

REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS TENDENCIAS EN INSTITUCIONES Y RELACIONES DEL DERECHO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA

María Ángeles Parra Lucán
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Este trabajo pone de relieve la insuficiencia del Derecho civil codificado para explicar la situación actual del Derecho de la persona y de la familia, materia sobre la que inciden normas incluidas en Convenios internacionales, en leyes especiales y, también, en leyes de las Comunidades Autónomas promulgadas al margen de toda competencia sobre el Derecho civil. De esta forma, surgen tendencias contradictorias que reflejan cambios en las concepciones morales y sociales semejantes a las que se están produciendo en otros países de nuestro entorno, y de los que no siempre se hacen eco las exposiciones generales y los Manuales del Derecho civil, centrados a veces, todavía, en exclusiva, en el Código civil.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil codificado, tendencias en Derecho de la persona y de la familia.

ABSTRACT

This report shows the lack of the codified Civil Law to explain the present situation in the Person and Family Law. That subject is affected by rules from International Conventions, from special laws and, also, from regional laws (laws of the Autonomous Communities) promulgated in the margin from the competence on the Civil Law. In this way, contradictory trends are emerged showing moral and social idea's changes similar to those arising in other neighbour countries. Universal statements and Civil Law Handbooks do not always echo those opinions, still mainly focused exclusively to the Civil Code.

KEY WORDS: codified civil law, person and family law updated.

I. HACIA UN CONCEPTO DE PERSONA DIFERENTE DEL CONSAGRADO EN EL CÓDIGO CIVIL

La persona en sí misma, su posición como tal en el Ordenamiento, la capacidad de obrar, la incapacitación, el estatuto de la persona en general, es el primer objeto de estudio del Derecho civil porque la persona es la primera realidad a la que se enfrenta el Derecho. Así se explica que, si el Código civil es el primer cuerpo legal del Derecho civil, dedique el primero de sus libros, precisamente, a la persona.

Ocurre, sin embargo, que esa visión de la persona del Código civil es parcial e incompleta, y adolece de una perspectiva excesivamente patrimonial, la persona como sujeto de derechos patrimoniales. El concepto de persona en el Ordenamiento, también para el Derecho civil, exige completar esa perspectiva del Código mediante el reconocimiento del valor esencial que a la persona se le atribuye en el art. 10 de la Constitución, al considerar como fundamento jurídico del orden político y la paz social «la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad». La dignidad de la persona, como ser humano, implica la posesión de unos bienes jurídicos que resultan inmediatamente de ese ser persona, y se traduce en una pretensión genérica del respeto a los demás¹. La doctrina y el legislador han extraído las consecuencias que derivan del reconocimiento de la dignidad de la persona y de la igualdad en el ámbito del Derecho de la persona y también de la familia, en la regulación de la capacidad, de la incapacitación, de la no discriminación por razón de sexo, de filiación.

El principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución excluye la creación o el mantenimiento por el legislador de desigualdades arbitrarias y, en particular, contrarias a la dignidad humana (art. 10.1 de la Constitución)². Desde esta perspectiva, el panorama legislativo ha cambiado en los últimos años, sobre todo después de la Constitución española de 1978³. Así, por ejemplo, el matrimonio, considerado unánimemente estado civil, en nada afecta a la capacidad de obrar de los cónyuges. De igual modo, la filiación ha perdido su significado originario, al suprimirse las discriminaciones entre los hijos. Y, decididamente, desde la reforma del Código civil por la Ley 13/1983, la limitación de la capacidad de obrar sólo es posible por causas que naturalmente impidan el ejercicio de derechos y obligaciones, como exigencia del principio constitucional de dignidad de la persona (art. 10.1 de la Constitución). Hay, sin embargo, en nuestro Derecho positivo, un dato que contradice este principio general.

El carácter excepcional de la incapacitación, limitada a la declarada por sentencia y en virtud de las causas previstas por la Ley, enlaza con las declaraciones y principios constitucionales de los arts. 10 (dignidad de la persona), 17 (puesto

¹ En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil* 1-2º, 2ª ed. en Dykinson, revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J. (en adelante, LACRUZ-DELGADO, *Elementos*), pp. 1 y 51; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en *Curso de Derecho civil I*, junto a DE PABLO, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, MªA., Barcelona, 2ª ed., Colex, 2001, p. 321, p. 181 y ss.

² La apreciación de circunstancias o situaciones por parte del Ordenamiento como centro de imputación de efectos jurídicos diferentes (según se sea español o extranjero, mayor o menor de edad, soltero o casado), en sí misma, no puede considerarse contraria al principio de igualdad. La declaración de igualdad del art. 14 de la Constitución no impone una absoluta igualdad entre todos los españoles. Porque, como ha mantenido el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable. *Vid.* PULIDO QUECEDO, M., *La Constitución española con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

³ Sobre todo ello, mi monografía *Orientaciones actuales del estado civil*, ed. Bosch, 1993.



que la incapacitación no deja de ser una restricción a la libertad) y 49 (ordena a los poderes públicos una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles las atenciones especializadas que requieran y amparándoles especialmente para el disfrute de los derechos otorgados a los ciudadanos). En cambio, la finalidad de la prodigalidad, en el Código civil, y ahora en la regulación de la Ley de enjuiciamiento civil del año dos mil, no es la de proteger al pródigo, sino los intereses de terceros. En particular, la supervivencia de la familia más próxima. El legislador ha considerado que está justificada la limitación de la capacidad de obrar de quien con su conducta derrochadora pueda crear un estado de necesidad familiar, o poner en peligro la subsistencia de los medios para su sustento⁴: se sigue conservando la figura como causa de limitación de la capacidad de obrar y de sumisión a curatela. La prodigalidad, si no es síntoma de deficiencia que justifique la incapacitación (y puede serlo), no debería dar lugar tampoco a la limitación de la capacidad de obrar de la persona, sino a la adopción, cuando fuera preciso, de las medidas de aseguramiento y ejecución forzosa de los deberes familiares⁵. En consecuencia, puede afirmarse, se mantiene una causa de incapacitación fuera de la regulación de la misma, aunque la doctrina se empeñe en resaltar que la prodigalidad no es causa de incapacitación desde 1983⁶.

Merece también la pena llamar la atención sobre la revalorización de la consideración que merece la persona en sí misma a partir de la doctrina de los derechos de la personalidad. En la actualidad, y frente a lo que sucedía antes, la protección que desde el Derecho civil se dispensa a la persona para evitar injerencias ajenas en la proyección personal, en el ámbito del Derecho privado, y en las relaciones privadas con los demás, no se limita a la acción indemnizatoria, *a posteriori*, y

⁴ Si la dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución) exigía la restricción de la incapacitación a las hipótesis necesarias para la protección de la propia persona, no puede sorprender que en la reforma de 1983 se suprimiera como causa de incapacitación la prodigalidad. De los arts. 199 y 200.3º del Código civil de 1889 se deducía que era una causa de incapacitación, y así se solía explicar por nuestra doctrina. Su finalidad, entonces, tampoco era proteger al incapacitado, sino a los que la ley llama herederos forzosos (o legitimarios: en el Código, aunque de forma distinta, el cónyuge, ascendientes y descendientes), para que no resultasen vanas las expectativas legales que les corresponden sobre su patrimonio. La Ley 13/1983 no incluyó la prodigalidad entre las causas que dan lugar a la incapacitación porque, ni es una de las causas mencionadas en el art. 200 ni, por lo demás, está dirigida a proteger al pródigo, sino intereses de terceros (aunque ahora sean los parientes con derecho a alimentos, y no los legitimarios).

