribir – entre las múltiples conductas en las que se puede exteriorizar la colaboración entre empresarios⁶⁸ – el conjunto de todos los servicios que las partes se comprometen a llevar a cabo en concreto⁶⁹. Tan cierto es que la referida centralidad del Programa de Red en la economía empresarial no tolera una ilustración genérica, sino más bien un detallado y más respetuoso uso de las informaciones proyectuales que – por voluntad de la ley – deben expresar infaliblemente: por un lado, la enunciación de los derechos y de las obligaciones de cada participante⁷⁰ y, en segundo lugar, las modalidades de cumplimiento de la meta común. Si bien es cierto, por lo tanto, que la presente *fattispecie* bajo exámen, se caracteriza “por niveles relativamente altos de incompletitud contractual, para definirse después del establecimiento de la red en la aplicación del programa”⁷¹, no es menos cierto que la descripción faltante de “patrones de conducta específicos y determinados”⁷² y las diferentes posiciones dentro del *network* haría demasiado indeterminado el objeto⁷³: en esencia, el

67 F. CIRIANNI, *La costituzione del contratto de rete: aspetti operativi*, cit, pág. 445.

68 En cuanto al componente objetivo del Contrato de Red, ver F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: “learning by doing”*, cit., págs. 1146 y ss.; A. DI LIZIA, *(Contratto di) Rete di imprese. Rassegna e clausole contrattuali*, cit., págs. 282 y ss.

69 El objeto del contrato entendido como fase del desempeño deducido en el Reglamento de negociación y que cada una de las partes del acuerdo están obligados a llevar a cabo en cumplimiento del compromiso, P. PERLINGIERI y F. CRISCUOLO, en P. PERLINGIERI y AA.VV., *Manuale di diritto civile*, cit., pág. 382; R. CALVO y A. CIATTI, *Istituzioni di diritto civile, I, Diritto patrimoniale comune*, Milán, 2011, pág. 388. Más en general, ver G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, en ID. y G. VILLA (editado por), *Il terzo contratto. Asimmetrie di potere contrattuale e imprenditori deboli*, cit., págs. 83 y ss.

70 Para una revisión de los principales derechos y obligaciones deducibles del Contrato de Red, E.M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, cit., págs. 70 y s.; F. CAFAGGI y M. GOBBATO, *Rischio e responsabilità nella rete*, en F. CAFAGGI (editado por), *Il contratto di rete. Commentario*, Boloña, 2009, pág. 92 y ss. Sin embargo, es útil repetir que las prestaciones con cargo a los participantes individuales deben ser tales que permitan la participación “coral” – aunque por razones diferentes y con diferentes modalidades o volúmenes de compromisos – a la actividad de la red, queriendo con esto evitar el “free riding” por parte de una o varias empresas que pudieran comprometer la “colaboración competitiva”, que connota las redes contractuales incentivadas por la ley.

71 F. CAFAGGI y P. IAMICELI, *La governance della rete*, en F. CAFAGGI (editado por), *op. ult. cit.*, pág. 46.

72 C. CAMARDI *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, cit, pág. 931.

73 Sin embargo, según M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, cit., pág. 72, de acuerdo con los principios generales, sería igualmente posible que el objeto no esté determinado, pero sea sólo determinable, con el derecho de apelación en tal caso en forma de arbitraje de conformidad con

ordenamiento pretende subordinar el régimen favorable al conocimiento o a la habilidad de conocer las dinámicas negociales elegidas, exigiendo que el programa sea capaz de demostrar la “seriedad” de la red para justificar a la vista de la persona pública la utilidad e idoneidad de la operación negocial perfeccionada.

IV. ELEMENTOS DE CONTENIDO (OBLIGATORIOS PERO) NO “ESENCIALES”: POSIBILIDAD DE LLENAR LOS EVENTUALES VACÍOS EN LOS ACUERDOS A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN EN VÍA SUPLETORIA DE LAS NORMAS RELATIVAS A CONSORCIOS, SOCIEDADES Y CONTRATOS EN GENERAL.

Subsisten, sin embargo, otros elementos de contenido que, a pesar de estar en el catálogo legislativo, parecen facultativos, es decir, no indispensables, desde el momento que no son capaces de comprometer la fisonomía de la fattispecie contractual dejándola – a los efectos de control administrativo – carente bajo el perfil causal u objetivo.

