

- Ley 12/2004. 27-12-2004. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana.
- Ley 13/2004. 27-12-2004. Caza.
- Ley 14/2004. 29-12-2004. Presupuestos.
- Decreto 264/2004. 3-12-2004. Modifica la composición de las Juntas Rectoras de los parques naturales.
- Decreto 278/2004. 17-12-2004. Modifica el Decreto 112/2003, de 11-7-2003, del Consell de la Generalitat, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo.
- Decreto 280/2004. 17-12-2004. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parc Natural del Marjal de Pego-Oliva.
- Orden 29-10-2004. Modifica las bases que regulan las ayudas para la mejora de las condiciones de trabajo en pequeñas y medianas empresas reguladas en la Orden de 22-4-2002, modificada por la Orden de 5-3-2003, y se abre nuevo plazo para solicitarlas.
- Orden 15-11-2004. Regula la publicidad y los carteles y placas que identifican las actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo en la Comunidad.
- Orden 17-12-2004. Aprueba el calendario de fiestas locales, retribuidas y no recuperables en el ámbito de la Comunidad para el año 2005.

II. Información de actividades

Andalucía

En Sevilla y Huelva, del 18 al 22 de octubre de 2004, se celebró el XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI*, con diez secciones agrupadas por temas y en cada sección varias ponencias.

Informe de la relatoría de la sección 1.^a: *La familia como institución central de la vivencia humana: historia, sociología, psicología, política y derecho.*

Presidencia: Profesor Doctor don MANUEL J. GARCÍA GARRIDO; Profesor Doctor don JULIÁN GUITRÓN FUENTEVILLA, y Profesora Doctora doña OLGA MESA CASTILLO.

Relatoría: Doctor VÍCTOR AMAYA RICO y M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ.

Subsecciones temáticas: 1. Cambio social, transformación de la familia y divergencias del modelo tradicional. 2. Visión constitucional del Derecho de familia. 3. Políticas sociales, población y desa-

rollo sostenibles. 4. La pareja y núcleos familiares contemporáneos. 5. Roles sociales. Las relaciones familiares entre descendientes y ascendientes: obediencia, respeto y dependencia. 6. Familia y demografía. 7. Fundamentos históricos de la familia. 8. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Esta sección se trata sin duda de la propuesta temática más genérica del XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, ya que se dirige al análisis de la familia en sí, como institución central de la vivencia humana que es. Por ello, siendo la familia su núcleo principal, el estudio de la misma no se puede limitar al análisis desde una única rama del saber, sino que en este foro se han reunido estudios de carácter histórico, sociológico, psicológico, político y económico.

Desde las propuestas de las subsecciones temáticas, los ponentes han escogido temas como «Los derechos sociales y derecho de familia: una aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales de y para los niños y sus familias»; «La familia patriarcal y las nuevas formas familiares: ¿autoritarismo frente a democracia interna?»; «Nupcias de diversa sangre»; «La familia: fundamentos y principios que sustentan su estudio. El principio de causa y efecto en el Derecho familiar»; «El Derecho de Familia, ¿sigue siendo Derecho?»; «Tendencia en la solución de los conflictos familiares»; «Excepciones al régimen común de determinadas instituciones del derecho de familia derivadas de la normativa constitucional»; «El procedimiento familiar en la Constitución política de México»; «El valor jurídico actual de la familia en España»; «La conciliación de la vida familiar y laboral: un reto de nuestro tiempo»; «Sobre el concepto de familia, ¿qué familia se protege en el artículo 39.1 de la Constitución Española?»; «Primer intento de regulación civil del matrimonio: La Ley de 18 de junio de 1870»; «El ejercicio de la autoridad de los padres: dualidad o unitarismo»; «Modificaciones producidas en el Derecho de Familia en España tras la publicación del Código Penal de 1848»; «El caso de Guinea Ecuatorial: las relaciones familiares a través de la Historia»; «La Ley de Uniones Estables de Pareja y la perspectiva histórica-romanística de la relevancia jurídica de la convivencia *more uxorio*»; «La reproducción precaria en las familias en la zona conurbada Zacatecas-Guadalupe, México, 1990-2004»; «Derechos educativos de la familia en México, ¿derechos ignorados?»; «Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna»; «Derecho familiar y Derecho electoral».

Como no es la intención de este informe adoptar unas conclusiones, sino un breve recordatorio del conjunto de las aportaciones presentadas, conviene señalar que, independientemente de la nacionalidad de sus autores, de su ideología e incluso de su adscripción a distintas ramas del saber, hay una

relativa unanimidad en describir los constantes procesos de cambio y mutación social que afectan en mayor o menor medida a la familia.

Por otra parte, la familia requiere de su ordenación por el Derecho, y como no podía ser de otra manera el Derecho de Familia debería estar en relación directa con los Derechos humanos y, específicamente de los de contenido social, económico y cultural, y no olvidar las carencias que afligen a muchas personas y países.

Esta protección económico-social de la familia es básica, ya que, como hemos dicho, su esencialidad se concreta en la funcionalidad socializadora y afectiva. Con todo, su funcionalidad pervive, si bien el modelo familiar ya no se ajusta a las características de la familia patriarcal y da paso a nuevas formas familiares. Históricamente ya se habían planteado excepciones al sistema ordinario, como era el caso de la unión de personas de distinta etnia, religión, o que se regían por distintos ordenamientos; especialmente destaca el caso de la cédula de 1514, que inició la relativa tolerancia a los matrimonios entre españoles e indias.

En todo caso, el Derecho de Familia o Derecho Familiar puede llegar a ser instrumento que propicie una cultura de valores en la familia y que fomente la paz y la honestidad. Cuestión que pone de manifiesto que, gracias a la intervención de agentes e informes no estrictamente jurídicos, se puede poner en duda que el Derecho de Familia siga siendo auténticamente Derecho, dada la imprevisibilidad de las resoluciones judiciales en la materia.

Las Constituciones contemporáneas han recogido a la institución familiar de formas diversas y, en ocasiones, con imprecisiones y vaguedades constitucionales. Incluso en pleno siglo XXI, el régimen ordinario de la familia se ve excepcionado por ciertos principios constitucionales relacionados directamente con la monarquía parlamentaria y que afectan al matrimonio, adopción o tutela. También ocurre que en otros países, la inclusión en la parte dogmática de la institución familiar ha sido relativamente reciente. En todo caso, las Constituciones contemporáneas recogen otros derechos que finalmente son difíciles de conciliar, como sucede con la vida familiar y laboral, punto que nuevamente evidencia los múltiples procesos como la incorporación de la mujer al trabajo, que han afectado y modulado ciertos principios tradicionales, necesitados ahora de nuevas soluciones y de apoyo de los poderes públicos. Éstos tienen el deber de velar por el bienestar social de la familia.

Otros aspectos estudiados se refieren a la consideración pluralista de la familia y su elasticidad ante la dificultad de establecer un concepto unívoco sobre la familia. Así como la necesidad de fomentar políticas públicas para eliminar carencias y necesidades primarias con el objetivo de alcanzar una protección real de la familia. Por otra parte, la educación es un requisito imprescindible esencial para eliminar las desigualdades socioeconómicas y culturales, para humanizar y democratizar el Derecho de

Familia. Precisamente otro de los retos a los que se enfrenta la familia se refiere a la necesidad de una conciliación entre vida familiar y laboral para la mujer, lo que requiere de un necesario apoyo público y de una concienciación social.

Insistiendo en los aspectos constitucionales, se hace imprescindible velar y legislar en las constituciones modernas, y de manera expresa, el derecho y prerrogativa de los parientes por consanguinidad, afinidad o de adopción, sin limitación de grado, a ser votados en caso de aspirar a puestos de elección popular, con extensión a las elecciones internas dentro de los partidos políticos y en las elecciones federales, locales o municipales. En suma, ha de prevalecer la tutela de la persona sustentada en los Derechos Fundamentales con el apoyo de la familia como institución instrumental.

En definitiva, el Derecho de Familia debe estar al servicio de la persona, evitando ser un derecho sólo reactivo a las crisis y conflictos familiares. Para ello ha de esforzarse en superar la tendencia de la normativa actual en la que prevalece el unitarismo en el ejercicio de la autoridad parental cuando cesa la convivencia. Finalmente, ha de evitarse la existencia de una parte débil y perdedora, de tal forma que el pertenecer a una familia no implique ni la pérdida, disminución, ganancia o aumento de ningún derecho de la persona sobre el régimen común sin justificación jurídica.

Doctor VÍCTOR AMAYA RICO y M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Informe de la relatoría de la sección 2.^a: *Matrimonio y crisis matrimoniales: celebración y efectos personales del matrimonio; nulidad, separación y divorcio; mediación.*

Presidencia: Profesor Doctor DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Profesor Doctor JOSÉ ERNESTO CRIOLLO, y Profesor Doctor JOSÉ MARÍA CONTRERAS MAZARÍO.

Relatoría: Doctor CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE, VERÓNICA DEL CARPIO FIESTAS y JOSÉ DANIEL PELAYO OLMEDO.

Subsecciones temáticas: 1. Derechos fundamentales de los cónyuges durante el matrimonio y en las crisis matrimoniales. La igualdad de derechos. 2. Los descendientes en caso de crisis matrimoniales. 3. Hogar familiar, ajuar y patrimonio en las crisis matrimoniales. 4. Crisis matrimonial y soluciones extrajudiciales. La mediación familiar. 5. Separación, nulidad y divorcio: causas y efectos. 6. El matrimonio religioso: celebración, efectos y crisis matrimoniales. 7. La jurisdicción de familia. 8. Aspectos sociológicos y psicológicos de las crisis matrimoniales. 9. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Los días 18 y 19 de octubre de 2004 se celebraron las sesiones de la sección 2.^a del Congreso sobre «Matrimonio y crisis matrimoniales; celebración y efectos personales del matrimonio, nulidad, separación y divorcio; mediación». Esta sección 2.^a contó con 34 ponencias con aportaciones referidas al Derecho Civil, al Derecho Eclesiástico del Estado y al Derecho Procesal-Matrimonial.

Los temas tratados durante las sesiones de trabajo abarcan un amplio campo de investigación. La mayor parte de las ponencias se han centrado en el estudio crítico del Derecho vigente, con propuestas de modificación legislativa en varios casos, y algunas ponencias presentan un enfoque dirigido a reflejar la evolución sufrida por el Derecho de Familia en las materias objeto de la sección. De las 34 ponencias presentadas, cuatro recogen el Derecho argentino, una el salvadoreño, una el mexicano, una el chileno, y una el cubano, y las restantes el Derecho español.

Los derechos y deberes de los cónyuges durante el matrimonio y en las crisis matrimoniales y la igualdad de derechos han sido objeto de varias ponencias.