⁵ Son alternativas a la prodigalidad: la normativa penal sobre abandono de familia, menores o incapaces, arts. 226 y 227 del código penal, y la regulación civil de los deberes de asistencia en el matrimonio, de las relaciones paterno-filiales y de los alimentos entre parientes, arts. 67, 68, 142 y ss., 154 y ss., 1.318 CC y la normativa de los regímenes económicos del matrimonio, arts. 1.388 y 1.393.2º CC). Sobre todo ello, *vid.* SALVADOR CODERCH, P., «Artículo 294», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, dirigidos por AMORÓS, M. y BERCOVITZ, R., Tecnos, Madrid, 1986, p. 726.

⁶ Sobre todo ello, con más detalle, mi trabajo, «La incapacitación (artículos 199 a 214)», *Comentarios al Código civil*, coordinados por RAMS ALBESA, J., II, vol. 2, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 1.665.

también tiene en ocasiones un carácter preventivo o reparador no indemnizatorio (acciones de cesación, de retractación, de rectificación)⁷. Pero, además, la contemplación desde el Derecho privado reconoce también a estos ámbitos de poder individual un contenido positivo y no meramente excluyente de injerencias ajenas: el poder positivo de disposición, que nuestro Ordenamiento admite tanto respecto de la integridad espiritual (control de los datos e información sobre la propia persona⁸, decisión sobre la utilización y comercialización de la propia imagen, lo que incluye la posibilidad de comerciar con ella⁹) como corporal (cada vez en normas más complejas que regulan determinados sectores de actividad como consecuencia de los avances técnicos y científicos: técnicas de reproducción, genoma humano, donación de gametos, células y tejidos, de sangre, ensayos...: supuestos, todos ellos excluidos de la legislación de trasplantes¹⁰).

Pero a la doctrina civilista le sigue pesando el Código o, mejor, lo que no está en el Código¹¹. Aspectos fundamentales de los derechos de la personalidad que inciden en el ámbito jurídico privado están, sin embargo, no sólo fuera del Código, sino insertos en normas dispersas, que no siempre se están ocupando de aspectos jurídicos privados, sino en el ámbito de complejas regulaciones técnico sanitarias (la abundante normativa que regula la asistencia sanitaria). No es casualidad por ello que la discusión sobre la eutanasia esté fuera del ámbito de los círculos civilistas, a lo que contribuye también que estos temas se hayan planteado inicialmente en debates de Parlamentos autonómicos al regular aspectos de su organización sanitaria (por ejemplo, el llamado testamento vital, o documento de voluntades anticipadas, del que se han ocupado las leyes 21/2000, de 29 de diciembre de Cataluña, 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, 10/2001, de 28 de junio, de Extremadura, 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja, 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra, 6/2002, de

⁷ La acción ejercitada por el lesionado, conforme al art. 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen puede ir dirigida a la cesación de la intromisión, el restablecimiento del derecho lesionado y la prevención de ulteriores lesiones, para lo que se reconoce, en particular, el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y el derecho a la indemnización de daños. Por otra parte, la LO de 26 de marzo de 1984 regula el derecho de rectificación, que al mismo tiempo puede servir para proteger los derechos al honor y a la intimidad.

⁸ La regulación fundamental es la de la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal.

⁹ Sobre lo cual, por todos, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso*, I, pp. 549, 553 y 555; LACRUZ-DELGADO, *Elementos de Derecho civil* 1-2º, p. 51 y ss.

¹⁰ *Vid.* GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes de órganos: «pietas» familiar y solidaridad humana*, Madrid, 1987; ANGOITIA GOROSTIAGA, *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Madrid, 1996 y en «Derecho salud», vol. 8, núm. 2, 2000, p. 49 y ss.

¹¹ En Francia, por ejemplo, como advierte Delgado, denunciando este fenómeno, por ley de 1994, se introdujo en el Código un conjunto de normas y principios sobre la integridad del cuerpo humano y la limitada disposición (LACRUZ-DELGADO, *Elementos*, I, 2, p. 74). *Vid.* la *Loi relative au respect du corps humain* núm. 94-653 du 29 juillet 1994 (*J.O.* núm. 175, 30 juillet 1994).

Aragón) y sólo más tarde en el ámbito estatal (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materias de información y documentación clínica, que habla de «instrucciones previas» en su artículo 11).

Muchos de estos temas no suelen ser objeto de atención directa, como tales, en los manuales al uso, lo que a mi juicio provoca una explicación fragmentada e inexacta de la persona¹². De ahí la necesidad de construir el concepto de persona teniendo en cuenta todas las piezas del Ordenamiento: no sólo lo que está en el Código civil, también en la Constitución y en leyes especiales.

Sin duda, contribuye también a este abandono por parte de la doctrina civilista de lo que no está en el Código la dificultad para insertar en el sistema de forma adecuada Convenios que reproducen, junto a algunas novedades, reglas que ya formaban parte de nuestro Ordenamiento, pero quizás con matices que hacen insegura cualquier afirmación sobre su incidencia en las normas ya existentes. Por ejemplo, el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones en la Biología y la Medicina, firmado en 1997 y que entró en vigor para España el 1 de enero de 2000, contiene, junto a aspectos relativos al genoma humano —la finalidad de las pruebas predictivas (art. 12), el ámbito de las intervenciones para su modificación (art. 13), o la posibilidad de elegir el sexo de los hijos (art. 14)—, muchas normas que se refieren al consentimiento en el ámbito de la sanidad (arts. 5 a 9), en especial cuando se trata de personas que no tengan capacidad o que sufran trastornos mentales; en particular, se establecen reglas sobre la investigación científica y el consentimiento en los ensayos, o para la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes. Sobre todo ello ya existían, en lugares distintos, reglas semejantes en el Derecho español, lo que plantea problemas de interpretación. Por ejemplo, en el art. 20.2 del Convenio se excluye que pueda llevarse a cabo la extracción de órganos o tejidos de personas que no tengan capacidad pero, excepcionalmente, se admite que «pueda autorizarse» (¿por el Ordenamiento interno?, ¿por el representante legal?) la extracción de tejidos regenerables cuando se trate de preservar la vida del receptor que sea hermano del donante y siempre que medie la autorización de su representante, de una autoridad o institución designada en la ley. En el Derecho español, el Real Decreto 411/1995 expresamente admite que, en determinadas circunstancias, los menores puedan ser donantes de médula ósea «siempre con previa autorización de sus padres o tutores» (art. 7.2). En cambio, no se establece ninguna excepción para las personas que por deficiencias psíquicas o enfermedad mental no puedan otorgar su consentimiento, de modo que no podrían obtenerse de ellas tejidos en ningún caso (art. 7.1). Esta última regla debe entenderse modificada, sin embargo, por el Convenio de Oviedo.

¹² Como excepción, precisamente, y es la razón por la que aquí se citan, LACRUZ-DELGADO, *Elementos*, I, 2, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil* I.