A menudo, de hecho, donde las partes han omitido de regular ciertos aspectos de la red es posible recurrir en vía supletoria a otros registros normativos que – con creciente aproximación y siempre según el caso⁷⁴ – son identificables en la disciplina de los consorcios⁷⁵; en la de las sociedades⁷⁶; y, *de residuo*, en aquella del

el art. 1349 del C.C. “de acuerdo con la adaptación del contenido de dichas obligaciones al entorno económico cambiante en el que la red está llamada a operar”.

- 74 De hecho, la propia naturaleza de las obligaciones asumidas por los Titulares de la Red y de las fórmulas organizativas que utiliza la red puede impedir la referencia a las normas mencionadas en el texto, así como dar lugar a la operatividad de las disciplinas relacionadas con otros y más específicas negociaciones (por ejemplo, unión temporal de empresas, agrupación europea de interés económico, contrato de *joint venture*, franquicias, subcontratación, asociación en participaciones, etc.).
- 75 Los puntos de convergencia entre Contrato de Red y consorcio son evidenciados por A. PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, cit., págs. 399 y ss.; y en G. MARASÀ, *Contratti di rete e consorzi*, en *Corr. merito*, 2010, supl. al n. 5, págs. 9 y ss. Se centra en las similitudes y (diferencias) también R. SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, en *Riv. dir. civ.*, 2011, I, págs. 332 y ss., que viene a configurar la red como un “consorcio de derecho especial” (págs. 339 y 344); por su parte D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, cit., págs. 798 y s., partiendo de la premisa que “el contrato [de red] no es más que un tipo especial de consorcio”, afirma que “El propósito del Contrato de Red, como del contrato de consorcio, es un propósito mutuo [...]”; contra G.D. MOSCO, *Il contratto di rete dopo la riforma. Che tipo!*, en F. CAFAGGI, P. IAMICELI y G.D. MOSCO (editado por), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., págs. 33 y s., para quien la cuestión es de cifras similares, pero que conservan cada una su autonomía. Ciertamente, la homogeneidad de la red con el consorcio hace que la normativa del consorcio pueda ser invocada para hacer frente a las deficiencias del regulador (la ley y/o) de las partes y así proceder a la identificación de la disciplina del caso concreto. En este sentido, ver C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, cit., pág. 146, según el cual “[...] la normativa en materia de consorcios podría a menudo ser de ayuda ante deficiencias y ambigüedades de la ley de Contrato de Red [...]”; también G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, cit., pág. 948, nota 7. Basado con esta convicción, no es necesario admitir – como lo hace D. CORAPI, *op. cit.*, pág. 802 – que “hubiera sido más sencillo y más útil [...] que el legislador tuviese explícitamente calificados los contratos de red como contratos de consorcio virtud de los art. 2602 y siguientes del C.C., por lo que es aplicable a estos contratos de forma inmediata y sin dudas ni contraste de las reglas, no sólo las leyes, sino también la práctica contractual pasada a jurisprudencia ya ha elaborado para los consorcios”.
- 76 Para F. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, cit., pág. 352, “en ausencia de un estatuto de la red” y, en general, de las estimaciones de las normas contractuales del funcionamiento de la organización de red, sólo puede hacerse uso de los principios generales que se pueden derivar de la organización legal de las sociedades de capitales o cooperativas para resolver los inevitables problemas de interpretación y conflictos endo-asociativos previstos para la ejecución del contrato”.

contrato en general⁷⁷ (como está implícito en el art. 1323 del C.C.), a condición de que las normas de derecho contractual común sean compatibles⁷⁸ con la naturaleza “asociativa” o “plurilateral con comunión de propósito”⁷⁹ del Contrato de Red⁸⁰.

A raíz de tal razonamiento, difícilmente podría ser negado el registro (y/o la Certificación⁸¹) de una red, de modo que si falta la duración del contrato⁸² o de los procedimientos para la adhesión de otros empresarios (letra d), tal como aparece

77 Como explica P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., págs. 341 y ss., la dicotomía, propuesta en la doctrina, entre la disciplina general del contrato y las disciplinas individuales de los llamados contratos típicos debe redimensionarse, no obstante la interdependencia que existe entre los dos *corpus* normativos y que hace “Si que la disciplina de un contrato único no es exhaustiva, sino que debe ser completada con las disciplinas del contrato en general y de la situación patrimonial” (pág. 344). De lo contrario, “la parte general del contrato y, aún más, los principios generales de derivación no sólo del Código, sino también los especiales y comunitarios, se arriesgan a no encontrar aplicación adecuada” (págs. 342 y s.); por lo tanto, “Tal posición, que separa la disciplina del contrato en general y de la disciplina de los contratos individuales particulares, no es aceptable, porque el particular no puede sino incluirse en el general. La ‘disciplina particular’ no excluye su inclusión en el sistema, sino que lo presupone: no se puede localizar la disciplina del contrato individual si no se lo coloca en la disciplina general del contrato y, más ampliamente, en el sistema representado por todo el ordenamiento jurídico” (pág. 344). La centralidad cubierta por las “normas generales de contrato” es ampliamente apoyada, además, por G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Nápoles, 1997, págs. 56 y ss.