En primer lugar, en materia de transexualidad se ha efectuado un estudio sobre la capacidad matrimonial del transexual en España, a la luz principalmente del derecho a la identidad. La jurisprudencia española ha reconocido el derecho del transexual al cambio de nombre y de sexo con la correspondiente modificación en el Registro Civil, y no resulta congruente negarle al mismo tiempo el *ius connubii*, siempre que se den los demás requisitos del matrimonio, como el consentimiento no viciado por el error, de forma tal que sería lógico exigir el conocimiento por el otro contrayente del cambio operado por el transexual, solución recogida en el Derecho Comparado y por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La evolución del Derecho de Familia en relación con la igualdad de los cónyuges ha sido objeto de varias ponencias. Una de ellas ha efectuado igualmente un recorrido sobre la evolución de la situación de la mujer casada desde la redacción originaria del Código Civil español de 1889 hasta la actualidad postconstitucional, para concluir que, si bien el avance hacia la igualdad es evidente, quedan aún vestigios de discriminación, como el empleo en la normativa matrimonial de conceptos jurídicos indeterminados que podrían reflejar los roles tradicionales de ambos sexos, la insuficiente valoración del trabajo doméstico a efectos civiles y la subsistencia de terminología discriminatoria. Otra ponencia recoge la evolución del Derecho de Familia español, desde la perspectiva de la influencia de la Iglesia católica, en especial en la época franquista, en la cual los Tribunales eclesiásticos tenían en la práctica la exclusiva de resolver la inmensa mayoría de los pleitos de familia, con plenos efectos civiles, con las graves consecuencias personales y patrimoniales que se derivaban para la mujer del hecho de aplicar unas normas ajenas

al orden civil, situación sólo superada tras una sentencia del Tribunal Constitucional español de 1981, que restableció la plenitud jurisdiccional de los tribunales civiles.

Los derechos y deberes de los cónyuges han sido también analizados por varias ponencias con enfoques distintos. Una ponencia ha efectuado un detallado análisis de cada uno de los derechos y deberes de los cónyuges en España, resaltando que su incumplimiento queda sancionado a través de su incardinación como causas de separación y divorcio, la desheredación, las acciones indemnizatorias en caso de matrimonio nulo para el cónyuge de buena fe y la pensión compensatoria por ruptura matrimonial e incluso las acciones penales por abandono de familia e impago de pensiones. Sobre las consecuencias del abandono del hogar y la familia se ha centrado otra ponencia, exponiendo las consecuencias como la revocación de donaciones *propter nuptias* o no y sobre la liquidación de gananciales, y en especial se ha criticado que el legislador español en el vigente Código Penal haya optado por proteger penalmente sólo aquellos derechos familiares de contenido puramente patrimonial, dejando de lado la defensa de los deberes de asistencia inherentes al matrimonio, lo que constituye un paso más en la equiparación del matrimonio a las uniones de hecho por la vía de desvirtuar la primera institución. Por último, una ponencia plantea la conveniencia de aplicar al ámbito de Derecho de Familia español los principios generales de la responsabilidad civil para daños generados por incumplimiento de los deberes conyugales, como recoge el Derecho italiano, para concluir que no sería posible reparar todo daño injustamente causado, pero sí de forma excepcional si se vulneraran derechos fundamentales o dignos de especial protección, existiera conducta dolosa o gravemente negligente y se hubiera causado daño de especial magnitud.

Por otra parte, se ha realizado una reflexión sobre los diez años de vigencia de la actual legislación salvadoreña en materia matrimonial, exponiendo las causas de divorcio, enfocadas hacia el divorcio remedio y resaltando que se exige una conciliación obligatoria. La perspectiva de estos años sobre la aplicación práctica de esta normativa permite concluir que la reforma merece una valoración muy positiva, en la que cabe resaltar especialmente el significativo éxito constatado con las conciliaciones intraproceso obligatorias, y la pretensión de generalizar las oficinas de mediación.

En lo que respecta en concreto a las causas de divorcio, la estabilidad matrimonial, como objeto de protección convencional, ha sido objeto de una ponencia, que examina los argumentos expuestos en el Parlamento chileno al tramitar la reciente Ley de Divorcio que rechazó finalmente esta posibilidad. Los argumentos sobre indisolubilidad pactada o restricción voluntaria de causas de divorcio son sistematizados por la ponencia, a la vista del Derecho comparado, para concluir en una propuesta que concilie las posturas extremas

que corresponden a concepciones distintas de la institución matrimonial, partiendo para ello del valor jurídico de la estabilidad matrimonial como valor que beneficia a la familia y a la sociedad en su conjunto.

La cuestión de la problemática de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial, analizada en la subsección 5.^a, ha dado lugar a tres ponencias, todas ellas de Derecho español. La primera ha examinado los efectos de una crisis matrimonial respecto de la vivienda familiar, desde de una perspectiva general y a la luz de la Constitución y del Código Civil, que recogen una especial protección de la vivienda familiar, de modo tal que es preciso que se atribuya su uso al cónyuge en cuya compañía queden los hijos o al cónyuge más necesitado de protección, incluso aunque no sea el titular de la vivienda, y cuáles son sus efectos en lo que respecta a la liquidación de la sociedad de gananciales. En cuanto en concreto a la vivienda familiar disfrutada en régimen de arrendamiento, se ha resaltado la existencia de posturas doctrinales y jurisprudenciales muy distintas respecto de la naturaleza familiar del arrendamiento y los efectos totalmente opuestos de inclinarse por una u otra postura en caso de crisis matrimonial al adjudicarse al cónyuge no titular, con la consiguiente inseguridad jurídica. Finalmente, se ha analizado la cuestión de las segundas residencias y su posible atribución de uso en caso de crisis matrimonial, extremo no regulado en el Código Civil, pero sí en el Código de Familia de Cataluña, que ha sido objeto de interpretación restrictiva por la jurisprudencia catalana.

Por último, la problemática procesal en España ha dado lugar a varios estudios. Se ha analizado la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 desde una perspectiva general en materia matrimonial, en contraposición con la legislación preexistente, para concluir que si bien se constatan defectos formales y remisiones imprecisas a otros procedimientos, en general las disposiciones actuales son más favorables a una justicia efectiva. Por el contrario, otra ponencia ha resaltado las dificultades prácticas que viene ofreciendo la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta al procedimiento de modificación de medidas derivadas de pleitos matrimoniales por una desafortunada redacción del artículo 775 LEC 2000, ha destacado la existencia de jurisprudencia contradictoria con la consiguiente inseguridad jurídica y ha abogado por una modificación legislativa. En lo que respecta al convenio regulador de efectos de separación, nulidad y divorcio en caso de procedimiento consensuado español, se han presentado dos ponencias que han profundizado en la naturaleza jurídica del convenio regulador, su posible equiparación con la transacción judicial y los efectos y características de la intervención judicial, así como el alcance de la autonomía de la voluntad en este ámbito tanto si hay hijos como si no los hay.

La subsección dedicada a los descendientes en caso de crisis matrimoniales ha contado con cinco ponencias, de las que fueron expuestas

tres, destacándose especialmente las dificultades que se dan en la práctica sobre el ejercicio compartido de la patria potestad cuando los progenitores del menor viven separados, especialmente en cuanto al mantenimiento del domicilio familiar y a la adecuada comunicación con el progenitor no custodio, conculcándose a menudo el principio del interés superior del menor.

En otro orden, la subsección dedicada a la mediación familiar ha contado con numerosas ponencias (ocho), de las que se han expuesto cinco, poniéndose de relieve la experiencia acumulada por la Ley catalana, la primera que regula esta materia en nuestro país, así como la proyectada legislación balear, que combina los aspectos civiles del contrato de mediación, con los administrativos de la organización del servicio.

La experiencia acumulada en la República Argentina puede ser de indudable interés para todos los países llamados a desarrollar este medio alternativo de resolución de conflictos, destacándose la necesidad de contar con equipos interdisciplinarios; la conveniencia de una primera sesión obligatoria para fomentar su difusión y su conocimiento, por los interesados, así como su introducción en los llamados «puntos de encuentro» en los que puede hacerse un seguimiento («monitorear») del cumplimiento de las medidas y evitar nuevos conflictos.

Finalmente, se destacó una interesante perspectiva a introducir en la formación y en la actividad de la persona mediadora: las implicaciones de género que se encuentran en el sistema de valores sociales y de creencias personales, que deben tenerse presentes en toda mediación familiar.

En su gran mayoría, las distintas ponencias presentadas analizan cuestiones que afectan a la institución jurídica matrimonial, como germen de la familiar, desde una doble perspectiva. Por un lado, se estudia su configuración en el ordenamiento jurídico propio de las confesiones religiosas y, por otro, en el ordenamiento jurídico civil, para finalmente y siguiendo la técnica de la comparación entre ordenamientos, intentar conseguir conclusiones válidas para ambos.

Es de destacar que se tiene muy en cuenta por los autores la actual movilidad y crisis de la institución matrimonial y que, a pesar de ello, sigue siendo la figura más recurrente por los individuos a la hora de formalizar su relación de pareja.

Se tratan cuestiones relativas a la orientación sexual de los contrayentes, estudiando la homosexualidad y la bisexualidad como impedimentos dirimentes de la nulidad matrimonial para los casos en que un homosexual o un bisexual contraigan matrimonio con otra persona del sexo opuesto y se plantee una cuestión de nulidad. Así, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico canónico, algunos ponentes consideran que ambas características han de reconducirse a la nulidad matrimonial por el capítulo de la incapacidad psíco-

física que recoge el canon 1095, especialmente en su párrafo 3, del Código Canónico de 1983. Dado que los Tribunales eclesiásticos han dictado resoluciones de nulidad matrimonial sobre la base de dichas causas, y éstas pueden tener efectos civiles, se analiza el sistema de reconocimiento de sentencias canónicas en el ordenamiento jurídico civil español. Para ello se hace referencia a las normas que le sirven de basamento: el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979, celebrado entre la Santa Sede y el Estado español, el artículo 80 del Código civil, el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (aún vigente a tenor de la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000) y el recién aprobado Reglamento del Consejo de Ministros de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Se trata igualmente el dolo y el error como vicios de la voluntad constituyente del matrimonio, y dos casos de disolución del matrimonio no sacramental especialmente canónicos: el Privilegio Paulino (para matrimonios entre no practicantes) y el Privilegio Petrino (para matrimonios de culto dispar).

No sólo se ahonda en el ordenamiento canónico, sino que muestra de la actual multiculturalidad y pluralismo de la sociedad española, se estudia el ordenamiento jurídico islámico, su influencia en el ordenamiento español (a través del Acuerdo con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992) y figuras específicas como el repudio y el divorcio musulmán.

Como un detalle de la fuerte interrelación que existe entre la figura matrimonial civil y la religiosa, se atiende al proceso de secularización del matrimonio sufrido en países tradicionalmente católicos (véase, por ejemplo, España, Francia, Portugal y países iberoamericanos). Y de manera especial se atiende al reciente Concordato firmado entre el Estado portugués y la Santa Sede, con fecha de 18 de mayo de 2004. Este acuerdo supone el final de la reserva jurisdiccional de los tribunales eclesiásticos y limita la eficacia civil de sus resoluciones a la conformidad de su contenido con el Derecho matrimonial interno portugués.

Finalmente se muestra la influencia de las cuestiones matrimoniales y de su interés para la sociedad en los reflejos que se encuentran en la creación literaria artística, especialmente en el Teatro del Siglo de Oro español.

DOCTOR CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE, VERÓNICA DEL CARPIÓ FIESTAS
y JOSÉ DANIEL PELAYO OLMEDO

Informe de la relatoría de la sección 3.^a: *Las uniones de hecho o la convivencia extramatrimonial: modelos alternativos de grupos familiares*.

Presidencia: Profesora Doctora IVETTE COLL DE PESTAÑA y Profesor Doctor SERGIO RESENDE DE BARROS.

Relatoría: Doctora JUANA RUIZ JIMÉNEZ y ARACELI DONADO VARA.

