

DERECHO CIVIL V
DERECHO DE FAMILIA

ESTHER ALBA FERRÉ

**DERECHO CIVIL V
DERECHO DE FAMILIA**

CEDEU
Editorial Sínderesis

1ª edición, 2023

© Esther Alba Ferré

© 2023, editorial Sindéresis

Calle Princesa, 31, planta 2, puerta 2 – 28008 Madrid, España

info@editorialsinderesis.com

www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-19199-90-4

Depósito legal: M-27423-2023

Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

ÍNDICE

I. LA INTRODUCCIÓN.....	9
1. LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA.....	11
1. LA FAMILIA: CONCEPTO Y CLASES	11
2. DERECHO DE FAMILIA: CONCEPTO Y CARACTERES	14
3. CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y EVOLUCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA.....	17
4. PRINCIPALES REFORMAS EN DERECHO DE FAMILIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA	19
2. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.....	29
1. NATURALEZA Y CARACTERES.....	29
2. SUJETOS.....	32
3. CONTENIDO	35
4. EXTINCIÓN.....	39
II. EL MATRIMONIO: DIMENSIÓN PERSONAL Y PATRIMONIAL	43
3. EL MATRIMONIO	45
1. CONCEPTO: NATURALEZA Y FINES	45
2. <i>IUS CONNUBII</i> . SU EJERCICIO POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	48
3. LA PROMESA DE MATRIMONIO	51
4. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO. EL DOMICILIO CONYUGAL.....	53
5. LAS UNIONES DE HECHO	55
4. REQUISITOS Y SOLEMNIDADES DEL MATRIMONIO	61
1. EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL	61

2. LA CAPACIDAD MATRIMONIAL: LOS IMPEDIMENTOS	64
4. LA FORMA DEL MATRIMONIO. MATRIMONIOS ESPECIALES POR CELEBRACIÓN	67
5. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL REGISTRO CIVIL Y SUS EFECTOS	72
5. CRISIS MATRIMONIALES	75
1. NULIDAD DEL MATRIMONIO	75
2. SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES.....	80
3. DIVORCIO. EFECTOS	87
4. SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CRISIS MATRIMONIALES: LA MEDIACIÓN FAMILIAR	89
5. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE O DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO	90
6. EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO	93
1. MEDIDAS PREVIAS A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA	93
2. MEDIDAS PROVISIONALES DERIVADAS DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA.....	94
3. MEDIDAS DEFINITIVAS. EL CONVENIO REGULADOR.....	97
4. EL CONTENIDO DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS	99
7. EL MATRIMONIO Y SU RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	113
1. ASPECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO	113
2. EL DENOMINADO RÉGIMEN PATRIMONIAL PRIMARIO...	114
3. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	117
4. LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO	119
8. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (I).....	123
1. CONCEPTO. NATURALEZA. COMIENZO	123

2. BIENES PRIVATIVOS Y GANANCIALES.	
PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN REAL	125
3. OTROS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES.....	132
9. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (II)	135
1. LA CARGAS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	135
2. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES	137
3. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES	145
10. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (III)	151
1. CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	151
2. COMUNIDAD POSTGANANCIAL.....	155
3. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	156
11. LOS RÉGIMENES SUPLETORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL	162
1. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE BIENES	162
2. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE PARTICIPACIÓN	169
III. FILIACIÓN. PATRIA POTESTAD.	
INSTITUCIONES DE GUARDA	177
12. FILIACIÓN	179
1. CONCEPTO, CLASES Y EFECTOS DE LA FILIACIÓN	179
2. DETERMINACIÓN, TÍTULO Y PRUEBA.....	183
3. LAS ACCIONES DE LA FILIACIÓN	193
4. FILIACIÓN Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL. REFERENCIA A LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	196
13. PATRIA POTESTAD	201
1. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA. CARACTERES	201

2. SUJETOS DE LA RELACIÓN PATERNOFILIAL.....	202
3. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD	205
4. PRIVACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. SU EXTINCIÓN	212
14. ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN	215
1. EL ACOGIMIENTO Y SUS TIPOLOGÍAS	215
2. LA ADOPCIÓN	219
15. INSTITUCIONES DE GUARDA	235
1. PLANTEAMIENTO GENERAL. TUTELA Y CURATELA TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO	235
2. EL DEFENSOR JUDICIAL	250
3. LA GUARDA DE HECHO	253
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	257