78 El límite de la “compatibilidad” evoca el arte esculpido en el art. 1324 del C.C. del que depende la aplicación (directa y no analógica: sobre el punto, G. BENEDETTI, *op. cit.*, págs. 13 y s., 87 y ss.) de las normas que rigen los contratos también a los actos unilaterales entre vivos que tienen contenido patrimonial. Un paralelismo inmediato con el mecanismo del código de *quo* rastrea donde se dispone que “al fondo patrimonial se aplican, cuando sea compatible, las disposiciones de los artículos 2614 y 2615, segundo párrafo, del Código Civil” (art. 3, párrafo 4 *ter*, n. 2) dictado en tema de consorcios; que “para la redacción de la situación patrimonial, el organismo común observa “cuando sea compatible, las disposiciones relativas al balance de ejercicio de la sociedad por acciones [...]”; y que “se aplica, cuando sea compatible, el artículo 2615-bis, párrafo tercero, del Código Civil” de nuevo alegando la normativa del consorcio (art. 3, apartado 4 *ter*, n. 3). Según esta lógica, se afirma – con un nivel más alto de abstracción – que la aplicación como medida complementaria a la red de normas establecidas para determinados tipos de contratos se permite la evaluación positiva previa de compatibilidad que requiere en primer lugar que las previsiones de vez en cuando consideradas se suman al *genus* de los contratos asociativos con comunión de propósito.

79 Para un marco reciente de la categoría, M. D’AMBROSIO, *Partecipazione e attività. Contributo allo studio delle associazioni*, Nápoles, 2012, págs. 23 y ss. Según una enseñanza consolidada (F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, en *Enc. dir.*, X, Milán, 1962, págs. 141 y ss.; G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, en *Noviss. dig. it.*, IV, Turín, 1959, págs. 679 y s.; A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, en *Dig. disc. priv.*, IV, Turín, 1989, pág. 272) en los contratos con comunión de propósitos (también conocidos como “de colaboración”) el desempeño de los contratistas, aunque ocasionalmente pueden “hacerse cruz” (yendo uno en beneficio exclusivo del otro como, en su lugar, por regla ocurre en los contratos de “intercambio”), todos convergen en una única dirección que coincide con el fin hacia el cual tiende la actividad común (V. AULETTA, *La comunione di scopo e la causa del contratto di società*, *Riv. dir. civ.*, 1937, págs. 1 y ss.), generando así una ventaja para todos los contratistas.

80 La yuxtaposición – legislativamente acreditada – del Contrato de Red a los llamados “Asociativos” (o “plurilateral con comunión de propósito”) presenta un amplio consenso doctrinario: G. VILLA, *Il coordinamento interimpresitoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, cit., pág. 107; G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi del contratto di rete*, cit., pág. 839; V. MOSCATELLI, *Note sulla disciplina dei “contratti di rete”*, en *Vita not.*, 2010, pág. 1038, el cual, sin embargo, no atribuye naturaleza societaria a la relación que se establece entre las empresas contratistas (pág. 1044); además, más recientemente, A. DI LIZIA, *(Contratto di) Rete di imprese. Rassegna e clausole contrattuali*, cit., pág. 279; M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, cit., pág. 67; R. SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, cit., pág. 329; y A. PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, cit., págs. 362 y ss., los cuales de modo persuasivo demuestra, por otra parte, cómo la red no podría ser – incluso donde quedó la voluntad de las partes (que luego es condicionada) – estructurada en términos de contrato de intercambio (págs. 371 y s., 381).

81 Cabe recordar que la declaración – *condicio sine qua non* para beneficiarse de las ventajas fiscales – es expedida tras la comprobación “de la existencia de los elementos del Contrato de Red y sus requisitos relativos de participación a las empresas que han suscrito [...]” (art. 4, del Decreto Ministerial de 25 de febrero 2011). Ver además, la circular de la Administración Tributaria n. 15/E de 14 de abril de 2011; y, en la doctrina, M. ONZA, *La procedura di “asseverazione” del contratto di rete*, *Riv. dir. priv.*, 2012, págs. 435 y ss.