Subsecciones temáticas: 1. Las relaciones de convivencia y el cambio social. 2. Institucionalización jurídica de las uniones de hecho: homosexualidad y transexualidad. 3. Posibilidad de equiparación entre las uniones homosexuales y las uniones heterosexuales. 4. Derecho a casarse y derecho a no casarse. 5. Efectos patrimoniales derivados de las uniones de hecho. 6. Efectos personales derivados de las uniones de hecho. 7. La regulación en el ámbito autonómico y posibles conflictos interregionales. 8. Los pactos entre convivientes. 9. Conveniencia de su regulación y ámbito de la misma. 10. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

La sección tercera sobre «Las uniones de hecho o la convivencia extramatrimonial: modelos alternativos de grupos familiares», estuvo presidida por la Profesora Doctora doña IVETTE COLL DE PESTAÑA, de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y por el Profesor Doctor don SERGIO RESENDE DE BARROS, representante oficial designado por la Universidad de São Paulo.

Los temas tratados durante las sesiones de trabajo fueron de lo más diverso y completo dentro de esta materia tan actual y no exenta de polémicas, no sólo en nuestro país sino también en países de nuestro entorno y aquellos que sin estar cerca geográficamente lo están emocionalmente.

Entre la temática expuesta y debatida señalamos las siguientes consideraciones:

A) *En la relación del concepto de familia con el matrimonio y las uniones de hecho* se ha puesto de manifiesto la evolución de una institución tan arraigada como es la familia, ligada durante muchos siglos al vínculo del matrimonio y que en las últimas décadas está sufriendo un cambio muy importante, y así se ha recogido por el Tribunal Constitucional Español, que ante la petición de reconocimiento de determinados derechos a las parejas estables no casadas, ha declarado que el matrimonio y la pareja de hecho son realidades diferentes y por lo tanto no hay discriminación si el legislador les otorga efectos diferentes, pero ello no significa que la familia a la que hace referencia el artículo 39 de la Constitución Española, sea únicamente la surgida del matrimonio, ya que este precepto incluye a cualquier tipo de familia.

Se ha manifestado que una de las diferencias entre el matrimonio y las parejas de hecho estaría en el requisito de la convivencia que si en los matrimonios se presume, en las uniones de hecho necesita ser probado por la pareja, siendo en algunos casos difícil su demostración, a pesar de exteriorizarse o de resultar pública y conocida.

B) *Especialmente se ha detectado una creciente inquietud por los numerosos intentos legislativos de incorporar el fenómeno de las parejas de idéntico sexo:* En relación con las parejas no casadas se distingue, por su aptitud nupcial, entre aquéllas que pueden pero no quieren casarse, esto es, uniones heterosexuales, de las que quieren pero no pueden casarse, las uniones homosexuales y de transexuales con personas de su mismo sexo. En relación con las primeras a pesar de que formen una familia, una comunidad plena de vida, si bien con divisiones, se postula que quizá debería respetarse su decisión libremente aceptada de mantenerse al margen de los formalismos y requisitos del matrimonio, por lo cual, en esta unión habría que considerar su aformalidad, y el legislador debería mantenerse al margen de su regulación o formación de un matrimonio a la carta, dado que se podría resucitar el concubinato. Se podría reformar abaratando y agilizando el divorcio, que harían que más parejas contrajeran matrimonio, al ser su dificultad el motivo que retrae a las parejas de contraerlo. En relación con las segundas, en especial las homosexuales y transexuales, en ciertos casos se ha valorado la discutida posibilidad de si es conveniente o no reconocerlas legalmente.

Las uniones homosexuales también pueden ser calificadas como uniones homoafectivas, al considerar el afecto entre personas del mismo sexo. En Brasil aún no existe norma que las reconozca y otorgue derechos y obligaciones, sin embargo, serán los tribunales los que en algunas ocasiones después de reconocer la existencia de un vínculo afectivo entre la pareja homosexual les ha concedido unos derechos restringidos y pocos beneficios.

En relación con la problemática de la institucionalización de las parejas homosexuales en el Derecho argentino, existe una regulación parcial. Se ha señalado que, dado que la familia existe como tal, con independencia de la orientación e identidad sexual de los miembros que la componen, es posible reconocerles el status de familia a estas parejas basándose en mandatos constitucionales y supranacionales.

La Sociología y el Derecho no van siempre de la mano, la ley no siempre contempla una realidad social que se está dando, en este caso, las uniones tanto hetero como homosexuales, las cuales existen y el Derecho no debe ser ajeno a ellas, y deberán ser amparadas.

En ciertos Estados plurilegislativos, como es el español, ciertas Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, han promulgado leyes especiales planteando alguna de ellas como la navarra, aragonesa y vasca, la

posibilidad de que sean adoptantes las parejas del mismo sexo, tema, el de la adopción, que ha suscitado una gran polémica.

Se ha dejado claro que existe una división doctrinal acerca de la conveniencia de que las parejas homosexuales sean incluidas en el matrimonio o no. De esta manera, también se ha señalado que en el caso de que se incluyeran las parejas homosexuales dentro de la figura del matrimonio, se podrá constituir una nueva categoría jurídica, distinta del matrimonio tradicional.

C) *En todo caso, no existe unidad de criterio ni globalización jurídica en esta materia.* Se ha estudiado el tratamiento jurídico de las parejas de hecho en el ámbito europeo, destacando, por un lado, aquellos países del norte de Europa que fueron vanguardistas en la regulación de las parejas heterosexuales y también en el reconocimiento jurídico de parejas homosexuales, llegándose a admitir incluso en determinados países el matrimonio de parejas homosexuales, un ejemplo de ello son Bélgica y Holanda.

Por otra parte, se ha analizado la evolución legislativa del concubinato en Francia, positivando el legislador francés esta unión con el fin de concederle algunos beneficios que antes estaban reservados a los matrimonios.

Esta falta de globalización también se manifiesta al estudiar este fenómeno de las parejas de hecho en los países de ámbito iberoamericano, que aunque con una regulación diferente, ha tenido en la mayoría de ellos un especial reconocimiento jurídico, debido a razones socio-económicas, étnicas y culturales de este continente. Se ha llegado incluso, en algunas legislaciones nacionales, a considerar la doctrina del matrimonio putativo en la unión de hecho. En particular, se ha detectado que en ciertos países como en México, la institucionalización del concubinato ha tenido ciertas consecuencias. Por ejemplo, el desvanecimiento del matrimonio como institución jurídica ha dado lugar a una juridificación del concubinato.

Ante la ausencia de legislación aplicable al supuesto de hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado la autorregulación por la pareja como medio para resolver la mayoría de los conflictos jurídicos que este tipo de relaciones afectivas plantean aun no considerándose la opción más acertada.

Se han ocupado de la regulación en el ordenamiento jurídico español varios estudios.

En los últimos años las parejas estables han atravesado tres momentos: Un primer momento en el que ante una ausencia de regulación, son los tribunales los que resuelven los conflictos surgidos en la pareja, en la mayoría de los supuestos conflictos de índole patrimonial. Una segunda etapa caracterizada por la promulgación de leyes de ámbito autonómico. Y, una tercera etapa, la actual, propicia una nueva andadura en la que ya existen varias Propositiones y Proyectos de Ley.

En la regulación autonómica se destaca que, debido a la especial configuración territorial de nuestro país, es preciso conocer de cada una de ellas, los requisitos de capacidad para constituir una pareja estable, los efectos que se producen en una u otra Comunidad Autónoma, los pactos que se pueden establecer, la extinción, etc.

Esta pluralidad de requisitos y la utilización de criterios heterogéneos para determinar el ámbito de aplicación crean en algunas ocasiones confusión que desemboca en una gran discriminación e inseguridad jurídica de las parejas estables, dependiendo en qué Comunidad se encuentren.

Se ha manifestado también que la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003 no ha regulado con acierto este tipo de unión, contemplándolo únicamente como personas especialmente relacionada con el concursado, situación que le lleva a situarse en el último lugar de los créditos subordinados.

A pesar de este boom legislativo, se ha expresado que, pese al interés del legislador por regular a las parejas de hecho, ya sean homosexuales o heterosexuales, siempre quedará un grupo de parejas que no querrán contraer matrimonio y que no querrán que se les aplique ningún tipo de normativa que no sea la que protege a la familia en general, pudiendo, si es así el deseo de los miembros de la pareja, regular su relación aplicando la normativa existente, tanto en el ámbito patrimonial como en el personal.

Por otro lado, se ha reflejado la realidad social de una etnia como la gitana que reivindica que se reconozcan efectos civiles al matrimonio celebrado por el rito gitano, única manifestación que en la actualidad se conserva de los denominados «matrimonios consuetudinarios».

Y cerramos nuestra intervención, sin ánimo de provocar, pero sí de invitar a la reflexión, con dos de las frases manifestadas en las distintas intervenciones de la sección: «El Derecho se modifica por el uso, la habitualidad, los siglos y las edades». «La familia ha perdido su rumbo, hay que encauzarla para lograr la felicidad».

Doctora JUANA RUIZ JIMÉNEZ y ARACELI DONADO VARA

Informe de la relatoría de la sección 4.^a: *Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de los diversos grupos familiares.*

Presidencia: Profesor Doctor ULISES PITTI y Profesora Doctora LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO.

Relatoría: Doctora MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, Doctora FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO y Doctora MARTA GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO.

Subsecciones temáticas: 1. Disposiciones generales de los regímenes patrimoniales del matrimonio: el denominado «régimen patrimonial primario». 2. Problemática jurídica de la vivienda familiar.

3. Los convenios reguladores del régimen patrimonial: las capitulaciones matrimoniales y los pactos prematrimoniales. 4. Régimen de sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad de bienes. 5. Régimen de separación de bienes. 6. Otros regímenes patrimoniales del matrimonio. 7. La publicidad registral de los regímenes patrimoniales. 8. Los cambios de régimen económico-matrimonial en perjuicio de acreedores. 9. El patrimonio familiar en supuestos de quiebra y concurso de acreedores. 10. El procedimiento judicial para la división del régimen económico-matrimonial. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

En el marco de la sección 4.^a, que lleva por título «los regímenes patrimoniales del matrimonio y de los diversos grupos familiares», un primer grupo de ponentes ha llamado la atención sobre la necesidad de llevar a cabo una paulatina armonización del denominado régimen patrimonial primario. Se trata pues de compatibilizar un régimen imperativo e inderogable cuyas materias propias son los pilares básicos y previos de una convivencia familiar. Pero, el patrimonio familiar también ha sido objeto de tratamiento desde un punto de vista amplio y esencialmente urbano, como institución protectora de la familia a la que es capaz de brindar una gran seguridad.

Igualmente en esta sección hemos tenido la oportunidad de acercarnos con profusión a la regulación convencional mexicana y venezolana de la economía, y ello no sólo en el caso del matrimonio sino también en los supuestos de uniones de hecho. De este modo las uniones estables que cumplan todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley, habrán de producir idénticos efectos que el matrimonio.

Tampoco han faltado quienes han hecho referencia a las obligaciones patrimoniales puntuales surgidas entre o al margen de los cónyuges. Así, por un lado, la responsabilidad de los bienes gananciales por la fianza prestada por uno de los cónyuges, y por otro la declaración de obra nueva y el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal cuando el otorgante se encuentra casado y sometido al régimen de gananciales.

Como remedio para frenar los casos de crisis matrimoniales se ha propuesto la instauración de un matrimonio civil preparatorio de contornos semejantes a los cursos prematrimoniales previos al matrimonio eclesiástico. Finalmente, aunque no por ello menos importante, también hemos tenido la oportunidad de oír propuestas destinadas a la resolución de la crisis de una unión de hecho. Dado, de un lado que los conflictos económicos revisten la condición de intersubjetivos, sometidos por lo tanto al derecho privado, y de otro, que el proceso como método heterocompositivo para la resolución de los mismos presenta como principal disfunción la lentitud de nuestro sistema judicial, ciertamente las partes han de tener bien presente como alternativa a

la solución de sus discrepancias económicas, el recurso a fórmulas autocompositivas de solución, tales como la mediación y la conciliación, e incluso una segunda fórmula heterocompositiva, el arbitraje, en la cual un tercero, el árbitro, situado *supra partes*, resuelve e impone la solución al igual que en el proceso, de forma firme y definitiva.