Puede observarse, además, cómo la consideración de la dignidad de la persona y la ampliación, desde la perspectiva constitucional, de su protección, ha llevado a la protección de derechos individuales mediante técnicas de Derecho privado para la tutela de derechos que en la propia Constitución están contemplados en el marco de políticas que deben atender los poderes públicos, y que sólo pueden ser alegados ante los tribunales conforme a las leyes que los desarrollen. Me refiero, por ejemplo, al derecho a la salud que se infringe, según la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando se deniega la asistencia sanitaria por un centro médico, dando lugar a la indemnización del daño moral a la familia como consecuencia de la duda de si, atendido el padre y marido, no hubiera fallecido¹³. Otro ejemplo lo constituye la tutela dispensada frente a las inmisiones: al margen de la responsabilidad penal, la defensa frente a las inmisiones puede canalizarse por la vía civil (acción de responsabilidad y acción negatoria) y por la vía administrativa (exigiendo el cumplimiento de la normativa vigente)¹⁴. Pero en la «jurisprudencia menor», la SAP Murcia 24 mayo 1997 (Aranzadi Civil 1997, II, 1040), entre otras, considera indemnizables los ruidos excesivos y molestos «al amparo de la intimidad familiar y pueden incardinarse dentro de las intromisiones ilegítimas previstas en el art. 7 LO 1/1982, 5 mayo, pudiendo tener también su encaje dentro [...] del art. 1902 CC». De esta forma, algunos Tribunales se hacen eco de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 diciembre 1994 (asunto López Ostra), en la que se reconoció a la demandante el derecho a una indemnización a cargo del Estado español por los problemas de salud y molestias causados por una depuradora (gases, olores), sobre la base del art. 8 del Convenio de Roma de 4 noviembre 1950, relativo al derecho a la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Se trata, sin duda, de razonamientos forzados y, muy posiblemente, innecesarios, porque la tutela puede obtenerse, como ya he dicho, por otras vías¹⁵.

¹³ Vid. mi comentario a la STS de 19 de junio de 1990, «Responsabilidad civil médico sanitaria. Derecho a la protección de la salud. Daño moral. Relación de causalidad», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 24, 1990, p. 861 y ss.

¹⁴ Vid. mis trabajos *La protección del medio ambiente (Orientaciones de la jurisprudencia civil)*, Tecnos, Madrid, 1992, y *La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del Código civil y 304 de la Ley del Suelo*, *Aranzadi Civil*, 1993, I, p. 1.963.

¹⁵ No hay que desconocer otra tendencia paralela: el recurso a la protección de los derechos fundamentales contra la resolución que deniega la responsabilidad patrimonial de la Administración por no haber adoptado las medidas de policía necesarias para lograr el cese o la reducción a niveles tolerables de las inmisiones. Aunque en el caso se entiende no acreditada la existencia de una lesión real y se deniega el amparo solicitado, la STC 119/2001, de 24 de mayo, basándose en una interpretación del art. 18 de la Constitución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene un concepto tan amplio de privacidad que acaba vinculado genéricamente al libre desarrollo de la personalidad y que parece identificarse con un genérico derecho a vivir en libertad y a no ser inquietado por los demás. Un comentario crítico de esta decisión en EGEA FERNÁNDEZ, J., *Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001, de 24 de mayo*, en www.indret.com.

Pero, además, la tutela de los intereses reales de la persona lleva a matizar lo que serían consecuencias últimas de un principio de personalidad que, concebido para preservar a la persona de injerencias ajenas en ámbitos reservados a su propia decisión, puede llevar a situaciones contrarias a su interés. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia que hace replantearse la interpretación del art. 267 del Código civil y, en consecuencia, la concepción de la legitimación del tutor para actuar en algunos ámbitos. Se trata de la STC 311/2000, de 18 de diciembre, que estima el recurso de amparo contra la STS 149/1999, de 27 de febrero, que, partiendo de la idea general de que no cabe representación en los actos personalísimos, denegó a un tutor la posibilidad de interponer demanda de separación de su pupilo¹⁶. El Tribunal Constitucional ha considerado contrarias a la Constitución las sentencias que habían denegado al tutor la posibilidad de interponer demanda de separación del pupilo. Los preceptos vulnerados, según el Tribunal Constitucional, son el 14 y el 24 de la Constitución, que consagran el derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, respectivamente¹⁷.

¹⁶ «Especialmente inadmisibile —dice el TS— resulta la representación en aquellos actos que impliquen un cambio en el estado civil de las personas, que sólo puede ser decidido por aquellos cuyo estado civil va a ser modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación y divorcio en que, por estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o los ex cónyuges sometidos a un régimen distinto de aquél por el que se venía rigiendo; por ello el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello». La decisión del Tribunal Supremo fue objeto de una crítica doctrinal de la que ahora parece haberse hecho eco el Tribunal Constitucional (BERCOVITZ, R., «Separación matrimonial de un incapaz», *Aranzadi Civil*, 1999-1, p. 1.581. Y siguiendo a éste, VALLADARES RASCÓN, E., «La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, p. 274).

¹⁷ En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal entiende que hay un interés legítimo al que se ha cerrado el acceso a esta tutela. Se trata, en concreto, del «interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]. Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge [...], o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad [...], o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales». Luego matiza el Tribunal Constitucional que dichos interés y perjuicios posibles pueden darse de modo más dramáticamente en los incapacitados casados si quedan por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Y añade que en esas circunstancias la negativa a la legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación «determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta —refiriéndose a la incapaz— a la tutela judicial». Y por lo que se refiere al derecho a la igualdad, entiende el Tribunal que el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz «desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 de la Constitución en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 de la Constitución en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 de la Constitución».



El Derecho de la persona experimenta también transformaciones como consecuencia de los movimientos de la línea fronteriza entre el Derecho público y el Derecho privado y que, en definitiva, son consecuencia de la revisión de las tesis individualistas propias del liberalismo y de la concepción de la persona recogida en el Código civil. De una parte, el Derecho cada vez se ocupa más de la persona necesitada de protección en atención a su propia situación, y lo hace tanto introduciendo en relaciones de Derecho privado normas que responden más a los instrumentos típicos del Derecho público (normas imperativas en el ámbito de la contratación con consumidores) como creando relaciones de Derecho público en ámbitos que antes estaban reservados a la actuación privada de los sujetos (la posibilidad de denunciar el incumplimiento ante la Administración, para que imponga una sanción, por el incumplimiento de normas sobre contratación) o, en general, reservados al ámbito de protección íntima de la familia (la tutela de menores o de incapaces por la Administración). Pero además, y sobre todo, el Derecho privado cada vez se ocupa más de los intereses generales: de la protección de la persona mediante técnicas que protegen al mismo tiempo a un grupo de personas que se encuentran en la misma situación y, precisamente, a través de las actuaciones del grupo.

Como explica Samanes Ara¹⁸, hasta hace relativamente poco tiempo, la situación en este orden de cosas no era muy satisfactoria. La vieja Ley de enjuiciamiento civil de 1881, asentada sobre los principios del individualismo liberal, no daba cauce apropiado para la protección del sujeto, no ya aisladamente considerado, sino como miembro de una colectividad y como titular de intereses no sólo individuales, sino de otros intereses que le son al tiempo propios y ajenos, intereses supraindividuales que requieren una protección específica¹⁹.