82 También duda de la esencialidad del requisito C. PATRIARCA, *La “costituzione” delle reti d’impresa*, cit., pág. 102.

confirmar el hecho de que las disposiciones legislativas allí elaboradas poco ahorran “en cualquier caso la aplicación de las normas generales del derecho relativas a la disolución total o parcial de los contratos plurilaterales con comunión de propósito”, de manera tal de querer indicar al intérprete de un *corpus* de normas (que se aplicarían directamente y no simplemente por analogía) a las cuales hacer referencia para abordar eventuales lagunas.

En cuanto al primer aspecto, a pesar de la durabilidad de la red – que está *in re ipsa*, dado el carácter irreconciliable de sus connotaciones funcionales con modalidad de ejecución instantánea destinada a agotarse *uno actu*⁸³ – sería posible, cambiando la disciplina sancionada para los consorcios, considerar el contrato privado de cláusulas relativas a la ampliación de la restricción temporal del vínculo efectivo por diez años de conformidad con el art. 2604 del C.C. o, si en dicho período, no fuese adecuado respecto a los objetivos estratégicos concretamente asignados a la red, de forma indefinida (el llamado “*open-ended*”)⁸⁴.

En cuanto al segundo aspecto, también el establecimiento de las reglas de ingreso en el grupo de los que conforman la red de otros emprendedores constituye una simple facultad que no comporta consecuencias perjudiciales en caso de omisión⁸⁵. Además, si se razonase en la dirección opuesta, debe absurdamente admitirse el carácter necesariamente “abierto” de la red, con la ilegitimidad de cualquier cláusula dirigida a prohibir la admisión de otros participantes; de hecho la doctrina ha destacado solamente la “natural” apertura de la red, característica que constituye una simple vocación y que no afecta la posibilidad de optar por un “blindaje” total del contrato, bajo el perfil subjetivo donde se quisiera evitar cualquier variación en términos adicionales de la formación inicial⁸⁶. De hecho, si nada resulta a partir de los términos del acuerdo, la red tendrá – similar a lo que se considera para los consorcios⁸⁷ – una estructura “cerrada”, por lo que el crecimiento del número de ingresos, a parte de no ser factible, implica sin embargo – en cumplimiento de

83 Sobre la “valencia causal” de la duración en el ámbito de la contratación entre empresas, C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, cit., págs. 266 y ss.

84 Esta lectura, además de reflejarse en el nivel práctico en algunos contratos de red que ya están en su lugar (ver aquel constitutivo de La incorporación del “Polo Alta Moda dell'Area Vestina”, en cuyas principales características se detienen T. PUCCI y L. ZANNI, *La ricerca di vantaggio competitivo nelle strategie di rete: analisi e confronto di alcuni casi significativi*, en L. ZANNI y M. BELAVISTA (editado por), *Le reti di impresa. Una guida operativa per l'avvio di partnership imprenditoriali*, cit., págs. 80 y ss.), también con el apoyo de E.M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, cit., pág. 82, que, sin embargo, cree que la ausencia de pre-determinación de la duración debe contrastar el reconocimiento a las empresas de red de un derecho de retiro *ad nutum* (a menos que exista previo aviso).

85 E.M. TRIPPUTI, *op. cit.*, pág. 83.

86 M. MALTONI y P. SPADA, *Il “Contratto di Rete”*, cit., págs. 1204 y s.

87 G. PERONE, *L'interesse consortile*, Milán, 2008, pág. 23; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, 6ª ed. editado por M. Campobasso, Turín, 2008, págs. 268 y s. Es la creencia generalizada que el principio de “puertas abiertas” es normal, sino también no inherente a la estructura del consorcio. Ver sobre el punto, G. VOLPE-PUTZOLU, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, en G. GHIDINI, M. LIBERTINI y G. VOLPE-PUTZOLU (editado por), *La concorrenza e i consorzi*, en *Tratt. dir. comm.* Galgano, IV, Padua, 1981, págs. 380 y s.; G.D. MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Milán, 1988, págs. 157 y ss.; M. SARALE, *La regolamentazione dei consorzi e delle società consortili*, en G. COTTINO, M. SARALE y R. WEIGMANN (editado por), en *Tratt. dir. comm.* Cottino, III, Padua, 2004, págs. 498 y s.

los principios generales – una modificación contractual, sujeto al consentimiento unánime de las partes⁸⁸. Por otra parte, no serían imaginables valoraciones negativas incluso si el Contrato de Red, aunque deliberadamente sometido al criterio o a una política de “puertas abiertas”, no especificase las condiciones de adhesión de los nuevos empresarios: operaría la previsión integrativa de la cual el art. 1332 del C.C. valida para los negocios asociativos en virtud de los cuales “Si a un contrato pueden unirse otras partes y *no están determinadas las modalidades de la adhesión*, ésta debe dirigirse al órgano que se ha formado para la ejecución del contrato o, en su defecto, a todas las partes contratantes originales”⁸⁹.