Hablando de régimen patrimonial del matrimonio, qué duda cabe que el tema de la vivienda familiar, como activo fundamental para el desarrollo de la familia, tiene especial relevancia. A tal efecto, como se estudia en uno de los trabajos presentados, la legislación española, desde la reforma de 1981, establece en una de las normas (1.320 del Código Civil) sobre régimen matrimonial primario, la necesidad del consentimiento de ambos para poder disponer de la vivienda familiar (enajenación, arrendamiento, usufructo o cualquier otro gravamen); limitación que, como nos da cuenta uno de los ponentes, no existe en el Derecho balear, donde, a falta de capitulaciones, rige el régimen de separación de bienes, que otorga a los cónyuges una amplísima facultad de disposición y administración.

La tutela que otorga la legislación española a la vivienda familiar alcanza además a los supuestos de crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio), razón por la cual el tema de la atribución de su derecho de uso cobra especial relevancia. En este sentido ha sido de la máxima utilidad reflexionar como ha hecho uno de los ponentes sobre las limitaciones que en el orden jurídico español (actos que requieren el consentimiento judicial) se imponen a la disponibilidad de la vivienda habitual.

Y hablando como se ha hecho de supuestos de crisis matrimoniales y de régimen patrimonial, es interesante el tema abordado por uno de los trabajos presentados sobre el controvertido carácter ganancial, durante la separación de hecho, de los bienes y derechos adquiridos por los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, en el supuesto de que no hayan utilizado ninguna de las alternativas legales (adopción de un régimen distinto que se adecue mejor a la nueva situación, solicitud judicial de la disolución de la sociedad de gananciales, instancia de separación judicial) y continúen bajo el régimen de gananciales; dándose casos, que de aplicarse estrictamente la ley, serían injustos, al solicitar el cónyuge que abandonó la mitad de los bienes gananciales; pero que afortunadamente nuestro alto Tribunal, realizando una interpretación *contra lege*, ha impedido que tales bienes se incluyan en el activo ganancial.

Los posibles escollos que se presentan cuando el régimen ganancial es que el que rige las relaciones económicas entre los cónyuges, al parecer se extienden cuando tiene lugar la disolución de dicha sociedad de gananciales y se crea lo que doctrinal y jurisprudencialmente se viene denominando comunidad post ganancial, provocada por el *iter*, en ocasiones durante muchos años, entre la fase de disolución y la definitiva liquidación de la masa patri-

monial ganancial, cuestión que en opinión del ponente, en uno de los trabajos presentados, se debe a que la delineación del proceso de liquidación no está sujeto a plazos temporales, debiendo diferenciarse las hipótesis de comunidad post ganancial hereditarias de las de comunidad post ganancial debida a separación.

El régimen pactado, sea el de separación de bienes, gananciales o cualquier otros, es cuestión, cuyo conocimiento, una vez superada la polémica entre protección e interés de los terceros y derecho a la intimidad personal y familiar, no sólo compete a los cónyuges sino incluso a terceros. Nos referimos al tema de la publicidad del régimen económico del matrimonio, cuestión tratada en tres de las ponencias presentadas en este evento y donde se coincide en señalar las insuficiencias de los soportes legales establecidos, país para tal publicidad, y se propone la revisión de la normativa existente para que el acceso al Registro de los pactos capitulares sea imperativo y que el contenido de tales pactos puedan ser conocidos por quienes aleguen interés legítimo. Además de los temas anteriores, fueron objeto de exposición y debate, en la sección de régimen patrimonial de la familia, las siguientes cuestiones:

Varios ponentes se ocuparon de la tendencia cada vez más creciente en España, de ampliar el contenido de las capitulaciones matrimoniales a aspectos que no constituyen estrictamente el contenido típico del negocio capitular. Así, por ejemplo, se habló de las capitulaciones como recipiente de los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria. En general, los autores se muestran reticentes ante estos pactos y dudan de la eficacia y utilidad de los mismos, en la medida en que el control judicial sobre estos pactos de renuncia *ex ante* desvirtúa en muchos casos el contenido de los mismos. Es decir, cuando en fase de crisis matrimonial el cónyuge que, teóricamente, tendría que satisfacer una pensión compensatoria ante el hipotético desequilibrio que sufre el otro, pretende hacer valer el pacto de renuncia previa puede encontrarse con que ese pacto quede sin efectos porque el juez considere que las circunstancias han cambiado sensiblemente. De este modo, el juez no sólo tendría, al amparo del artículo 97 del Código Civil español, potestad para modelar la cuantía de la pensión, sino también para determinar si existe o no un desequilibrio y, en consecuencia, si es procedente o no la exigibilidad de la pensión, con independencia del pacto de renuncia previa.

Otros ponentes se han ocupado de reflejar otros contenidos, esta vez típicos, de las capitulaciones matrimoniales en España. Parece que es relativamente frecuente que los cónyuges alteren el carácter legal, común o privativo, de determinados bienes. Se ha defendido la validez de estas estipulaciones capitulares cuya eficacia ha sido puesta en tela de juicio en países como Italia. Más frecuente resulta todavía, como se deduce de otros trabajos presentados, la utilización de las capitulaciones matrimoniales, como instrumen-

to para alterar —no parcialmente— el carácter de algún bien, sino, totalmente, el régimen económico-matrimonial en su conjunto. Concretamente, en España es especialmente significativo el problema de la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, adjudicando al cónyuge que no ha contraído formalmente la deuda pero que sí es cotitular con el otro de bienes gananciales responsables los bienes económicamente más valiosos con el consiguiente perjuicio del acreedor que, ante el impago de la deuda, se dirige a embargar el patrimonio responsable y se encuentra con que está adjudicado a nombre de quien no figura como deudor, habitualmente la mujer. Siendo dos los tipos de acreedores perjudicados: los privativos del deudor y los gananciales o comunes, se ha propuesto la aplicación a ambos, aun en contra del sentir mayoritario en la jurisprudencia y en la doctrina, del remedio general del artículo 1.317 del Código Civil español.

Finalmente, se ha cerrado la presentación de trabajos sobre esta materia con las repercusiones del nuevo derecho de insolvencia español —que ha entrado en vigor muy recientemente— en el régimen patrimonial del matrimonio. Han sido tres los trabajos dedicados a estudiar estas cuestiones y de ellos se pueden colegir las siguientes ideas: no siempre existe la coordinación necesaria entre las nuevas normas concursales y las normas civiles sobre régimen económico-matrimonial; se ha criticado el tratamiento de crédito postergado o subordinado que la nueva Ley Concursal atribuye al crédito constituido por el cónyuge del concursado contra este último. Subordinarlo con independencia del momento en que se contrajo pudiera suponer una sanción demasiado desproporcionada y una desconfianza —no siempre justificada— respecto a las personas especialmente relacionadas con el concursado.

El broche final de esta sección temática lo puso una propuesta a favor de la desjudicialización de los conflictos patrimoniales de la familia.

Doctora MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO,
Doctora FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO y Doctora MARTA

Informe de la relatoría de la sección 5.^a: *El parentesco y la filiación: patria potestad; alimentos entre parientes; adopción; reproducción o fecundación asistida; clonación.*

Presidencia: Profesor Doctor FERNANDO HINESTROSA, y Profesora Doctora M.^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ.

Relatoría: Doctora M.^a PAZ POUS DE LA FLOR y Doctora PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ.

Subsecciones temáticas: 1. El parentesco: relaciones jurídicas creadas. 2. El deber de alimentos entre parientes: derecho legal y convencional. 3. Filiación matrimonial. 4. Filiación no matrimonial.

5. Filiación adoptiva. 6. La patria potestad: relaciones jurídicas creadas. 7. Reproducción asistida y filiación. 8. Madres de alquiler: la maternidad subrogada. 9. La fecundación *post mortem*. 10. La clonación: el debate bioético. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

La sección 5.^a celebró sus sesiones el día 20 de octubre en la ciudad de Huelva. Ha estado presidida por los Doctores doña M.^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ (España) y don HÉCTOR GOYENA CÓPELO (Argentina), ya que, finalmente, el Profesor HINESTROSA no pudo comparecer. Intervinieron como relatoras las Doctoras PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ y M.^a PAZ POUS DE LA FLOR (España).

Los temas que se debatieron en esta Comisión fueron: «La posesión de Estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica»; «Filiación y paternidad temporal, ¿padres temporarios?»; «Efectos jurídicos del reconocimiento voluntario de la paternidad de hijos no biológicos delante del derecho de familia brasileiro»; «La doctrina jurisprudencial en torno a la impugnación de la paternidad por el marido»; «El conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo en los procesos sobre filiación»; «Pertinencia de la adopción entre parientes en el ordenamiento jurídico cubano»; «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad»; «La patria potestad y el rol garante de los padres»; «Negativa al sometimiento a las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad: *ficta confessio*»; «El derecho a la reproducción humana: fundamento y nuevos problemas»; «Lectura constitucional de la obligación alimentaria en Costa Rica»; «La obligación legal de alimentos entre parientes en España»; «La responsabilidad alimentaria de los abuelos»; «El contrato de alimentos: su tratamiento en el ordenamiento jurídico español»; «El incumplimiento del contrato de alimentos»; «Reproducción asistida y filiación»; «Panorama legislativo de la procreación asistida en México»; «La determinación de la filiación en la fecundación *post mortem*»; «El precio del amor»; «Aspectos jurídicos de la transferencia de cigotos sanos seleccionados como consecuencia de un diagnóstico genético preimplantatorio»; «El derecho a la identidad, su recepción y proyección en el sistema jurídico argentino con relación a las acciones de determinación e impugnación de la paternidad»; «La investigación de la filiación y las pruebas biológicas de paternidad, Genética y filiación».

Durante las exposiciones y debates que se suscitaron, se apreció un alto rigor científico de los participantes, siendo acotados los contenidos con enfoque multidisciplinario, lo que permitió alcanzar el análisis integral que requiere el Derecho de Familia en el momento actual.

Tanto profesores, investigadores, juristas y profesionales de diversas disciplinas aportaron sus experiencias teórico-prácticas sobre los derechos fundamentales que les asiste a cada uno de los miembros de la familia.

Una de las materias que ha merecido mayor atención de entre las recogidas en esta sección ha sido la relativa a la *reproducción o filiación asistida*, dado que plantea serios problemas de índole tanto jurídica como ética, en especial, con relación a la determinación de la filiación y a la posibilidad de intervención y de elección dentro de todo el procedimiento.