La existencia de grupos de normas de protección surgidas en torno a determinadas posiciones de la persona en la sociedad o en determinados ámbitos de actividad económica ha dado lugar a que se creen ciertos «estatutos» especiales: para el consumidor, para el usuario de servicios, para el ahorrador, pero también para el enfermo, mental o físico²⁰. Ninguna de estas categorías, sin embargo, ha adquirido entidad bastante como para consolidar ramas del Derecho separadas del Derecho

¹⁸ SAMANES ARA, C., «Mecanismos de tutela del consumidor», en *Cuadernos de consumo* núm. 1, VIII Jornadas Aragonesas de Consumo, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2001, p. 15.

¹⁹ Con anterioridad a la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000, el fenómeno de la legitimación por grupos o categorías había sido objeto de atención por el legislador en alguna ocasión: art. 20.1 de la Ley, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; art. 25 de la Ley, General de Publicidad; art. 19.2, b) de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, art. 16 de la Ley de condiciones generales de la contratación... Pero también fuera del ámbito de la protección del consumidor: el art. 150 de la Ley de propiedad intelectual, según la redacción dada por la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, otorga a las entidades de gestión la legitimación con respecto al repertorio universal correspondiente a los derechos que gestiona según sus estatutos, lo que le lleva a poder reclamar en relación con derechos de propiedad intelectual cuya gestión no se les ha encomendado.

²⁰ Así, ALPA, G., *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992.



privado. De una parte, el conjunto de reglas que tienden a su protección incluye indistintamente normas de Derecho público y de Derecho privado. Pero, por otra parte, esas normas ni siquiera incluyen un concepto unitario del ámbito de su protección. El caso más señalado, el de los consumidores, pone de relieve que existen en los textos legales tantos conceptos de consumidor como normas que se dirigen a su protección. Pero pone de relieve que existen nuevos valores y nuevos principios que, desde esos sectores especiales por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, deben integrarse también en el sistema y, en consecuencia, tenerse presentes como posibles criterios de interpretación para otras normas distintas.

La tendencia a la colectivización de la persona y de sus intereses a la que me he referido supone que, incluso, se llegue a reconocer al grupo como tal, a la persona jurídica, la titularidad de derechos que, en principio, cabría calificar de estrictamente personales: incluso el derecho al honor ya no es sólo de personas individualmente consideradas, tal y como parece prevalecer, tras alguna decisión contraria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 139/1995, de 26 de septiembre, 183/1995, de 11 de diciembre). Pero, entonces, debe convenirse, de lo que se trata es precisamente de proteger el honor de las personas físicas que puede verse vulnerado mediante el ataque a la persona jurídica²¹.

La propia consideración de la persona jurídica varía: al multiplicarse en la realidad el número de personas jurídicas, las reglas previstas en el Ordenamiento para unas pocas son insuficientes o inadecuadas. Desde el momento en que, por exigencias del Derecho comunitario, se admite la sociedad de único socio, se pone de relieve que el concepto de persona jurídica puede responder a muchas realidades diferentes. No es extraño por ello, por ejemplo, lo que está sucediendo en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas y de sus órganos de administración.

Desde hace algún tiempo, los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales se han dirigido a construir una responsabilidad directa de la persona jurídica, al menos en los casos en los que el daño resulta dentro del ejercicio de su actividad. En la actualidad suele entenderse que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad criminal, donde sólo se reconoce capacidad de acción a las personas físicas, no existe ningún inconveniente en imputar la obligación de indemnizar (que es, en definitiva, la esencia de la responsabilidad civil) a las personas jurídicas. La persona jurídica responderá con su propio patrimonio cuando haya actuado a través de sus órganos²². Junto a esta tendencia, cada vez surge con más fuerza la

²¹ *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso*, 1, p. 536.

²² Desde este punto de vista se entiende sin dificultad que las personas jurídicas quedan comprometidas por los actos de los órganos legalmente encargados de tomar decisiones y realizarlos en su nombre. También en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y no sólo para la responsabilidad contractual, como en la época de la codificación civil se pudo pensar (art. 38 del Código civil: capacidad para «contraer obligaciones»). Más problemático, aunque también se tiende a ello, podría parecer la imputación de la responsabilidad directa a la persona jurídica por actos realizados, no por órganos, sino por dependientes de la misma, que el Código civil en su art. 1.903 concibe bajo

necesidad de establecer la responsabilidad personal de los miembros de los órganos de las personas jurídicas, es decir, la responsabilidad de las personas físicas que las representan y que hayan sido causantes materiales de los daños. El problema que se plantea es que, precisamente, una vez afirmada la responsabilidad directa de la persona jurídica por la actuación de sus órganos, hay que determinar los criterios con arreglo a los cuales puede sostenerse la responsabilidad de las personas físicas²³.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la imputación directa a ésta de los daños causados por sus agentes no había venido suponiendo nunca —formalmente al menos— la exoneración total de éstos. Pero, en la actualidad, la víctima del daño carece de acción para exigir la responsabilidad directamente al personal al servicio de la Administración pública que ha causado el daño, y la responsabilidad debe exigirla directamente contra esta última²⁴. No sucede lo mismo en el ámbito jurídico privado, donde se acentúa la tendencia a exigir responsabilidad personal a las personas físicas que representan a las personas jurídicas y toman las decisiones en ellas, lo que parece más acorde con la teoría de la realidad de las personas jurídicas²⁵. Lo cierto es, empero, que fuera de los casos en

la fórmula de la «responsabilidad por hecho ajeno» y que, se ha venido entendiendo, abarca también a las personas jurídicas que son «dueños de establecimientos o empresas». Por lo demás, son muchas las decisiones jurisprudenciales que aplican el art. 1.902 del Código civil a personas jurídicas atribuyéndoles directamente una *culpa in omittendo*, por la negligencia al no adoptar las medidas necesarias para evitar el daño. Para la responsabilidad civil derivada de delito, en algunos de los apartados el art. 120 del Código penal (responsabilidad civil en defecto del que lo sea criminalmente) se menciona a las personas jurídicas como posibles responsables civiles: en cuanto que pueden ser titulares de medios de comunicación (120.2º), de establecimientos (art. 120.3º), estar dedicadas a cualquier género de industria o comercio (art. 120.4º) o ser titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros (art. 120.5º). Especial interés ofrece el art. 120.4º del Código penal, que establece la responsabilidad civil, en defecto de quien lo sea criminalmente de: «Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Se trata, por tanto, de una responsabilidad subsidiaria (a diferencia de lo que establece la jurisprudencia en la aplicación del art. 1.903 del Código civil) y objetiva, puesto que no se prevé la exoneración de responsabilidad del empresario que pruebe haber actuado diligentemente.

²³ Vid. mi trabajo «La responsabilidad civil de los administradores de sociedades», *Tratado de responsabilidad civil*, dirigido por REGLERO CAMPOS, F., Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

²⁴ El art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado por LO 6/1998, de 13 de julio y art. 145.1 Ley 30/1992, redactado por la Ley 4/1999. La Administración, de oficio, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá al personal a su servicio «la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca» (art. 145.2 Ley 30/1992): la doctrina advierte que, si las autoridades y funcionarios eran hasta ahora prácticamente irresponsables *de facto*, tras la reforma legal están más cerca de serlo *de iure* (vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, T. en la obra junto a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo* II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 405).