Derivan, finalmente, del contenido mínimo esencial de la red también “las reglas para la toma de decisiones de los participantes en cada materia o de aspecto de interés común que no esté incluido, cuando se ha creado un órgano común, en los poderes de gestión atribuidos a dicho organismo”. La falta de contenido explícito fijado en la letra *f* puede, de hecho, ser colmado por la disciplina del Código que establece que las decisiones “relativas a la ejecución del objeto del consorcio son tomadas por el voto favorable de la mayoría de los asociados” (art. 2606 del C.C.). De ello, se desprende que, en el silencio de la fuente convencional, todas las decisiones (incluidas las de carácter ejecutivo y de gestión donde resida el órgano común) que sean necesario tomar para la ejecución del contrato están sujetas al principio de la mayoría (a calcular por los testigos si no está previsto de otra manera).

V. CONSIDERACIONES EN SÍNTESIS.

A manera de resumen, hay dos figuras principales que se evidencian de las reflexiones apenas esbozadas:

1) la relación eminentemente promocional de la normativa sobre el Contrato de Red orientada a la difusión, en particular, mediante la extensión de los beneficios especiales para los participantes, de los fenómenos asociativos entre empresas – deja preferir una lectura “*soft*” de las disposiciones pertinentes, que lleva a excluir

88 Dado que la legislación en materia de consorcio – en línea con aquella general de los artículos 1321 y 1372, párrafo 1, del C.C. – pretende la unanimidad (art. 2607 del C.C.), no se encuentran razones para que no se extienda el mismo criterio también a las resoluciones de modificación del Contrato de Red: por el contrario, las exenciones (dispuestas de la autonomía privada) a favor de modificabilidad la mayoría se permiten – como puede verse en la misma letra *f* – sólo en relación con el Programa de Red. La facultad de prever “la modificabilidad del Programa de Red” va, de hecho, a llevar una doble corolario: el primero, razonando *argumento en contrario*, que en ausencia de un acuerdo expreso, estos cambios requieren el consentimiento de todos sus miembros; el segundo, a raíz de “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, que el principio mayoritario no es concebible para cualquier modificación contractual, sino en realidad sólo los relacionados con el programa.

89 Dependiendo del caso, por lo tanto, la decisión sobre la admisión de nuevos empresarios se deja al órgano común (si se ha establecido) o al consentimiento unánime de los operadores de red individuales. Cualquiera decisión por mayoría sólo podría vislumbrarse en la constancia de una cláusula contractual correspondiente que explota los espacios de autonomía concedidos por el art. 3, párrafo 4 *ter*, letra *f*, que otorga la facultad de dictar “las reglas para la toma de decisiones de los participantes en cada tema o aspecto de interés común que no esté cubierto, cuando se ha constituido un órgano común, en los poderes de gestión atribuidos a dicho órgano”.

el alcance imperativo de los vínculos de forma-contenido impuestos en el art. 3, párrafo 4 *ter*, Ley n. 33 de 2009 y, en consecuencia, negar la nulidad radical de los contratos que no cumplan con el *standard* legal;

2) con respecto al paradigma normativo esculpido por el legislador en las letras *a-f*, el párrafo 4 *ter* antes mencionado, no toda falta de voluntad contractual presenta igual calibre y, sobre todo, no siempre se manifiesta de modo tal que prive al Contrato de Red libre de los atributos obligatorios exigidos por la norma, no inscribible en el registro de las empresas y/o no meritorio al acceso de los beneficios otorgados por la ley.

Ambos enfoques ayudan a fortalecer el asunto de inicio de que el Contrato de Red (reconocido y estructurado de acuerdo con el art. 3, párrafo 4 *ter*, citado) representa un “esquema de síntesis” o una “categoría transversal” y que, entonces, no es el único modelo permitido para regular las relaciones entre empresas, sino que es sólo una de las muchas opciones que se ofrecen en la práctica para calibrar y ajustar la coordinación interempresarial.