Las principales propuestas en este tema versaron sobre los siguientes planteamientos:

- El consentimiento de los usuarios, presupuesto indispensable para la realización de las prácticas de reproducción asistida, necesita, sin embargo, en la legislación mexicana, una normativa que complete el marco jurídico, por ejemplo, determinando las formas de otorgarlo y sus efectos.
- La reproducción asistida en España se asienta dentro del respeto a los valores, principios y derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho a la libertad, a la intimidad personal y familiar, al matrimonio y protección familiar.
- En cuanto a la posibilidad de que se apliquen las técnicas de reproducción asistida a mujeres solas, se plantean grandes problemas sobre la conveniencia o no de su admisión, ya que se condena a los menores no tener nunca el referente de padre.
- Con respecto a la fecundación *post mortem* se ha destacado, desde Argentina, la necesidad de contar con un cuerpo legal humanista, dirigido a proteger a la persona creada por el empleo de estas técnicas fortaleciendo su condición de sujeto de derechos desde el instante mismo de la concepción.
- Con relación a la clonación se establecen enormes cautelas en la aplicación sistemática de esta técnica, más cuando el Protocolo sobre Prohibición de Clonación Humana, anejo al Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos del Consejo de Europa, veda la posibilidad de aplicar las técnicas de clonación a la reproducción humana. En España la práctica de clonación está prohibida y castigada con pena de privación de libertad que puede llegar hasta cinco años.
- Asimismo, se ha destacado la necesidad de realizar en el discurso jurídico una distinción muy exigente entre el preembrión, origen incipiente de la vida humana, y la persona en sentido jurídico, con la titularidad de derechos que supone, para poder dilucidar si la ley debe proteger de igual manera a ambos.

En otro orden, dentro de las materias analizadas en esta sección, se encuentran la relacionada con la *filiación y la determinación del parentesco*. Dentro de ella cabe destacar:

- Resulta significativo cómo la posesión de Estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica dentro del Estado argentino.
- El avance de la doctrina jurisprudencial en torno a los supuestos de impugnación de la paternidad se refleja en admitir que además de la fecha de inscripción en el Registro Civil, se debe considerar el momento en que el marido de la madre tuviera conocimiento de que no es el padre biológico del hijo de su esposa.
- Destacamos el notable papel que la figura del defensor judicial asume en los conflictos entre progenitores y el hijo cuando se trata de reconocer la filiación. En igual sentido, se establece para los supuestos de patria potestad rehabilitada, cuya utilidad práctica cada vez es mayor.
- La negativa a someterse a las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad, sigue siendo uno de los retos de todos los ordenamientos jurídicos y de la jurisprudencia de los más Altos Tribunales.

También ha merecido atención, por parte de los congresistas, la materia relativa a la *obligación de prestar alimentos ente parientes*. Esta obligación, existente como obligación legal en prácticamente todos los países del mundo, plantea sin embargo diferentes problemas en su aplicación, para cuya solución no resulta suficiente con el estudio de las premisas legales, siendo la jurisprudencia quien va marcando el alcance del sistema normativo.

En este sentido, se observa en España en los últimos años un notable aumento cuantitativo de reclamaciones, muy especialmente por parte de hijos mayores que siguen necesitando asistencia de sus progenitores, habiéndose destacado que sería deseable de *lege ferenda* una mayor clarificación de las relaciones entre la labor asistencial y pública del Estado y la de la familia.

También se ha planteado el orden de las reclamaciones en la prestación del deber de alimentos, habiéndose propuesto la prevalencia del grado más próximo de parentesco en la obligación alimentaria, sobre todo cuando son los nietos quienes reclaman alimentos de los abuelos, existiendo los padres, y el problema es en realidad un conflicto de valores.

Por otra parte, se observa cómo los poderes públicos, aunque en su caso garanticen la suficiencia económica de las personas mayores, lo que no siempre ocurre, no pueden, sin embargo, atender a sus necesidades afectivas y de compañía. A la vista del progresivo envejecimiento de la sociedad y de la incorporación de las mujeres, tradicionalmente dedicadas al cuidado de la familia, al mundo laboral, se ha propuesto la vía del contrato de alimentos para cubrir este tipo de atenciones. En España, en concreto, este contrato dispone ya de regulación legal, y su estudio ha merecido la atención de varias ponencias, sobre todo en lo relativo al contenido de la prestación prometida y al régimen jurídico del incumplimiento.

Para concluir debemos manifestar que en esta sección se ha planteado también la existencia de un derecho al afecto paterno, y a una posible indemnización por no haber disfrutado del mismo, indemnización que ha sido concedida por la justicia brasileña en varias ocasiones y que viene a poner un precio al amor.

Doctora M.^a PAZ POUS DE LA FLOR
y Doctora PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

Informe de la relatoría de la sección 6.^a: *La protección del menor, de la tercera edad y las instituciones tutelares, la discapacidad: tutela, acogimiento residencial y familiar; la guarda de hecho.*

Presidencia: Profesora Doctora LOURDES WILLS RIVERA, Profesor Doctor ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y Profesor Doctor CARLOS LASARTE ÁLVAREZ.

Relatoría: Doctora LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, Doctora ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT y doña ÁFRICA GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

Subsecciones temáticas: 1. Derechos de las personas mayores. 2. Incapacitación e internamiento de los mayores. 3. Protección del anciano en el tráfico negocial. 4. La autotutela. 5. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 6. El defensor del menor. 7. El interés superior del menor. 8. La capacidad del menor en el ejercicio de los derechos. 9. Derechos y deberes de los menores. 10. El internamiento del menor en centros especiales. 11. Instituciones tutelares: tutela ordinaria, la tutela del Estado, curatela. 12. Acogimiento y sus clases. 13. La guarda de hecho. 14. Inmigración y menores. 15. Derechos del concebido. 16. Otros temáticamente relacionados con los de esta sección.

La sección sexta del decimotercer Congreso Internacional de Derecho de Familia celebró sus sesiones de trabajo en horas de mañana y tarde del miércoles 20 de octubre de 2004. Estando presidida por la Profesora Doctora doña LOURDES WILLS RIVERA (Venezuela), y los Profesores Doctores don ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS (Argentina) y don CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (España) y actuando como relatoras las Doctoras doña LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, doña ROSA ADELA y doña ÁFRICA GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

Del conjunto de las exposiciones realizadas en esta sección, debemos resaltar una triple temática: la protección del menor, la discapacidad y la tercera edad.

Dentro de las cuestiones planteadas en este foro en torno al menor y en relación con el Derecho argentino, en primer lugar, se ha abordado la nece-

sidad de una defensa o representación jurídica del menor de carácter multidisciplinar y de índole especializada.

Otra de las ponencias ha subrayado que, siendo la familia uno de los ámbitos donde más se violan los derechos fundamentales de los niños, se arbitren mecanismos de defensa y protección a su alcance mediante servicios jurídicos independientes, gratuitos y suficientemente publicitados.

Finalmente, se ha defendido que para comprender el «derecho a la identidad» del niño deben integrarse sus diversas dimensiones, sin dar alcance absoluto o dogmático a ningún aspecto por separado. Realizando una descripción general del Derecho de Familia y de Menores en Puerto Rico, América Latina y algunos Estados norteamericanos se ha destacado la importancia del Derecho Procesal para garantizar los valores y principios que deben guiar dicho sector normativo.

Pasando a las ponencias centradas en Derecho español debemos destacar las siguientes ideas: Respecto de los contratos afianzados, tras un estudio del artículo 1.824 del Código Civil español se ha afirmado que el precepto es extensible a las situaciones de incapacidad, aunque no las cite textualmente, y que la fianza se mantenga para el caso en que la obligación resulte tanto anulable como nula.

Sin negar la potestad democrática de la actual mayoría parlamentaria, se ha postulado que las parejas homosexuales en ningún caso puedan adoptar y que el ámbito convivencial natural del menor es el de la familia matrimonial.

Otra de las ponencias se ha centrado en el estudio de la génesis, de la evolución y de las particularidades, que nos ofrece el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor o *favor minoris*.

Desde la consideración de España como Estado autonómico, se ha puesto de manifiesto la necesidad de una adecuada regulación e integración de las instituciones tuitivas y el peligro que conlleva la innecesaria multiplicidad de figuras protectoras del menor.

Desde la perspectiva jurídico-penal, se ha presentado una reflexión sobre la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en la que destaca la idea de reeducación que ha guiado al legislador, teniendo siempre presente el interés superior del menor.

Se ha analizado el amplísimo catálogo de penas impuestas para los delincuentes juveniles, que ahora se denominan «medidas», profundizándose en las que conllevan privación de libertad y denunciándose la desigualdad e inseguridad jurídica que comporta atribuir su cumplimiento a las diversas Comunidades Autónomas, así como la falta o escasez de centros para internamientos terapéuticos.

De otra parte, se ha resaltado que el Fiscal de menores debe ir más allá de la solución directa de conflicto social, preparando, en colaboración con los

equipos técnicos, la solución que mejor se adecue a los fines del proceso, sin que el Juez pueda imponer una medida más restrictiva de derechos.

Igualmente, se han puesto de relieve las medidas de intervención de la Administración Pública, dependiendo de las diferentes situaciones de desprotección del menor. De entre estas medidas ha despertado mayor interés la de los menores que se encuentran en situación de desamparo.

En estos casos, y centrándonos en el modelo español, las administraciones públicas asumen automáticamente la tutela de los menores desamparados a través de la institución del acogimiento.

Dentro de las diferentes clases de acogimiento, los ponentes han centrado su atención en el acogimiento familiar, considerándose el más adecuado para el desarrollo del menor.

Se ha sugerido también una mayor difusión y promoción de esta figura y la conveniencia de separarla nítidamente de la adopción.

La rica problemática del menor trasciende nuestras fronteras y, por ejemplo, en Argentina, un sector doctrinal defiende la necesidad de modificar el régimen legal de adopción, cuando la guarda de hecho es ejercida por personas elegidas por los padres biológicos del niño, en aras a defender el interés superior del menor, así como de regular el sistema de tutela compartida en casos especiales, como el de la tutela de nietos y la curatela de hijos mayores incapaces o inhabilitados judicialmente.

Se han tratado específicamente dos de los temas más singulares de la libertad religiosa en nuestro tiempo: Las creencias religiosas como base del rechazo o no de los tratamientos médicos y la enseñanza de la religión en la escuela.

Respecto al primer punto, se ha puesto de relieve que existe una sentencia del Tribunal Constitucional español, pionera en esta materia, y muy discutida por la doctrina, que defiende la necesidad de tener en cuenta las convicciones religiosas del menor aunque entre en conflicto con el derecho a la vida.

Respecto a la enseñanza de la religión en la escuela, tema ya clásico, ha adquirido una nueva dimensión debido al creciente fenómeno migratorio y a la multiplicidad de confesiones religiosas existentes en las sociedades actuales. La situación del concebido y no nacido es todavía hoy, en los albores del siglo xxi, uno de los grandes temas sometidos a la discusión jurídica.

El punto de partida de esta cuestión es un principio del Derecho romano, según el cual el *nasciturus* es titular de derechos. Tal principio ha pervivido a lo largo de la Historia y en España lo han acogido diferentes textos legislativos y actualmente nuestro Código Civil.

En este foro hemos escuchado la defensa de la tesis de que el nuevo ser existe desde el momento de la concepción y, desde ese momento, tiene que ser objeto de protección jurídica, tanto si se trata de un feto en el vientre materno como de un embrión fecundado *in vitro*.

Se ha sostenido, por ejemplo, en la legislación mexicana federal, que si bien existen normas que reconocen derechos al *nasciturus*, no le reconocen personalidad jurídica hasta después de su nacimiento, lo que no impide defender la ubicación del *nasciturus* como sujeto de derechos sin personalidad.

Debe destacarse que la protección del *nasciturus* no está limitada al Derecho Civil, sino que encuentra también su fundamento en el Derecho Público, particularmente en el Derecho Penal y en el Derecho Social.

La discapacidad y la incapacitación judicial han sido temas abordados con profusión desde distintos aspectos tanto jurídicos como sociales y sanitarios.