²⁵ Pero a ello hay que añadir una razón de carácter fundamentalmente práctica: a diferencia de lo que sucede con la Administración Pública, donde puede ser frecuente la insolvencia del autor material del daño, en el ámbito privado no es infrecuente la situación contraria; esto es, que la

que la actuación de los órganos excede de las funciones que le corresponden, o de los casos en que se presentan a los terceros sin revelar la existencia de la persona jurídica, resulta difícil sentar los criterios por los que debe regirse la responsabilidad personal del órgano que ha causado el daño actuando dentro de los límites asignados estatutariamente. La tendencia, en Derecho comparado y en Derecho español, es la afirmación de responsabilidad basada en la culpa, dirigida a imputar personalmente a quienes se encargan de la gestión las consecuencias derivadas de una actuación negligente (realización de un acto irregular, fraudulento o delictivo, desinterés en la gestión de los asuntos sociales, ejecución negligente de sus deberes...). De una parte, para los daños causados a terceros, fundamentalmente acreedores de la persona jurídica pero, también, al patrimonio individual de los socios, y sobre todo, al patrimonio de la propia persona jurídica²⁶.

La responsabilidad de los administradores por los daños causados al interés social suele contemplarse como una responsabilidad profesional, derivada de una negligente administración, y consecuencia de la atribución de los poderes de gestión al administrador (a mayor poder, mayor responsabilidad). Mucho menos justificado parece el intento de imputar a la persona física las consecuencias dañosas derivadas de los fallos generales de la organización o las que sean ajenas a su esfera de control y al ámbito de sus competencias (por ejemplo, responsabilidad por daños al medio ambiente, a los trabajadores, o a los consumidores cuando estén provocados por actuaciones que están fuera de las funciones y competencias del administrador)²⁷.

insolvencia lo sea de la persona jurídica y no, en cambio, del autor material del daño. Los esfuerzos doctrinales e incluso del propio legislador se dirigen a lograr que la afirmación de una responsabilidad directa de la persona jurídica, que permite al tercero obtener una indemnización sin necesidad siquiera de demostrar la culpa de quien actúa por ella, no suponga la negación de la responsabilidad personal de los dirigentes de la sociedad.

²⁶ Vid. GUERRERA, *Illecito e reponsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991.

²⁷ Conviene aclarar, por otra parte, que la responsabilidad personal de los administradores no es consecuencia necesaria de la aplicación de la doctrina del abuso de la personalidad jurídica y del consiguiente «levantamiento del velo» (sobre la cual, BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1997). Esta doctrina ha jugado a efectos de las reglas generales sobre responsabilidad civil, para imputarla al titular de los intereses escondidos bajo la forma de una persona jurídica, para eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 del Código civil —dando lugar, incluso, a ilícitos penales o para ocultar la titularidad real de los bienes. La penetración en el sustrato de la persona jurídica permite alcanzar a las personas y a los bienes que se encuentran bajo su cobertura: al socio único o a quien reúne a su nombre la mayoría del capital social de una sociedad, pero no en cuanto administrador, que puede no serlo, sino en cuanto socio. La responsabilidad del administrador, en cambio, se refiere a los daños que haya causado negligentemente en su actuación como tal administrador. En ocasiones, sin embargo, la doctrina del levantamiento del velo y la responsabilidad del administrador pueden ser alternativas para exigir la correspondiente responsabilidad: por ejemplo, si el socio único es el administrador; en los casos de grupos de sociedades, los acreedores de la sociedad dominada podrían ejercitar la acción de responsabilidad contra sus administradores o

II. TRANSFORMACIONES EN LA FAMILIA Y EN EL DERECHO DE FAMILIA

Las reformas legales de los últimos años en materia de Derecho de familia se hacen eco de un cambio en la moral y en las concepciones sociales, en un Estado en el que la Constitución garantiza la no discriminación por razón de sexo, la libertad religiosa, la igualdad de los cónyuges, la protección de la familia, la protección de los hijos y de los disminuidos psíquicos y sensoriales. Son varios los factores de carácter sociológico que explican las transformaciones que se están produciendo en este ámbito, desde la incorporación de la mujer al mundo laboral a los avances médicos (científicos y biológicos) que repercuten en la posibilidad de la fecundación artificial, de la transexualidad, de la manipulación genética. Pero sobre todo, y al mismo tiempo, la tolerancia, el respeto a la libertad y a la intimidad de las personas²⁸. El resultado de todo ello es que pueden apreciarse, pero no sólo en España, sino también en el conjunto de los países de nuestro entorno cultural, tendencias a veces aparentemente contradictorias y, desde luego, no siempre unívocas. Así, por ejemplo, la libre investigación de la paternidad, introducida por la reforma del Código de 1981, se ve desmentida por la consideración de otros intereses cuando se trata de la regulación de la paternidad en las técnicas de reproducción asistida²⁹.

El Derecho de sucesiones, por otra parte, aun siendo una parte autónoma del Derecho civil, en buena medida, es reflejo de una determinada concepción de la familia. No es ajena a esta consideración la idea de que el fundamento de la sucesión por causa de muerte es en alguna medida familiar: de una parte la idea, más o menos ajustada, de que los bienes de un miembro de la familia son, en alguna medida, de la familia. El Código civil, que optó por la libertad en la contratación, trató de proteger al círculo más próximo no sólo mediante el orden de la sucesión intestada, que es probablemente el supuesto más frecuente, sino también mediante la redacción de normas imperativas en materia de legítimas. El cambio en la concepción de la familia debe tener su reflejo también en el destino de los bienes después de la muerte de la persona. No debe olvidarse, por lo demás, que en muchas ocasiones lo más importante no es el régimen de la sucesión por causa de muerte,

utilizar la doctrina del levantamiento del velo; en los casos de infracapitalización material de la sociedad puede admitirse tanto la acción de responsabilidad del administrador que con su conducta causa daños a terceros como la doctrina del levantamiento del velo.

²⁸ Pero la tolerancia y el respeto a la libertad personal no debe llevar necesariamente a rechazar con carácter general un modelo ideal o preferible de estructura familiar, con progenitores heterosexuales que en buena armonía viven juntos de manera estable (así lo hace, sin que sea preciso para admitir que pueda nombrarse tutor de un menor a un transexual que vivía con el padre de la niña fallecida, el Auto de la Audiencia de Sevilla de 14 de junio de 1999, *Vid.* BERCOVITZ, R., *Transexualidad y tutela*, en Aranzadi Civil, 1999-II, p. 1.751).