RECENSIONES





Berti de Marinis, G.: *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*. Nápoles (2015): Edizioni Scientifiche Italiane

Los servicios públicos económicos, desde siempre, han sido objeto de la atención del legislador nacional, presentado en su seno una constante contraposición de intereses: por un lado, las normales exigencias de un ordenamiento jurídico – hoy más acuciantes- de llevar a cabo un ahorro de gastos; por otro, la necesidad de garantizar a todos el acceso a servicios que, a menudo, resultan relevantes al objeto de promocionar un equilibrado y pleno desarrollo de la personalidad de los ciudadanos.

Todo ello ha situado la materia en una posición intermedia entre el Derecho público y el Derecho privado, puesto que, si bien es evidente que en la misma confluyen intereses de índole colectivo y público, no puede negarse que tales servicios sean ofertados en la actualidad por empresarios de carácter privado a través de relaciones negociales reconducibles –con las debidas adaptaciones- a esquemas de naturaleza contractual.

Precisamente, ésta es la premisa de la que parte la reflexión llevada a cabo por Giovanni BERTI DE MARINIS, quien trata de analizar los problemas concernientes a la prestación de los servicios públicos con una original clave de lectura, utilizando los “instrumentos” puestos a disposición del Derecho civil y del Derecho de la Economía. De hecho, el trabajo parece colocar en una posición central, no tanto los aspectos económicos inherentes a las actividades empresariales, como, sobre todo, la persona y los valores que el ordenamiento jurídico debe realizar; también a través de una correcta reglamentación del mercado.

El carácter público y privado de los intereses implicados justifica la presencia de una disciplina del mercado de los servicios públicos de carácter peculiar; que, no obstante, sólo en apariencia parece estar en contradicción con los principios comunes que regulan las relaciones económicas, sea a nivel nacional o internacional. Se suele entender que tales principios son expresión de la necesidad de disciplinar los intercambios comerciales a través de las reglas de la libre competencia como un factor; que, en cualquier circunstancia, se halla en condiciones de garantizar una eficiente asignación de los recursos económicos y, a través de ella, conseguir un equilibrio automático de los intercambios.

Sin embargo, a la largo de la obra, el autor evidencia cómo, si bien no puede discutirse el hecho de que las economías modernas deban orientarse al sistema de libre competencia, no está dicho que tal regla, concebida en términos generales, sea plenamente congruente con los intereses que deben realizarse a través del mercado. La disciplina de la competencia del mercado no puede considerarse como una regla universalmente aplicable, sino que, reconocida su carácter de mejor instrumento para la gestión del mercado, debe, necesariamente, sufrir limitaciones en todos los casos en que entren en juego intereses y valores que han de ser garantizados a todo ser humano a fin de que pueda desarrollar plenamente su propia personalidad.

Así parece ocurrir en el ámbito del sector de la prestación de servicios públicos económicos, respecto de los cuales, no obstante, en Italia ha existido una acusada tendencia a encuadrarlos en el ámbito de las comunes reglas del mercado, impregnadas por la plena y libre competencia. De hecho, han sido numerosas las tentativas de afirmar la plena libertad de la iniciativa económica en tales sectores, sin reparar en las negativas consecuencias que ello puede acarrear a la concreta realización de las exigencias de los ciudadanos, esto es, sin tener en cuenta que la prestación de tales servicios –necesarios, como se ha dicho, para la realización de la personalidad de los individuos- resulta, a menudo, antieconómica y, como tal, poco atractiva, analizada a la luz de las comunes reglas del mercado, cuya aplicación indiscriminada tendría como consecuencia privar a los ciudadanos, en todo o en parte, de servicios esenciales, que, no siendo rentables, no serían prestados por ningún empresario o –siempre razonando en términos de las comunes reglas del

mercado- constreñirían al prestador a suministrarlos, exclusivamente, a precios inalcanzables.

De lo dicho resulta que el mercado no puede ser entendido como un valor que deba tutelarse por sí mismo, sino como un instrumento a través del cual se realizan intereses, que no siempre tienen una naturaleza exclusivamente económica. Debe afirmarse que la “competencia” y el “mercado” son conceptos diversos, que no constituyen un binomio inseparable. La competencia es, de hecho, simplemente, una de las posibles soluciones normativas del mercado, cuya oportunidad debe ser ponderada, caso por caso, teniendo en consideración los valores de más elevado rango axiológico.