La situación personal de los individuos en relación con su capacidad es un tema relevante en nuestros días, pero también lo fue en Roma donde podemos encontrar el origen de la moderna distinción recogida en el Código Civil español entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Instituciones que precisan de una actualización de sus principios que tenga presente que la normativa moderna de Derecho Civil y sus categorías constituyen el resultado de una larga y compleja evolución.

La «identidad» del niño garantizada por convenciones internacionales y normas constitucionales está compuesta tanto por su origen biológico como por su desarrollo existencial: sus relaciones en el afecto, su cultura, sus experiencias vitales y el camino de su crecimiento. Pero cuando la familia natural se desintegra, la sociedad y el derecho brindan alternativas supletorias para los niños: guarda, adopción o tutela, vínculo que pasa a formar parte también de su «identidad».

En las últimas décadas, la tutela y demás instituciones de guarda legal han adquirido una extraordinaria relevancia social que ha cristalizado en la necesidad de proporcionar una adecuada protección jurídica a los menores no sujetos a la patria potestad y a los incapacitados. El estudio de la evolución en el tratamiento jurídico de la incapacidad adquiere hoy en día especial relevancia, sobre todo la del enfermo psíquico que requiere un tratamiento multidisciplinar.

Con ocasión del año europeo de las personas con discapacidad —en Europa a comienzos de 2004 son 38 millones las personas que se encuentran en esta situación—, el legislador español ha dictado algunas disposiciones sobre la materia. Notable es la Ley 41/2003, de «Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», que regula un patrimonio protegido que queda vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad además de tipificar la autotutela e introducir distintas modificaciones del Derecho de Sucesiones.

La entrada en vigor de la Ley 41/2003 plantea, entre otros, el problema del control de la gestión del patrimonio de las personas con discapacidad, especialmente en los casos que no pueden gobernarse por sí mismas. De ahí que deba resolverse el papel que el administrador, mandatario o representante

tendrá en caso de incapacitación, así como, en su caso, examinar sus relaciones con los órganos de la tutela: Tutor, Juez y Ministerio Fiscal.

Al hilo del análisis de la autotutela, se plantea la posibilidad de vertebrar la regulación de la incapacitación y de la discapacidad de manera unitaria que englobe, si es preciso en un solo texto, quién es sujeto discapaz, incapaz o disminuido, con todos los efectos civiles que comportan las diversas situaciones, así como arbitrar nuevas fórmulas de guarda.

Por último se han analizado distintos aspectos de la tercera edad. Los actuales cambios sociales han propiciado la necesidad de articular nuevas formas de protección de la tercera edad. Se trata de individualizar soluciones adecuadas para la protección de los ancianos, no en cuanto a su edad avanzada, sino para una situación de particular debilidad. No una tutela del anciano en sí, sino una tutela del anciano efectivamente dependiente.

Como estudio interdisciplinar se analiza la «gerontoinmigración», que estudia la movilidad transfronteriza de las personas mayores, desde una triple perspectiva: el nivel de protección de los derechos de una población envejecida, extranjera y en gran medida desintegrada; la importancia del capital social que representa dicha población y las ventajas e inconvenientes que supone tanto para los lugares de origen como para los de destino.

Se ha tratado también, desde distintos aspectos, el desamparo, su concepto, las causas que pueden provocar su declaración, y el órgano encargado de la misma, realizándose un estudio comparativo del desamparo de los incapacitados con el de los menores de edad. Todo ello partiendo del análisis de las normas estatales y autonómicas que regulan esta situación.

DOCTORA LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, DOCTORA ROSA ADELA
LEONSEGUI GUILLOT y doña ÁFRICA GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Informe de la relatoría de la sección 7.^a: *La familia y la herencia: distintos aspectos sucesorios y relaciones familiares.*

Presidencia: Profesor Doctor HÉCTOR ROBERTO GOYENA COPELLO, Profesor Doctor ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS y JOSÉ LUIS LLEDÓ GONZÁLEZ.

Relatoría: Doctora CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ y LOURDES TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA.

Subsecciones temáticas: 1. Sistemas hereditarios: posibilidades de distribución de los bienes. 2. El testamento y los pactos sucesorios. 3. Tipología y clases de testamentos admitidos en Derecho. 4. La sucesión intestada y la protección de la familia. 5. La sucesión forzosa: libertad de testar frente a sistemas de legítimas. 6. Las reservas hereditarias. 7. La capacidad para suceder *mortis causa*.

8. La sucesión contractual. 9. La protección de los familiares en la partición de la herencia. 10. La protección de la memoria de los difuntos. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Debe aceptarse la autonomía de la voluntad, desde el Derecho argentino, en materia sucesoria, pero con límites en la tutela de la vivienda familiar cuando sobrevivan el cónyuge o herederos necesitados, atribución de elementos *post mortem* y compensaciones debidas.

El Derecho positivo español no contiene una norma que subordine la eficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge a la continuidad de la situación matrimonial al tiempo de la apertura de la sucesión, por tanto, la nulidad, divorcio o separación sólo tendrá efecto revocatorio cuando se haya previsto tal contingencia en el testamento. Por ello, parece deseable que, de *lege ferenda*, una norma legal establezca que sería determinante del llamamiento al cónyuge, su condición de tal.

Al cónyuge, por el mero hecho de serlo, se le reconocen unos derechos sucesorios, como, por ejemplo, la legítima. Se destaca la necesidad de que en esta materia exista igualdad de trato en la sucesión testada e intestada y que la separación de hecho sea causa de privación de la legítima.

Desentenderse de los mayores ingresándolos en residencias y condenarlos a la marginación familiar, no debe permitir simultáneamente estar a la expectativa de recibir por vía de sucesión, la legítima.

Existe la necesidad de flexibilizar el régimen de legítimas. Un paso en esta dirección tiene lugar con la reforma del Código Civil español por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al permitir gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria, por voluntad del causante a favor de descendientes judicialmente incapacitados.

Se detecta cierta tendencia a considerar la separación de hecho como causa objetiva de separación. También se tiende a una absoluta libertad de testar superando el actual sistema de legítimas como *pars bonorum* mediante su consideración como *pars valoris* o derecho de crédito.

Se plantea la necesidad de una profunda modificación en la regulación de las legítimas en aras de una mayor libertad de disposición del testador.

En la reserva lineal, el ascendiente reservista es auténtico propietario de los bienes pudiendo, en consecuencia, realizar actos de disposición sobre los mismos, los cuales sólo subsistirán cuando al tiempo de su fallecimiento no existan reservatarios. En vida del reservista, los potenciales reservatarios no podrán actuar contra dichas enajenaciones.

En la reserva viudal destaca la facultad dispositiva del viudo *inter vivos*, tanto a título lucrativo como oneroso, pero debe constituir desde el nacimiento de la reserva ciertas garantías legales a favor de los reservatarios que

limitan su plena disposición y que harán relevante la situación del tercero registral, en caso de existir éste.

El sucesor debe ser sujeto de derecho y, por lo tanto, tener personalidad; cuando el nacimiento del sucesor no se ha producido, la efectividad del llamamiento a heredar queda en suspenso a la espera de la producción de este acontecimiento.

Según la ponencia correspondiente, el embrión crioconservado por fecundación homóloga es una persona por nacer, equiparándose al *nasciturus*, que es sujeto de derecho y, aunque sea concebido fuera del seno materno no altera esta conclusión.

En el Derecho argentino, los parientes discapacitados no parecen como sujetos de privilegio alguno y concurren a la sucesión del causante en igualdad de condiciones que sus coherederos. Sería necesario una reforma que garantice los derechos de los herederos que se encuentran en una situación de desventaja por su incapacidad.

El pago de la pensión compensatoria no se extingue con la muerte del deudor, para ello, el legislador convierte la pensión en una deuda del causante, pero dándole el tratamiento de una carga testamentaria, sin que pueda considerarse un legado, ya que su origen no es la voluntad del causante.

La última reforma del Código Civil español prevé que el cónyuge viudo pueda realizar la función de contador-partidor en la partición hereditaria. Esta posibilidad se considera de gran interés, ya que supone que el cónyuge sobreviviente que no contraiga ulteriores nupcias y al que el difunto hubiera hecho el encargo, puede dilatar en el tiempo la aplicación de la última voluntad del testador, lo que lleva consigo o permite que el cónyuge sobreviviente tenga más tiempo para sopesar y estudiar el futuro del patrimonio del causante.

La ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación específica para la empresa familiar constituye el origen de numerosos conflictos que sirven de encrucijada para intereses personales, familiares y empresariales. Las propuestas presentadas y analizadas como instrumentos de estabilización de la familia empresaria son tres: las capitulaciones matrimoniales, la sucesión del empresario y el protocolo familiar.

El hecho de la sustracción de bienes pertenecientes al patrimonio familiar hereditario realizado por el llamado a heredar no vale como un acto de aceptación de la herencia en el Derecho romano. Sin embargo, este hecho en el Derecho positivo vigente, tanto en el español como en otros europeos, los llamados a heredar que sustraen bienes hereditarios son considerados herederos puros y simples, y por lo tanto la sustracción sí vale como adición.

En el Derecho romano era supuesto normal de tutela el nombramiento de una pluralidad de tutores testamentarios. Esta situación presenta algunos inconvenientes, pero también existen ventajas, pues aseguran los intereses pupilares así como garantizan el posible riesgo de que el tutor se aproveche de

su posición en detrimento de aquellos. Estas ventajas permanecen inalteradas en el Derecho Civil español.

A pesar de las reformas introducidas en el Derecho español, respecto a la continuidad de la empresa en casos de crisis matrimonial y la sucesión *mortis causa*, es necesaria la aprobación de una ley que regule el estatuto jurídico de la organización y transmisión del patrimonio empresarial estableciendo los cauces más apropiados para asegurar la continuidad de la empresa, con especial atención a la empresa familiar.

Doctora CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ y LOURDES TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA

Informe de la relatoría de la sección 8.ª: *La familia ante el derecho tributario.*

Presidencia: Profesor Doctor JAVIER LASARTE ÁLVAREZ.

Relatoría: Doctora MÓNICA ARRIBAS LEÓN y ROCÍO LASARTE LÓPEZ.

Subsecciones temáticas: 1. La familia ante la imposición sobre la renta. 2. La familia ante la imposición patrimonial, en particular, ante el Impuesto sobre Sucesiones. 3. Familia y tratamiento fiscal del ahorro. 4. Régimen tributario de la empresa familiar. 5. Familia y tratamiento fiscal de la vivienda. 6. Protección familiar mediante planes y fondos de pensiones. 7. Protección patrimonial de miembros de la familia con discapacidad. 8. Competencias de las Comunidades Autónomas en el régimen fiscal de la familia. 9. Uniones de hecho frente al Derecho Tributario. 10. Disolución del matrimonio ante el Derecho Tributario; en particular, régimen de las pensiones compensatorias y anualidades por alimentos. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Los temas tratados en las ponencias se han referido a: «Medidas públicas de protección a la familia y fecundidad. Algunas consideraciones en el caso español»; «La familia y la deducción por inversión en vivienda habitual en el IRPF: situación actual y perspectivas de futuro»; «La vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta»; «Los beneficios fiscales de la vivienda habitual»; «Pensiones compensatorias y anualidades por alimentos en el IRPF»; «Familia y exenciones en el IRPF»; «La deducción por maternidad en el IRPF»; «Beneficios fiscales otorgados por las Comunidades Autónomas de régimen común a los minusválidos en el IP, IRPF, ISD e ITPAJD»; «ISD: adecuación a la Constitución y propuestas de reforma»; «Las parejas de hecho ante el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones»; «El patrimonio protegido de los discapacitados».