I. LA INTRODUCCIÓN

1. LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA

SUMARIO: 1. La familia: concepto y clases / 2. El Derecho de familia: concepto y caracteres / 3. Contexto constitucional y evolución social de la familia / 4. Principales reformas en el Derecho de Familia, con especial referencia a la Ley 8/2021, de 2 de junio, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

1. LA FAMILIA: CONCEPTO Y CLASES

Desde un punto de vista jurídico, el rasgo fundamental de toda familia reside en la existencia de un vínculo de parentesco o matrimonial. Sin embargo, la realidad social ha planteado la posibilidad de amparar en este esquema a otro tipo de uniones como las uniones de hecho o el matrimonio homosexual. Como considera Lasarte y Sáinz-Cantero al Derecho le interesa la familia por razones de organización social y de tutela de las personas que necesitan de protección, esto es, los menores y las personas con discapacidad¹.

Desde una perspectiva sociológica se ha producido una desinstitucionalización de la familia y se ha procedido a otorgar relevancia a la convivencia y a la afectividad, difuminándose el marco tradicional en que se ubicaba la familia. Durante siglos la familia era un grupo jerarquizado y de índole religioso, conocida por ello como familia tribal. Sin embargo, a lo largo de los años la familia ha sido una institución social formada por una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales y de parentesco, la llamada familia nuclear constituida por los progenitores y sus hijos, e incluso por vínculos de otra naturaleza como la adopción o el acogimiento, esto es, la familia adoptiva o de acogida. Es cierto que se ha producido una evolución de la familia que lleva a incluir nuevos modelos de familia, como la familia reestructurada, la familia monoparental, la familia numerosa, entre otras.

¹ LASARTE, C. y SÁINZ-CANTERO, B. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil V.* Marcial Pons, 2022. p. 3.

Díez-Picazo y Gullón Ballesteros consideran que no hay un concepto intemporal de familia y que es más exacto hablar de familias en plural para designar modelos con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente y así resaltan que:

La familia presupone una determinada manera de organización de grupos sociales reducidos o celulares que comprende sobre todo unas determinadas pautas de comportamiento, un conjunto de creencias y de tradiciones. Sólo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas a las que sirve, puede definirse lo que hay que entender por familia en cada momento de la evolución².

Por ello, no puede establecerse un concepto unitario de familia. Se puede entender la familia como un grupo de personas recíprocamente relacionadas por el hecho de tener un ascendiente común. Es una comunidad doméstica, entendida como un grupo de personas que viven juntas. Lasarte y Sáinz-Cantero considera que el grupo familiar, más o menos amplio, constituye un dato prenормativo y que es un *prius* respecto al Derecho que debe ser analizado con profundidad por la Sociología³.

Se deben diferenciar dos sentidos de familia. La familia en sentido amplio comprende personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco, mientras que la familia en sentido restringido es únicamente la pareja y los hijos. Esto llevará a plantearse si existe una familia o es mejor hablar de familias ante los distintos tipos o situaciones familiares que puedan existir.

El Proyecto de Ley de Familias de 14 de abril de 2023 en su art. 2 da algunas definiciones que son de interés:

1. A efectos de esta ley, se considera como familia la derivada del matrimonio o de la convivencia estable en pareja, o de la filiación y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes.

2. A estos efectos, se entenderá como:

² DIÉZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Tomo I) Derecho de Familia*. Tecnos, 2018. p. 12.

³ LASARTE, C. y SÁINZ-CANTERO, B. *Derecho de familia. Op. Cit.* pp. 2-3.

a) *«Núcleo estable de convivencia»: aquel en el que dos o más personas comparten de forma habitual y continuada la misma residencia, en los términos establecidos en el artículo 3.2. No obstante, se entenderá que la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas justificadas, incluyendo los supuestos de fuerza mayor o privación de libertad, no rompe la convivencia, salvo en los casos de privación de libertad impuesta por resolución judicial por delito de violencia de género o doméstica.*

b) *«Personas unidas en matrimonio»: dos personas unidas por vínculo conyugal por cualquiera de las formas matrimoniales reconocidas legalmente.*

c) *«Parejas de hecho»: las resultantes de la unión estable de dos personas unidas por una relación afectiva análoga a la conyugal, en los términos y con los requisitos legalmente establecidos, cuando conste registrada como tal en un registro de carácter público de parejas de hecho, o se haya constituido como tal en escritura pública.*