En todos aquellos sectores económicos en los que no es prioritaria la producción de la riqueza, sino, por el contrario, la necesidad de garantizar el disfrute universal de determinados servicios, se han de tolerar y estimular intervenciones correctoras del mercado, que, aunque deroguen las comunes reglas de la competencia, sean necesarias para garantizar un pleno desarrollo de la personalidad de los ciudadanos-usuarios. A la luz de esta idea, deben salvaguardarse modalidades de acceso selectivas al mercado de los servicios públicos económicos, que, de un lado, vinculen a un determinado operador privado a prestar cierto servicio de manera universal y a garantizar un elevado estándar cualitativo a precios accesibles, y, por otro, le reconozcan, bien una posición de exclusividad, bien remuneraciones a costa del presupuesto público, que cubran los costes que le ocasionen las obligaciones antieconómicas que él mismo asume.

Si ya una correcta disciplina del mercado de los servicios públicos se halla en grado de garantizar la realización de los intereses propios de la persona-ciudadano, puede alcanzarse una ulterior tutela con la aplicación al ciudadano-usuario de los servicios públicos de las reglas protectoras del consumidor:

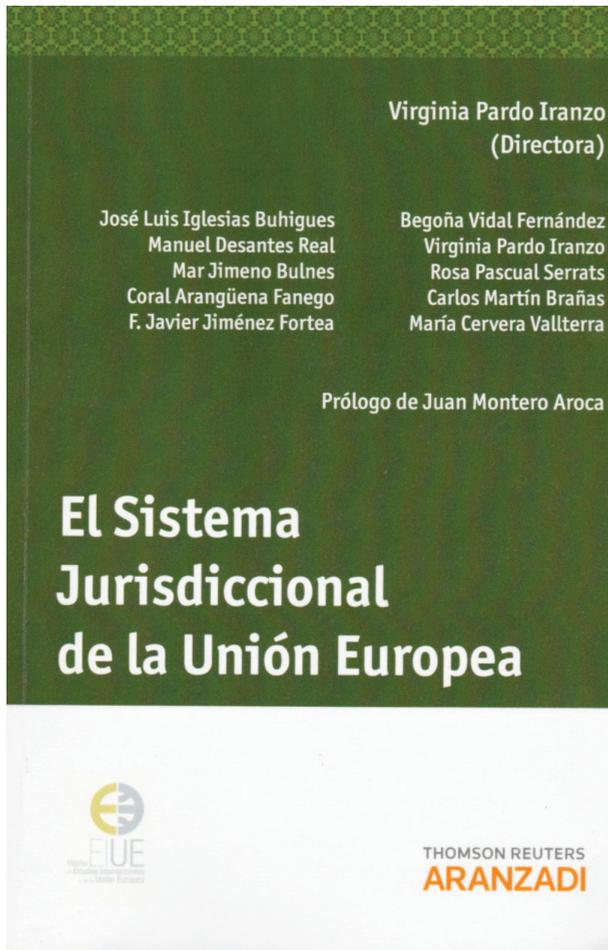
También desde este punto de la vista la monografía de GIOVANNI BERTI DE MARINIS presenta interesantes puntos de reflexión, porque, resolviendo en sentido positivo la problemática –particularmente controvertida en Italia- de la aplicación de las normas del Código de Consumo, también a las relaciones de carácter privado instauradas entre un usuario-consumidor y el prestador de un servicio público, evidencia cómo la aplicación de tales disposiciones a dichas relaciones tendría como efecto tutelar de manera plena al usuario-ciudadano en relación con la otra parte profesional y, además, estimularía a los prestadores de servicios públicos a operar de manera más atenta a las necesidades y exigencias de los propios usuarios.

En conclusión, la obra objeto de esta recensión tiene un carácter original en su planteamiento, que se adentra en una materia enraizada en la cultura jurídica, ofreciendo una nueva lectura de la misma orientada a analizar las relaciones

económicas en clave personalista, confirmando de este modo la centralidad valorativa de la persona en el ordenamiento. Tal convicción no puede sino condicionar la interpretación de las políticas legislativas y de las reglas jurídicas que se ocupan del mercado, las cuales no pueden tener como exclusivo objetivo el mero ahorro de costes o la producción incondicional de riqueza. Si en el centro del ordenamiento se encuentra la persona, sus exigencias, los valores de los que ella misma es portadora, necesariamente, las relaciones de naturaleza económica instrumentales para la realización material de los mismos, han de ser objeto de una nueva lectura en clave personalista, más atenta los valores del ordenamiento jurídico.

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia



Pardo Iranzo, V. (Dir.): El sistema jurisdiccional de la Unión Europea, Madrid (2013): Thomson Reuters Aranzadi.