²⁹ Sobre lo cual, *vid.* PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

sino determinar quién es el beneficiario de una pensión de viudedad u orfandad, o de un seguro de vida o de unos fondos de pensiones, a través de los cuales puede beneficiarse a personas distintas de las que trata de proteger la ley mediante el Derecho de sucesiones³⁰. Una nueva concepción de la familia parecen recoger aquellas leyes o normas reglamentarias que establecen en materia de subvenciones, o ayudas o indemnizaciones por daños causados en determinados ámbitos el orden de prelación que debe tenerse en cuenta: en primer lugar, y contra lo que suelen establecer las leyes sucesorias, cónyuge o convivente, preferentemente si hay hijos comunes. Así sucede en materia de indemnizaciones en materia de terrorismo, o a las víctimas de delitos violentos, pero también en las tablas sobre indemnizaciones por daños derivados de accidentes de circulación³¹. En materia de sucesiones, sin embargo, el legislador estatal apenas ha introducido modificaciones³². No puede decirse lo mismo de los legisladores autonómicos. Si, por una parte, el Código no unificó los Derechos sucesorios vigentes en España, después de la Constitución aún ha sido mayor el alejamiento del Código civil en materia de sucesiones por parte de los Derechos forales: el Código de sucesiones de Cataluña, la Ley de sucesiones aragonesa, la Ley gallega de Derecho civil o la Ley vasca son ejemplos que ponen de relieve la ampliación del Derecho propio, tratando de excluir el recurso al Código civil, pero también la generalización de instituciones reguladas sólo en algunos territorios, y que en definitiva, también se corresponden con una determinada concepción de la familia: testamento mancomunado (que ahora también regulan la ley gallega y la ley vasca), o mejora, en todas ellas, de la situación del cónyuge viudo. Por otra parte, en el ejercicio de su competencia sobre Derecho civil foral o especial, las leyes autonómicas han previsto que la llamada en último grado en el orden de suceder sea la propia Comunidad Autónoma (art. 220 de la ley aragonesa, art. 347 del Código de sucesiones, art. 73 de la ley de Derecho civil vasco, art. 153 de la ley

³⁰ SCANNICCHIO, en *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, de Lipari, Roma, 1978, p. 549; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. v. Sucesiones*, nueva ed., revisada y puesta al día por J. RAMS, Dykinson, 2001, p. 7.

³¹ Vid. PARRA LUCÁN, M^a.A., en *Curso de Derecho civil II*, junto a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., Colex, Madrid, 2000, p. 814.

³² Tiene especial importancia la reforma de 13 de mayo de 1981: a fin de borrar toda discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, se modifica el art. 807 del Código civil, en materia de legítima; la legítima del cónyuge viudo no varía aunque concorra con hijos del premuerto, aunque hayan sido concebidos constante el matrimonio, pero si sólo concurre con ellos, se amplía la cuantía del usufructo (art. 837). El mismo orden de suceder abintestato previsto refleja la protección de los intereses familiares según la idea de familia que se considera preferible: en 1981 se rechaza toda distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (arts. 930 y 931) y se reduce el concepto de familia a la nuclear, mejorando la situación del cónyuge viudo en la sucesión intestada del premuerto, al que llama en defecto de descendientes y ascendientes antes que a los hermanos y parientes hasta el cuarto grado (art. 944). Por la misma ley se reforma el art. 831 del Código, que exceptiona la regla general y permite la posibilidad de delegar en el cónyuge la facultad de mejorar.

gallega, ley 304 de la Compilación Navarra), lo que excluye la aplicación del art. 956 del Código civil cuando el causante tuviera la vecindad civil correspondiente a alguno de estos territorios (arts. 9 y 16 del Código civil)³³.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito patrimonial, en materia de Derecho de familia no se impone con carácter general la necesidad de una armonización supraestatal o internacional, lo que no impide que se produzcan acercamientos tratando sobre todo de evitar la sustracción de menores, o de establecer criterios uniformes sobre adopción internacional. Más sorprendente parece, si no es por el deseo de aumentar la cooperación judicial en materia de Derecho civil, que en el ámbito de la Unión Europea se utilice el mismo día (29 de mayo de 2000) el mismo argumento (libre circulación de personas y lograr el mercado interior) para aprobar un Reglamento sobre procedimientos de insolvencia —1.346/2000— y un Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y la responsabilidad parental sobre los hijos comunes —1.347/2000—³⁴. Pero son escasos los aspectos de cooperación y armonización que inciden de manera directa en la regulación de nuestro Derecho interno. Por el contrario, parece que más que nunca la fragmentación del Derecho de familia se produce dentro del territorio español con la legislación no sólo por parte de las Comunidades Autónomas con un Derecho civil propio de aspectos tradicionalmente contemplados en sus Derechos históricos (señaladamente, régimen económico matrimonial), sino también con la regulación por todas las Comunidades Autónomas, al amparo de competencias diferentes a la propia del Derecho civil de temas propios del Derecho civil (por ejemplo, en materia de menores y, más recientemente, de mediación familiar, la competencia autonómica invocada suele ser la de asistencia o bienestar social).

La concepción de la familia recogida en la época de la codificación, en la que la familia funcionaba como una unidad de producción, en un ámbito fundamentalmente agrario (y así se explica la regulación de figuras forales como la sociedad familiar gallega o la comunidad conyugal continuada en Aragón), es sustituida en una sociedad industrializada por un concepto de una familia, nuclear y ya no extensa³⁵. Pero, por otra parte, muchas de las funciones que tradicionalmente asumía la familia se van traspasando al sector público, fenómeno al que no son total-

³³ Con más detalles sobre las dudas y problemas que plantean estas cláusulas de cierre de la sucesión intestada en los diferentes ordenamientos autonómicos, *vid.* MARTÍNEZ, MARTÍNEZ, M., *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, vol. segundo, *La sucesión legal en la Ley de sucesiones por causa de muerte*, el Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, p. 257 y ss.

³⁴ Aunque sin duda no es ajena a esta decisión la resolución por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de solicitudes sobre pensiones alimenticias a los hijos, conforme a lo previsto en una legislación nacional para los nacionales en el caso de padres divorciados que ejercen una actividad en otro Estado miembro en relación con lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social de los trabajadores emigrantes.

³⁵ En este sentido, DIEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil* IV, 5ª ed., 1989, p. 34.

mente ajenos, como suele advertirse, hechos como la generalización de la enseñanza preescolar o la garantía que la Seguridad Social supone frente a la enfermedad. En Cataluña, incluso, se ha previsto la regulación de una figura contractual dirigida a regular las «situaciones de convivencia y ayuda mutua», en la que se atribuyen algunos efectos semejantes a los que resultan de las tradicionales relaciones familiares a situaciones de convivencia (compensación por el trabajo, pensión...) en las que se comparte una vivienda con voluntad de ayuda mutua y permanencia (Ley 19/1998, de 28 de diciembre).

Además de la más conocida intervención administrativa en materia de protección de menores, la protección de incapacitados al amparo de lo previsto en el art. 241 del Código civil ha dado lugar a la promulgación de normas reglamentarias por las que se crean «comisiones de tutela y de defensa de adultos» en algunas Comunidades Autónomas (Madrid, Castilla-La Mancha, Aragón)³⁶, al amparo de su competencia en materia de asistencia y bienestar social, en las que se prevé que se encomiende la tutela de las personas incapacitadas a un órgano de la Administración autonómica. Son datos que deben ponerse en relación con el hecho cierto de que la asistencia de las personas más desprotegidas ya no es asumida en la práctica por las familias, sobre todo como consecuencia del tipo de sociedad industrializada en la que vivimos, y en la que no tenemos tiempo ni generalmente estamos dispuestos a sacarlo para hacernos cargo de quienes no pueden valerse por sí mismos.