En la tarde del martes se desarrolló la sesión 8.^a del Congreso dedicada a «La familia ante el Derecho tributario», con once ponencias presentadas bajo la presidencia del Profesor LASARTE ÁLVAREZ.

La familia hoy día se presenta como un elemento básico en la graduación de la capacidad económica de los sujetos. Esta idea está muy presente en el legislador tributario actual, pero, como han puesto de manifiesto las diversas ponencias, aún queda lejos una regulación satisfactoria que abarque todos los aspectos tributarios que plantea.

Como excepción nos encontramos el tema del discapacitado, donde, gracias a la reciente Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la regulación empieza a ser completa; así ha quedado expuesto en los trabajos presentados: «El patrimonio protegido de los discapacitados» y «Beneficios fiscales otorgados por las Comunidades Autónomas de régimen común a los minusválidos en el IP, IRPF, ISD e ITPAJD».

Pero quedan aún muchos frentes abiertos en nuestra materia. En este sentido se han expuesto cuestiones relativas al tratamiento fiscal de la vivienda habitual, objeto de tres ponencias distintas. Se ha estudiado la controversia deducción en el IRPF por adquisición de vivienda, la residencia familiar después de una separación o divorcio, la vivienda en alquiler o la arbitrariedad del régimen de las cuentas viviendas. Asistimos en la actualidad a un interesante debate sobre la conveniencia de mantener o no la mencionada deducción, ya que, de acuerdo con algunos sectores, su eliminación podría servir para abaratar los precios de las viviendas y dar un impulso al alquiler. En general, las propuestas planteadas pasan por introducir nuevos incentivos para potenciar el mercado del alquiler, pero sin suprimir la deducción actual por adquisición o rehabilitación.

Por otra parte, también se ha incidido en las consecuencias fiscales del régimen económico derivado de una crisis matrimonial, en concreto la tributación de las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos. Se ha puesto de relieve como bajo el régimen actual pueden darse situaciones de injusticia tributaria derivadas tanto de la imprecisión de las sentencias judiciales de separación y divorcio a la hora de determinar las cuantías de estas cantidades, como de la «mejor» situación tributaria en la que puede quedar un matrimonio separado frente a uno que no lo está por el juego de la fiscalidad establecida para estas pensiones.

En cuanto a las medidas públicas de apoyo a la fecundidad, se han tratado los problemas que plantea la deducción por maternidad en el IRPF, que en general se valora de modo positivo, ya que supone dar un mejor tratamiento a la familia, pero es posible y necesario perfeccionar su régimen jurídico, que resulta excesivamente complejo, y hacerla más equitativa.

Por último, se han analizado dos delicadas cuestiones relacionadas con el ISD: de un lado, su propia constitucionalidad y la conveniencia de su man-

tenimiento; y de otro, el régimen de las parejas de hecho. Respecto al primer punto, se ha concluido la necesidad de reformar este impuesto, aunque sin derogararlo, y se ha denunciado la utilización que cada Comunidad Autónoma hace de este tributo cedido; conviene tener presente que aunque estos entes territoriales no tienen competencia para suprimirlo, algunas de las medidas autonómicas adoptadas pueden suponer un ejemplo de competencia fiscal desleal y constituir una supresión de facto del impuesto. En cuanto a las transmisiones hereditarias entre miembros de las llamadas uniones no matrimoniales, se ha puesto de manifiesto que, mientras algunas Comunidades Autónomas han intentado solventar el problema con normas propias, en ninguno de los preceptos estatales vigentes se admite una asimilación con las uniones matrimoniales, posibilidad que ha sido además rechazada por la línea jurisprudencial dominante; conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ambos tipos de uniones constituyen dos realidades diversas que no han de recibir necesariamente idéntica respuesta por parte del Ordenamiento Jurídico, pero el principio de capacidad económica (art. 31.1 de la Constitución Española) constituye un poderoso argumento para reclamar tal equiparación en relación con la fiscalidad.

Queremos concluir con una advertencia fundamental: si bien es cierto que queda mucho trabajo por hacer en el régimen tributario de la familia, es necesario que previamente sea la sociedad la que decida cómo quiere regular muchos de los temas que se plantean, ya que están surgiendo nuevas cuestiones y rompiéndose los esquemas tradicionales. El derecho tributario no puede ir por delante de la sociedad, estableciendo consecuencias fiscales de situaciones que no se han regulado y aclarado en sus aspectos esenciales.

Doctora MÓNICA ARRIBAS LEÓN y ROCÍO LASARTE LÓPEZ

Informe de la relatoría de la sección 9.ª: *La violencia familiar o de género: maltrato doméstico; aspectos civiles, penales y procesales.*

Presidencia: Profesora Doctora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y Profesor Doctor ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ.

Relatoría: Doctora TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y ALFONSO SERRANO GIL.

Subsecciones temáticas: 1. La violencia familiar o de género: concepto y ámbito. 2. El maltrato familiar: Antecedentes y realidad social actual. 3. Derecho a la intimidad y maltrato familiar. 4. Análisis de la conducta de maltrato: actos que lo integran, habitualidad y sujetos. 5. Legislación vigente en materia de violencia doméstica. Aspectos civiles, penales y procesales. 6. La violencia familiar o de género ante la justicia. 7. Repercusión de la violencia doméstica en

los procedimientos de familia. 8. Respuesta judicial ante los actos de violencia doméstica. 9. La prueba de la violencia familiar y su valoración. 10. Medidas de seguridad, medidas cautelares y eficacia de las mismas. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Uno de los grandes problemas actuales es el de la violencia contra la mujer en el seno de la familia, constituye una lacra social mundial que hay que combatir. No conoce fronteras, si bien se adapta a las características y condiciones del lugar en que se produce.

A *escala internacional*, la ONU creó una oficina específica sobre la violencia contra la mujer en 1994. El fenómeno existía antes, pero era invisible. En los últimos años la sociedad, en concreto la española, ante la cantidad de mujeres asesinadas por sus parejas actuales o pasadas, empieza a tomar conciencia del mismo.

Hemos tenido una amplia exposición de la situación en los diversos países latinoamericanos y especialmente en Argentina.

El primer paso para luchar contra el maltrato ha de consistir *en identificar las situaciones en las que se produce, estudiarlas y difundir las claves necesarias* para que toda persona pueda reconocerlo ya que, en la gran mayoría de los casos, las propias maltratadas no son conscientes de la violencia que están padeciendo como tampoco lo es su entorno más cercano. Es un problema que no se quiere ver y se reduce y minimiza en todos los órdenes.

Ha habido consenso sobre la necesidad de afrontarlo con un tratamiento multidisciplinar: psicológico, médico, asistencial, jurídico...

Afecta a *todas las capas sociales*, pero resulta más cómodo pensar que sólo se da en los grupos más desfavorecidos de la sociedad. Se trata de patrones de carácter social perfectamente identificables ligados a un modelo social patriarcal, no se trata de una serie de agresiones aisladas que llevan a cabo algunos hombres por motivos personales.

El modelo de familia ha sufrido profundas modificaciones en los últimos años. Las leyes han tenido que adaptarse a la nueva realidad, sin embargo, hay que poner de manifiesto que las *situaciones de violencia doméstica se reproducen en estos nuevos modelos de familia*, existiendo en las parejas de hecho, ya sean heterosexuales u homosexuales, así como en las relaciones de noviazgo en las que falta la nota de la convivencia.

Este tema empieza a salir de la intimidad del hogar, deja de ser un problema de carácter privado, pero sigue presentando problemas muy particulares como: la resistencia de las víctimas a denunciar los malos tratos, la confusión en la que se desenvuelven, la retirada de la denuncia una vez interpuesta y su distinta respuesta institucional, ¿debe seguir activa la denuncia o debe archivarse?, y un largo etcétera.

Se ha realizado un estudio sobre la *información que ofrecen los medios de comunicación*, en especial el periódico español *El País*, llegando a la conclusión de que existen estrategias que más que aclarar impiden comprender este fenómeno y que se tiende siempre a realizar una reducción, tanto de su incidencia como de los hechos que se encuadran bajo este concepto en las estadísticas.

Ha habido un gran debate sobre la mediación en los casos de violencia doméstica con opiniones a favor y en contra.

Se propugna una mejora de los *puntos de encuentro familiar* como espacios neutrales donde pueda garantizarse la seguridad y bienestar del menor en el ejercicio del régimen de visitas tuteladas o supervisadas.

El debate sobre el tema de los malos tratos se ha abierto por lo que respecta a las agresiones a la mujer, pero a los hijos apenas se les menciona cuando un gran número de agresiones a los hijos, con resultado de muerte, se producen con motivo del ejercicio del régimen de visitas por el progenitor agresor. La situación de maltrato se prolonga a través del régimen de visitas. En ningún caso se puede decir, como se hace habitualmente, que los hijos son testigos de la violencia. Los hijos son víctimas y hay que dotarles de la protección que se merecen, pero sigue primando el derecho del padre maltratador sobre el derecho de los hijos a su integridad física y psíquica.

Se analizan las diversas *leyes* dictadas recientemente, así como las actuaciones que tienen como fin el erradicar esta lacra social y, en especial, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. El debate generado en torno al Proyecto se ha centrado en el análisis de la posible inconstitucionalidad del mismo por establecer discriminaciones positivas por razón de sexo, pretende ser una ley que luche contra las agresiones a las mujeres en el seno familiar. En defensa del Proyecto se puede argumentar que la Constitución en su artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas.

Este Proyecto ha hecho que emerja este problema contribuyendo con ello a que todos estemos un poco más concienciados. Mejorará el tratamiento procesal de esta materia, va a abordar la modificación de estos modelos de conducta en el ámbito educativo, va a dotar de mayores medios para poder afrontarlo, da a la mujer una protección en muy diversos ámbitos: laboral, de vivienda..., pero, desde el punto de vista civil, no aborda un tema de vital importancia, como es el de la *supresión de la patria potestad a los maltratadores*, a pesar de que difícilmente cabe imaginar un incumplimiento más grave de los deberes de un padre.

Se habla frecuentemente de la violencia doméstica, pero sin embargo existe una *carencia de debate* respecto al origen de dicha violencia. Es importante, en este sentido, atender a las aportaciones de psicoanalistas, psiquia-

tras, antropólogos, juristas, etc. Es decir, realizar un análisis desde la medicina hasta el derecho.

Se puede afirmar en general que tanto en los *países europeos* como iberoamericanos la preocupación del legislador por esta materia ha llevado a la elaboración de leyes y otras normas tendentes a regular situaciones de violencia y proteger a la víctima garantizando sus derechos.

Las leyes son fundamentalmente de índole penal, pero también han entrado en vigor otras de naturaleza procesal. La inmediatez es fundamental en este tipo de violencia y la rapidez con la que actúe la víctima denunciando los hechos, como las instituciones a las que acuda (Policía, Ministerio Fiscal, casas de acogida) garantizarán la seguridad y los demás derechos de la víctima frente al agresor.

La violencia de género no se concreta únicamente en el delito de maltrato, sino que hay muchos tipos penales en los que este tipo de violencia se manifiesta.

Es importante destacar que *algunos países han centrado sus esfuerzos no en la sanción a quien ejerce la violencia sino en la prevención*, a través de procesos urgentes y autónomos en los que resulta primordial la adecuada adopción de medidas cautelares o medidas autosatisfactivas, aunque puedan existir otras vías idóneas.