Este Proyecto de Ley de Familias dedica el título II a las familias con necesidades especiales y diferencia distintas y numerosas situaciones familiares:

- Las situaciones familiares de vulnerabilidad con menores de edad a cargo.
- Las familias numerosas y supuestos equiparados.
- Las situaciones familiares en que exista una sola persona progenitora.
- Las situaciones familiares en que existan personas con discapacidad o en situación de dependencia.
- Las situaciones familiares en que existan personas pertenecientes a los colectivos LGTBI.
- Las situaciones familiares en las que se producen nacimientos, adopciones o acogimientos múltiples.
- Las situaciones familiares en las que se produzcan adopciones o acogimientos.
- Las situaciones familiares con hijas o hijos de uniones anteriores.
- La situación de las familias residentes en el medio rural.

- Las situaciones familiares en las que alguno de sus miembros procede de otro Estado o territorio, o de emigrantes retornados.
- Otros colectivos con necesidades singulares de apoyo comprendiendo las relaciones familiares de población institucionalizada.

Las funciones esenciales de toda unidad familiar se pueden clasificar en sociales, económicas y culturales. Dentro de las funciones sociales se destaca cómo la familia ayuda a la conservación y reproducción de especie y a la satisfacción de las necesidades primarias del individuo. Sin embargo, las funciones económicas de la familia suponen que la misma es una unidad de producción y conservación del poder económico, una unidad de consumo y de disfrute. Las funciones culturales conllevan entender la familia como un instrumento de socialización y de determinación de las pautas de comportamiento.

La familia es objeto de estudio en múltiples disposiciones jurídicas. Por ejemplo, en las normas fiscales, la unidad familiar y los miembros que la componen son tomados en consideración para determinar la aplicación de ciertos impuestos, como en el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En el Derecho del Trabajo, el número de hijos a cargo de la familia hará variar por ejemplo la prestación de desempleo o la reducción de jornada por cuidado de hijos. En el ámbito civil y en concreto en el Derecho de Sucesiones, la familia es tomada como punto de referencia para asignar la condición de heredero. Pero fundamentalmente la familia es el contenido de una de las partes tradicionales del Derecho civil, el llamado Derecho de familia.

2. DERECHO DE FAMILIA: CONCEPTO Y CARACTERES

El Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas de carácter privado que regulan las relaciones jurídicas personales y patrimoniales que surgen entre las diversas personas que integran una familia y las que se originan frente a terceros. Y también resuelven conflictos de intereses. Lasarte y Sáinz-Cantero definen el Derecho de Familia cómo:

El conjunto de reglas de intermediación y organización familiar de carácter estructura se denomina Derecho de Familia y..., comprende básicamente los siguientes aspectos:

- *La regulación del matrimonio y de sus posibles situaciones de crisis.*
- *Las relaciones existentes entre padres (o progenitores) e hijos.*
- *Las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad⁴.*

El Derecho de Familia se basa en la idea central de la solidaridad familiar y el socorro mutuo entre los cónyuges y los miembros de la familia, siempre tendente a la solución de tensiones sociales.

El contenido específico del Derecho de Familia comprende tanto aspectos personales del matrimonio que se producen desde su constitución hasta su disolución, como aspectos patrimoniales de las relaciones matrimoniales, que fundamentalmente comprenden todo lo relacionado con el régimen económico matrimonial. También este Derecho tiene por objeto el estudio de la filiación, tanto la matrimonial como la no matrimonial y la adoptiva, y las relaciones de parentesco, entre las que debemos incluir la obligación de prestar alimentos entre parientes, las relaciones paternofiliales y las de protección familiar, como el acogimiento familiar. También el Derecho de Familia comprende todo lo relacionado con las instituciones tutelares de los menores, como la patria potestad y la tutela, y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

Los caracteres del Derecho de Familia son los siguientes:

- El predominio de normas imperativas y la clara intervención del Estado en las relaciones familiares que hacen que se dude si se está ante un Derecho público o privado. Realmente estaremos ante un Derecho esencialmente privado porque regula relaciones entre particulares, pero la existencia de menores o personas con discapacidad hace que algunas de sus normas tengan carácter imperativo, esto es, de obligado cumplimiento.

⁴ LASARTE, C. y SÁINZ-CANTERO, B. *Derecho de familia. Op. Cit.* pp. 3-4.