Por otra parte, las reformas de protección de menores no sólo atribuyen a la Administración la protección de los menores desamparados, sino que además parecen estar inspiradas en una cierta desconfianza hacia los titulares de la patria potestad o la tutela. Lo primero parece razonable, porque la actuación de la Administración se justifica por razones de protección de los menores, y es adecuada la intervención de la Administración en un ámbito en el que los menores o no tienen padres ni familiares o, aunque los tengan, resulta inexigible el cumplimiento de los deberes que la ley les encomienda (;cómo exigir la pretensión del cumplimiento de que los padres velen por sus hijos, los tengan en su compañía, y les proporcionen una educación integral?). Estos deberes, cuando no pueden traducirse en la exigencia de una prestación de alimentos, porque el supuestamente obligado no está en condiciones de prestarlos por falta de medios materiales, sólo puede dar lugar, en su caso, a una privación de la patria potestad, que es como decir, extinguir —al menos en parte— la relación paterno filial (siguen existiendo derechos de alimentos, por ejemplo, o sucesorios a favor del hijo). Es razonable entonces que, ante la falta de posibilidad de exigibilidad del menor frente a sus padres de las prestaciones propias de las relaciones paternofiliales y, en consecuencia, el fracaso de las técnicas del Derecho privado, la protección del menor trate de formalizarse a través de relaciones de Derecho público, mediante la intervención de la Administración. Cuestión

³⁶ *Vid.* al respecto la Consulta al Ministerio Fiscal de 3 de abril de 1998, donde se apuntan algunos de los posibles riesgos de burocratización de estas tutelas.

distinta es que en este tema tan delicado, la actuación de la Administración no llegue a ser todo lo eficiente que resulta deseable, y en los propios medios de comunicación vemos cómo la aplicación práctica de estos instrumentos otorgados a la Administración provoca numerosos desajustes.

Pero, por otra parte, la protección de los menores está dando lugar a ciertas exageraciones que muestran una desconfianza generalizada hacia los padres y tutores, pero también hacia los propios mecanismos de garantía que ofrece la regulación de los mecanismos de protección contenidos en nuestro Derecho civil. Esta tendencia se sitúa en el marco de la protección de los derechos de la personalidad del menor, que en ocasiones puede entrar en grave conflicto con los deberes de educación y formación que corresponden a los padres. Este recelo hacia los padres supone, por ejemplo, que el menor pueda ser oído «por sí mismo o por medio de persona que le represente», pero diferente del representante legal, con quien puede tener intereses contrapuestos y ser parte interesada (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). Supone que el menor tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y de religión, mientras que a los padres y tutores sólo les corresponde «el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral» (art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). Pero, igualmente, los menores pueden asociarse sin que necesiten para ello el consentimiento de sus padres (art. 7 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

La desconfianza hacia los padres parece olvidar que, en realidad, las limitaciones a la capacidad de obrar en nuestro Ordenamiento, y la razón es evidente tratándose de menores de edad, se justifica en la propia necesidad de proteger a quienes, por falta de una presumible madurez y desarrollo personal, pueden tomar decisiones que les perjudiquen. Esa limitación de la capacidad del menor tiene su medida en la regulación de las instituciones de guarda. Puede excluirse la representación legal en ciertos ámbitos: como hace ya el Código civil en el art. 162 y ss. en relación con actos que, se entiende, nadie puede hacer en representación de otro; o exigir ciertos controles para determinados actos (desde 1996, por ejemplo, es seguro que los titulares de la patria potestad no pueden internar al hijo por razón de trastorno psíquico sin autorización del Juez, ahora art. 763 de la Ley de enjuiciamiento civil; o, pese al consentimiento del propio menor o de su representante legal, posibilitar la intervención de un órgano externo cuando pueda ponerse en peligro la honra, o reputación, o los intereses del menor, art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

Pero también los Jueces, y esta vez sin apoyo legal, desconfían de la administración que hagan los padres de los bienes de sus hijos menores, y no es extraño que en los procesos en los que conceden indemnizaciones cuantiosas a los menores que han sufrido daños por actos de terceros, establezcan un sistema de control judicial diferente al que resultaría de la aplicación del régimen legal contenido en sede de patria potestad (en particular, la necesidad de autorización judicial para disponer del capital, por ejemplo, en la STS 6 mayo 1998 y en la STS 15 octubre 1996). Es como si los Tribunales consideraran que está bien que los padres sean



representantes de los menores pero sólo cuando carezcan de bienes de cierta importancia. No parece que en ninguno de estos casos los padres hayan dado muestra de que incurran en causa de privación de la patria potestad, pero la desconfianza natural hacia los padres hace que se les aplique *a priori*, de oficio, la solución que ofrece el art. 167 del Código civil, antes de que la administración ponga en peligro los bienes de los menores³⁷.

Pero, al mismo tiempo que se desconfía de los padres y de los mecanismos de garantía que ofrece la regulación de la patria potestad cuando se trata de hijos menores, se da la situación contraria: la de entender que, respecto de hijos mayores, y cuando se trata de reclamaciones relacionadas con procesos de separación y divorcio, la madre está legitimada para reclamar frente a su ex cónyuge los alimentos debidos al hijo común que ya es mayor de edad. Muy posiblemente, y al margen del argumento técnico jurídico esgrimido en esta jurisprudencia, se puede encontrar la idea de que los hijos, mayores de dieciocho años, pero que necesitan la ayuda económica de los padres para poder vivir, siguen siendo «menores», y necesitan toda la protección que el Ordenamiento dispensa a estos últimos: en particular, la representación por sus padres.

Las modificaciones sustanciales producidas en el régimen del matrimonio eran imprescindibles, como consecuencia del reconocimiento de la igualdad del hombre y la mujer. También por lo que se refiere a su extinción, por medio del divorcio, cuya admisión me parece necesaria como consecuencia del reconocimiento de la libertad personal (que incluye así la posibilidad de corregir una elección anterior). Pero, obviamente, ello conlleva modificaciones en la percepción tradicional de algunos conceptos, como el de los estados civiles familiares, así como a la matización de algunos de sus caracteres, como la permanencia, o el papel de la autonomía de la voluntad... El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares, en las que tradicionalmente ha sido muy limitado, ha pasado a desempeñar un papel fundamental³⁸, aunque las tendencias no son absolutas. Así, de la nueva regulación de la Ley de enjuiciamiento civil resulta un incremento del poder del Juez en todos los procesos especiales (sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores): se regula la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749), el ámbito de disposición de las partes (art. 751) y, en particular, las reglas sobre la prueba, lo que permite afirmar que se trata de procesos inquisitivos. En efecto, el Tribunal puede

³⁷ Con matices distintos, pero en una manifestación de esta tendencia a potenciar los intereses e incluso los deseos de los hijos menores, el art. 9 del Código de familia de Cataluña, de 15 de julio de 1998, reconoce a los hijos menores la legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad del acto de disposición de la vivienda habitual efectuado por su progenitor sin el consentimiento de su cónyuge o del Juez.

³⁸ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., «Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar», *La Ley* 1982-3, p. 727 y ss.; DIEZ-PICAZO, L., «La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia», en el vol. «*Familia y Derecho*», Madrid 1984, p. 87 y ss.



decretar de oficio las pruebas que estime pertinentes, y la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al Juez (art. 752). La misma regla de que el Juez puede acordar de oficio las pruebas que considere necesarias se reiteran en el art. 770.4ª para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, siempre que en estos dos casos no sean de mutuo acuerdo (o solicitados por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, supuesto al que se refiere el art. 777).

Por otra parte, la crisis de la administración de justicia está introduciendo el uso de formas de resolución de conflictos como la mediación: se trata de una alternativa al mecanismo judicial. De una parte, como explica Atienza³⁹, esos procedimientos están regulados jurídicamente, se negocia a la «sombra» del Derecho, es decir, teniendo en cuenta básicamente lo que resolvería un Tribunal de justicia si llegara a decidir; los mediadores suelen ser personas con formación jurídica, lo que les lleva a proceder de formas típicamente jurídicas.