El ordenamiento jurídico de la Unión Europea (UE) constituye una “revolución suave”, en cuanto su aplicación es obligada por parte de los Estados soberanos que conforman esta Organización Internacional. También lo es en la relación que mantienen los Estados miembros con la propia organización. El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) es indiscutiblemente una pieza clave en las relaciones antes señaladas. El TJUE ha sido un motor fundamental para el desarrollo de la integración europea. En concreto, el TJUE ha desempeñado un papel esencial en la conformación y posterior consagración del ordenamiento jurídico de la UE, al punto que parte de éste prima sobre los derechos nacionales y se aplica con prevalencia sobre el derecho nacional de los veintiocho Estados miembros de la UE en el ámbito de su competencia. Ciertamente es que, con la aprobación del Tratado de Niza, se introdujeron importantes cambios en el sistema jurisdiccional de la UE, pero también el Tratado de Lisboa aporta

interesantes novedades: había que ajustar el funcionamiento de esta institución a un número elevado de Estados miembros sin resquebrajar las importantes tareas que se asignaban al TJUE. Sea como sea, el TJUE es la institución de UE que menos ha cambiado en cuanto a su funcionamiento y organización, comparándola con las demás instituciones, órganos y organismos de la UE. Con todo, la jurisprudencia que emana del TJUE despliega unos efectos desconocidos frente a la mayor parte de las jurisdicciones internacionales.

El TJUE es una verdadera instancia supranacional cuyas decisiones se integran en los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, de manera que las decisiones del TJUE no pueden ser desconocidas ni por los jueces, ni por los prácticos del Derecho de los Estados miembros en la medida en que son los aplicadores naturales de dicho derecho. En consecuencia, cabe hacer notar dos datos ilustrativos: primero, que excepcionalmente los particulares pueden llegar a tener que actuar ante el TJCE por ejemplo para plantear el recurso por responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios por los agentes de la UE y, segundo, que el sistema jurisdiccional de la UE ha creado la cuestión o reenvío prejudicial, un recurso que sirve para que los jueces puedan “preguntar” al TJUE sobre la interpretación y validez del Derecho de la UE y así garantizar su eficacia frente al derecho nacional. Hay otros tantos instrumentos que configuran el sistema jurisdiccional de la UE y aseguran su inserción en el ámbito estatal. Así, entre otros, junto al recurso de incumplimiento, también existe el recurso de anulación, el recurso por omisión, la excepción de ilegalidad o el recurso por responsabilidad extracontractual. La actuación del TJUE puede ser, contenciosa, para dirimir controversias; o consultiva, para emitir un dictamen antes de que la UE adopte Tratados internacionales.

En esta obra, se analizan con precisión todos los llamados recursos jurisdiccionales de la UE y se recogen las últimas novedades en la materia. Aunque, si algo merece ser destacado de esta obra, es su novedosa perspectiva pluridimensional. En ella, puede encontrarse un estudio pormenorizado de los recursos jurisdiccionales a través de la contribución de especialistas de diferentes ramas del Derecho (Derecho Procesal, Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público) bien conocedores de sus pormenores. Así cabe enumerar: las contribuciones de J.L. IGLESIAS BUHIGUES en lo referido al papel del TJUE desde un perspectiva histórica (pp. 19-37), las de V. PARDO IRANZO y M. DESANTES REAL sobre los aspectos orgánico y procedimentales (pp. 39-59), el de C. MARTÍN BRAÑAS del recurso de anulación (pp. 61-95) y de la excepción de ilegalidad (pp. 119-134), la de C. ARANGÜENA FANEGO referida al recurso por omisión (pp. 97-118), la de V. PARDO IRANZO relativa al recurso por incumplimiento (pp. 154-171), la de R. PASCUAL SERRATS del recurso por responsabilidad extracontractual (pp. 155-171), la de M. JIMENO BULNES sobre la cuestión prejudicial (pp. 173-210), el recurso de casación por F.J. JIMÉNEZ FORTEA (pp. 211-236) y la aportación de B.

VIDAL FERNÁNDEZ referida a otros recursos (pp. 237-256). Por último, también se aborda la labor consultiva del TJUE en el control de legalidad de los Tratados internacionales por parte de M. CERVERA VALLTERRA (pp. 257-278).

Nos encontramos pues ante una obra que proporciona una visión asequible, novedosa, interdisciplinar e incisiva del sistema de recurso que, con seguridad, adquiere particular interés a los operadores jurídicos que deseen acercarse al conocimiento del funcionamiento del TJUE en el estado actual, incluyendo las aportaciones del Tratado Lisboa que hoy incluye al Tribunal de Justicia, al Tribunal General y a los tribunales especializados.

Valentín Bou Franch

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor; de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

VIII. Referencias bibliográficas

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor; con su respectiva referencia.

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