Es imprescindible asimismo, *asignar a los Juzgados que conozcan de estas cuestiones, médicos, psicólogos y trabajadores sociales*, lo que permitirá evaluar con la debida celeridad que el caso requiera las medidas a adoptar en los supuestos de violencia familiar.

Sin embargo y aun reconociendo los esfuerzos del legislador en esta materia que han llevado, incluso, a cambios constantes en la legislación, para *atajar el problema* del aumento de denuncias por malos tratos, muertes y otros daños que se producen entre parientes y convivientes en el ámbito familiar creemos que no se puede solucionar únicamente con medidas jurídicas. La erradicación de esta lacra social es una tarea extraordinariamente compleja. En efecto, la sanción penal siempre llega tarde, cuando el daño ya está hecho, y si no se trabaja con los delincuentes en programas especiales para que rectifiquen su conducta asocial, la pena o aporta nada más allá de la mera retribución por el mal inflingido.

Los especialistas en la materia han detectado que la erradicación de la violencia doméstica sólo se podrá conseguir con una larga tarea preventiva de educación social en la igualdad y el respeto de todas las personas con independencia de su sexo o edad.

DOCTORA TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y ALFONSO SERRANO GIL

Informe de la relatoría de la sección 10.^a: *La vivencia familiar en el ámbito internacional: problemática de Derecho internacional.*

Presidencia: Profesora Doctora CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ y Profesor Doctor ALFONSO CALVO CARAVACA.

Relatoría: Doctora MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, Doctora TERESA MARCOS MARTÍN y FERNANDO VAL GARIJO.

Subsecciones temáticas: 1. La protección internacional de menores en un derecho globalizado: perspectivas de futuro. 2. Adopción internacional de menores. 3. La adopción internacional de menores en el marco del Convenio de La Haya de 1993. 4. La cooperación internacional entre autoridades en el Convenio de La Haya de 1993. 5. El quebrantamiento de los derechos de guarda y visita: especial referencia al secuestro de menores. 6. Procedimiento interno relativo a la devolución de los menores trasladados de forma ilícita. 7. Ejercicio del derecho de visita en el ámbito transnacional. Problemas relativos al secuestro de menores. 8. La deuda alimenticia y sus soluciones jurídicas en los supuestos internacionales. 9. Respuesta del Derecho comunitario a la protección de los menores. 10. La normativa familiar en la Unión Europea. 11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

El análisis desde el plano internacional de las relaciones jurídicas de la familia en general, y de la problemática de la protección de los menores en particular, ha sido el objeto de reflexión en los distintos trabajos presentados en la sección 10.^a

Los numerosos factores que, conforme a las ponencias presentadas, caracterizan el panorama actual, incrementan aún más la importancia de esta sección. Así, a título de ejemplo, cabe señalar la coexistencia de nuevos modelos familiares, resultado de la inmigración de culturas muy distintas incluso antagónicas, la irrupción de importantes elementos como el peso de determinadas confesiones religiosas, etc. Con este panorama, que afecta de lleno al tejido social, era de esperar la rápida reacción que se ha producido desde los propios sistemas nacionales, así como desde el ámbito internacional.

La creación de espacios únicos en el ámbito de la cooperación entre Estados es un elemento significativo sobre el que han tratado distintos estudios. Así, en el ámbito regional europeo se ha prestado una especial atención al nuevo *Reglamento 2201/2003*, bien desde una perspectiva global, o bien centrándose en las respuestas aportadas a cuestiones jurídicas concretas. De esta forma, la complementariedad de ambos enfoques ha permitido poner de relieve dos aspectos destacables: a) En primer lugar, la novedad en sus respuestas jurídicas (*ad ex* la incorporación del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones en el ámbito del Derecho procesal,

así como la incorporación de una figura similar al denominado *forum non conveniens*, etc.); b) En segundo lugar, la importancia que razonablemente el citado instrumento alcanzará en la vida del ciudadano europeo. Afirmación que sólo podrá ser verificada con la práctica.

La creación de familias cuyos miembros pertenecen a ámbitos geográficos diversos ha provocado el incremento cuantitativo de los denominados *secuestros de menores*. En el ámbito comunitario se ha tomado conciencia de esta realidad y se ha desarrollado un nuevo panorama normativo cuyas ventajas e inconvenientes han sido resaltadas en este Congreso. Ahora bien, en los diversos estudios que han versado sobre este tema se ha evidenciado cómo los resultados obtenidos y las propuestas de futuro en el espacio europeo no pueden ni deben olvidar la existencia de soluciones jurídicas cuya eficacia ha sido más que constatada.

Otro de los problemas más candentes sobre el que las intervenciones han invitado a reflexionar ha sido el incremento de la adopción internacional. La escasez de menores, o la reticencia por parte de las familias a adoptar menores con determinadas características, ha provocado un aumento en el número de adopciones en las que los adoptandos pertenecen a ámbitos culturales y geográficos muy dispares. La visión teórica y práctica aportada en las distintas intervenciones ha dibujado, no sólo el panorama actual, sino propuestas de futuro que ponen de manifiesto el largo camino que queda por recorrer, cuyo fin se ha de centrar en la erradicación del tráfico ilegal de menores con fines adoptivos, o la simulación de adopciones con el objetivo último de comerciar con menores.

En otro orden de consideraciones, más propias del Derecho Internacional Público y relacionadas con la protección de los menores, hemos visto cómo partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), de aceptación cuasi universal, se han adoptado instrumentos de protección de determinados colectivos de menores especialmente sensibles, como aquellos a los que se permite u obliga a participar en conflictos armados, así como los sometidos a abusos sexuales y explotados para satisfacer la demanda de pornografía infantil. De este modo, las dos vías principales de desarrollo del Derecho Internacional de la Infancia en materia de derechos humanos son dos normas de reciente creación. En primer lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2000), que no contiene sino prohibiciones parciales de participación, si tenemos en cuenta el concepto de niño como toda persona menor de dieciocho años que establece la propia Convención de 1989. En segundo lugar, se ha adoptado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución y su utilización en la pornografía (2000). Este Protocolo pone especial énfasis en la difusión de pornografía infantil en Internet. Esto es reflejo de la crecien-

te preocupación internacional por la proliferación de este tipo de prácticas, ya que los estudios demuestran que las cifras de niños sometidos a estos abusos son alarmantes. Ambas normas, inspiradas en el principio de protección especial del niño, constituyen un paso necesario, aunque todavía insuficiente, para llegar a un sistema de protección integral del menor.

Por último, la vivencia familiar presenta una problemática peculiar al entrar en relación con el gran fenómeno global de la inmigración. En este ámbito, es del máximo interés analizar el derecho a la reunificación familiar, especialmente en un espacio que, como la Unión Europea, es destino natural de los actuales flujos migratorios. La reciente normativa comunitaria permite a los Estados miembros discriminar entre las garantías de ejercicio previstas para los ciudadanos comunitarios y las previstas para los nacionales de terceros Estados. Es de esperar que la amplia discrecionalidad de que gozan los Estados miembros en esta materia sea corregida por vía jurisprudencial.

Doctora MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS,
Doctora TERESA MARCOS MARTÍN y FERNANDO VAL GARUÓ

Aragón

Los días 1 al 3 de octubre tuvieron lugar las IV Jornadas de profesores de la Facultad de Derecho, celebradas en Albarracín (Teruel), con el tema: *El espacio europeo de Educación Superior y el Derecho*.

El día 28 de octubre se firmó el convenio de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.

El día 29 de octubre se impusieron, al Ilmo. Señor don RAMÓN TORRENTE JIMÉNEZ, la Gran Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía Aragonesa, concedida por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, y al Excmo. Señor don MANUEL PARDO TOMÁS, la Cruz al Mérito en el Servicio a la Abogacía, que le fue concedida por el Consejo General de la Abogacía.

El mismo día, en la sede del Gobierno de Aragón, se presentó la obra *La Real Academia y la peseta*, en la que intervino el Profesor ENRIQUE FUENTES QUINTANA.

El 3 de noviembre tuvo lugar el solemne acto de Apertura del Curso Académico de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación en el que el Excmo. Señor don FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del TSJ, pronunció una conferencia sobre *La nueva jurisdicción mercantil*.

Los días 4 y 5 tuvieron lugar las *Jornadas Técnicas de las Infraestructuras de Datos Espaciales de España, 2004*.

Los días 15 al 17 de noviembre tuvo lugar el *I Congreso Nacional sobre la reforma de la Constitución de 1978*, organizado por la Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada» en colaboración con Ibercaja. Al acto de inauguración, el día 15, asistió el Ministro de Justicia, y al de clausura, el día 17, el Secretario de Estado de Justicia.

El 16 de noviembre, conferencia inaugural: *Las Instituciones y la lucha contra la pobreza*, a cargo de don HERNANDO DE SOTO, Director del Instituto Libertad y Democracia, dentro del Ciclo de Conferencias *La empresa del mañana*, organizado por el Gobierno de Aragón y la Fundación Ecología y Desarrollo, con la colaboración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Los días 16 y 17, en la Diputación Provincial de Huesca, tuvieron lugar las *III Jornadas de Administraciones Públicas: Nuevos servicios de administración electrónica*.

En noviembre, organizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza, tuvieron lugar las *Primeras Jornadas Técnicas de Urbanismo*. Los días 18 y 19: *Arquitectura y Planeamiento Municipal*, y los días 24 y 25: *Calidad y Administración Electrónica*.

Los días 19 y 20 de noviembre se celebraron las *Jornadas sobre Monarquía Parlamentaria y Constitución* en la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Barbastro (Huesca), organizadas por ésta, junto con las Cortes de Aragón y la Fundación Manuel Giménez Abad.

El día 24, organizada por el Gobierno de Aragón, se celebró la Jornada *La Cooperación Europea: Presente y Futuro*.

Ese mismo día, organizada por la Real y Excma. Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País e Ibercaja, tuvo lugar la Conferencia: *Ortega y Gasset en su compromiso intelectual con España. Algunas implicaciones aragonesas*, a cargo del Profesor don JESÚS LÓPEZ MEDEL, Presidente de Honor de la Federación Europea de Centros de Enseñanza.

Los días 29 y 30 de noviembre tuvieron lugar las *IV Jornadas sobre Políticas Demográficas y Población*, organizadas por el Departamento de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón.

Galicia

Los días 2 y 3 de diciembre de 2004 se celebraron en Santiago de Compostela las JORNADAS SOBRE INCAPACITADOS, organizadas por la Escuela Gallega de Administración Pública.

Apertura de las Jornadas:

- DON DOMINGO BELLO JANEIRO, Catedrático de Derecho Civil y Director de EGAP.

Ponencias:

- «A non colación dos gastos feitos para cubrir as necesidades dos fillos ou descendentes discapacitados», por doña TEODORA F. TORRES GARCÍA, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.
- «O patrimonio protexido do discapacitado», por don JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos.
- «A substitución fideicomisaria na lexítima estrita a prol do discapacitado», por don JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «A facultade de mellorar concedida ao conxuxe supérstite polo testador: o novo artigo 831 CC», por don CARLES FLORENSA I TOMAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida.
- «A extinción do contrato do mandato tras a Lei 41/2003, do 18 de novembro», por don CARLOS MALUQUER DE MOTES I BERNET, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.
- «A nova causa de indignidade para suceder. O artigo 756.7 CC», por don JOSÉ PÉREZ VARGAS MUÑOZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos.
- «O novo contrato aleatorio de alimentos», por don JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ, Decano y Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.
- «A figura do discapacitado na Constitución e na Lei 41/2003, do 18 de novembro», por don PEDRO J. GONZÁLEZ TREVIJANO, Rector y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.