De forma aparentemente contradictoria, el Derecho interviene cada vez más en zonas de la realidad que no estaban reguladas con anterioridad. Es verdad que existe una sensibilidad social en relación con el reconocimiento de las llamadas parejas de hecho pero, a mi juicio, la protección de los integrantes de una de estas «uniones» así como, en su caso, de la descendencia, no debe realizarse ignorando el derecho a la libertad de quien no quiere casarse.

Como explica Atienza, hasta tal punto están juridificadas nuestras sociedades que lo que en principio aparece como alternativas al Derecho resulta ser simplemente otra forma de Derecho. Es lo que sucede con las «parejas de hecho», contrapuestas a las «parejas de Derecho». De lo que se trata es de que tengan una protección jurídica: no es una alternativa al Derecho sino un Derecho alternativo al establecido, que no discrimine por razón de la orientación sexual de los individuos, o la circunstancia de que la unión se haya formalizado de cierta manera⁴⁰. Hasta tal punto se considera como una realidad social necesitada de regulación que una de las críticas formulada por algún sector doctrinal a la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000 es la ausencia de una regulación de un procedimiento para los casos de crisis de la familia no basada en el matrimonio⁴¹.

En cierta medida, la legislación autonómica sobre parejas de hecho permite hablar de una cierta administrativización: aunque sólo sea porque son las Comunidades Autónomas las que legislan y establecen Registros de Parejas de Hecho (Asturias, Andalucía, Madrid, Valencia, Castilla La Mancha...). Pero no puede desconocerse que esta legislación también tiene consecuencias privadas: porque esos Registros pueden acabar produciendo efectos no sólo para conseguir subvenciones

³⁹ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 17.

⁴⁰ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, p. 17.

⁴¹ En este sentido, MORENO CATENA, V., *Derecho procesal Civil. Parte especial*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2000, p. 155.

o beneficiarse de ayudas públicas a la familia, sino también como prueba de la convivencia a efectos de un eventual pleito entre las partes como consecuencia de una crisis de la familia, o para probar la legitimación de la pareja para instar un procedimiento de incapacitación (art. 757 de la Ley de enjuiciamiento civil), pero también respecto de terceros para adoptar a un menor o para subrogarse en la vivienda alquilada (art. 161.b de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994).

Cataluña, Aragón y Navarra —cronológicamente, por este orden: Leyes de 15 de julio de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 3 de julio de 2000— han legislado sobre esta materia propugnando una equiparación a las parejas casadas de las parejas no casadas que cumplan ciertos requisitos (cierto plazo de convivencia, o tener hijos comunes, o estar inscritos en el correspondiente Registro, o haber firmado un documento). Las leyes, que tratan de manera diferente a las parejas homosexuales y heterosexuales, plantean importantes problemas de interpretación (por ejemplo, ¿vecindad civil o administrativa?) pero sobre todo, en mi opinión, pretenden introducir una forma paralela de matrimonio, lo que resulta contrario a la previsión constitucional de que el régimen jurídico relativo a las formas del matrimonio es competencia exclusiva del Estado⁴².

Por lo que se refiere a la transexualidad, no existe en Derecho español una regulación que posibilite legalmente el cambio de sexo⁴³. Las sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre la materia (Ss. TS de 2 de julio de 1987, de 15 de julio

⁴² El reconocimiento jurídico de las parejas no casadas también ha tenido su reflejo en algunas normas de Derecho de sucesiones. La Ley de sucesiones aragonesa, por ejemplo, amplía el ámbito de la fiducia sucesoria, que ya no es necesario sea otorgada a favor del cónyuge, como establecía con anterioridad la Compilación. Lo mismo puede afirmarse para el testamento mancomunado o para el pacto sucesorio. Todo ello es así recogido en la Ley aragonesa de parejas estables no casadas de 26 de marzo de 1999 (arts. 15 a 17). Incluso, el art. 9 de la misma ley reconoce derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes: «En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, *el supérstite tendrá derecho*, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, *al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda familiar*, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. *Asimismo, el supérstite podrá*, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, *residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año*».

⁴³ La Dirección General de los Registros y del Notariado admite la rectificación del sexo en las actas del Registro Civil mediante expediente gubernativo (art. 93.2º Reglamento del Registro civil), además de en los supuestos de error material en la consignación del sexo, en los casos de intersexualidad física (conformación anatómica que no se corresponde con la cromosómica), definida después de modo distinto al consignado en el asiento, aun cuando sea con intervención quirúrgica. La Dirección General, en cambio, rechaza que tal expediente sirva para las hipótesis de «discordancia sobrevenida o sea, cuando siendo correcta la indicación que entonces constaba en el Registro se haya, sin embargo, producido un cambio de sexo». La rectificación debe hacerse entonces mediante sentencia firme recaída en el correspondiente juicio ordinario, por tratarse del ejercicio de una acción de estado (Rs. DGRN 17 de marzo de 1982, 26 de abril de 1984, 6 de mayo de 1987 y 29 de diciembre de 1994).



de 1988, de 3 de marzo de 1989, de 19 de abril de 1991), poniendo el fenómeno en relación con el «libre desarrollo de la personalidad» del art. 10.1 de la Constitución han admitido que el cambio físico producido (en todos los casos, de hombre a mujer) tuviera su reflejo en la inscripción de nacimiento del transexual, con la consiguiente modificación de la mención del sexo y del nombre propio, adecuado al nuevo sexo. Pero la eficacia de ese cambio es limitada, según resulta de esas sentencias, que señalan cómo no se cambia el sexo biológico natural («continúan inmutables los cromosomas masculinos») y lo que hay es una «ficción de hembra» («el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal»)⁴⁴. Se trata, sin embargo, de un tema abierto, como consecuencia de la falta de regulación. La práctica registral posterior admite el matrimonio entre personas de distinto «sexo legal» pero del mismo sexo biológico (los cromosomas no varían). Algunos Juzgados de Primera Instancia se han mostrado favorables a la celebración del matrimonio de los transexuales con personas de su mismo sexo originario (sentencia de 21 de septiembre de 1999 del Juzgado núm. 7 de Lérida, auto de 10 de enero de 2000 del Juzgado de Melilla). En Rs. DGRN. (dos de 8 de enero de 2001 y una de 31 de enero de 2001), se admite el matrimonio del transexual que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo con persona de su mismo sexo biológico. Se argumenta para ello que las afirmaciones del Supremo sobre la nulidad del matrimonio del transexual contenidas en las sentencias citadas son *obiter dicta*, por lo que no constituyen jurisprudencia, así como que, si una sentencia ha decidido el cambio de sexo, y éste ha sido inscrito, debe operar a todos los efectos; que no puede negarse el *ius nubendi* a los transexuales.

⁴⁴ En particular, se advierte por el Tribunal Supremo que la estimación de lo pedido se hace «sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la capacidad y aptitud en cada supuesto» (STS 2 julio 1987). Se entiende, por ello, que «los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio serían nulos» (Ss. TS citadas de 1988, 1989 y 1991) y que el cambio de sexo no faculta al interesado a contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo físico (Rs. DGRN 21 de enero de 1988 y 2 de octubre de 1991, donde se recuerda que esta interpretación en conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en torno a la aplicación del art. 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 sobre protección de derechos humanos y libertades fundamentales).