- La existencia de un contenido de carácter ético de sus instituciones, lo que explica que haya preceptos sin sanción y obligaciones incoercibles.
- La subordinación del interés personal al familiar, combinándose los elementos personales con los familiares.
- La existencia de instituciones extrañas al Derecho privado, como el llamado el derecho-deber. Esto conlleva una configuración compleja de los derechos subjetivos y así, los derechos y deberes familiares tendrán un carácter personalísimo e indisponible.
- El reconocimiento de grandes limitaciones a la autonomía de la voluntad y ello como consecuencia de la importancia que el ordenamiento jurídico otorga a la protección de la familia. Tales limitaciones vuelven a traer a colación la discusión en cuanto a si puede considerarse al Derecho de Familia como privado o público. El Derecho de Familia es sin duda Derecho privado, pero con mayores limitaciones que en otras materias.

Se deben destacar una serie de peculiaridades de la autonomía privada o autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia. En este sentido, está restringida la posibilidad de actuar por medio de otro. Al tratarse de negocios jurídicos en su mayor parte personalísimos, se reduce la posibilidad de actuar a través de representante. Sin embargo, ello es posible, por ejemplo, en el caso de matrimonio celebrado por medio de apoderado regulado en el art. 55 CC (que se analizará al estudiar los matrimonios especiales).

En el Derecho de Familia la forma o manera de manifestar la declaración de la voluntad negocial es considerada habitualmente como un elemento esencial. La ley impone la forma de realización del negocio sin que sea posible optar por otra distinta y su incumplimiento es sancionado con la nulidad. Es lo que ocurre en el caso del matrimonio, la adopción o la celebración de las capitulaciones matrimoniales. Además, está restringida la admisión de elementos accidentales. En este sentido, el art. 45.2 CC dispone que «La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta».

Es importante reconocer que en el Derecho de Familia se va a exigir, como posteriormente se analizará, una cierta capacidad de obrar para la celebración del matrimonio o una edad especial (veinticinco años) para adoptar o diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, mínima de dieciséis años y máxima de cuarenta y cinco años.

3. CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y EVOLUCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA

El Código Civil en su redacción originaria de 1889 estaba inspirado el carácter patriarcal de la familia que conllevaba una sumisión de la mujer a la autoridad del marido y un trato discriminatorio entre hijos legítimos e ilegítimos.

La aprobación y promulgación en 1978 de la Constitución Española (en adelante, CE), además de reconocer la aconfesionalidad estatal en su art. 16.2 CE, lo que permite que el poder civil recupere la regulación del matrimonio, consagró una serie de principios contradictorios al Código Civil. Estos principios constitucionales se encuentran regulados en los arts. 32 y 39 CE.

El art. 32 CE consagra el principio de absoluta igualdad entre el hombre y la mujer respecto al matrimonio al disponer que:

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

La protección constitucional de la familia, la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos y el fomento de la investigación de la paternidad viene reconocida en el art. 39 CE donde se establece que:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El Tribunal Constitucional en STC 222/1992, de 11 de diciembre y en STC 116/1999, de 17 de junio se pronuncia sobre el concepto de familia protegido en la Constitución, declarando que no sólo se protege la familia fundada en el matrimonio ya que existen junto a ellas otras, como corresponde a una sociedad plural, si bien reconoce que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes.

Por lo tanto, se produce una clara interdependencia entre la Constitución y la familia, diferenciando derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia como indica Álvarez-Tabío, quien también resalta que...

La constitucionalización del Derecho de Familia impone una nueva mirada enfocada hacia una familia plural, democrática, que pone el acento en la dignidad, la igualdad, la solidaridad y el libre desarrollo de la personalidad y de los derechos que reconoce a la familia como grupo o unidad social y no, en exclusiva, a los de cada uno de sus integrantes vistos individualmente⁵.

Tras haber analizado este proceso de constitucionalización del Derecho de Familia, se debe tener presente el carácter dinámico del Derecho de Familia y, por lo tanto, sus principales reformas, ya que como indica esta misma autora este Derecho es...

Una de las ramas más dinámicas del ordenamiento jurídico y una de las que mayor impacto ha recibido de las profundas transformaciones que en la sociedad de las últimas décadas vienen de la mano de los

⁵ ÁLVAREZ-TABÍO, A. "Familia y constitución. Breve repaso comparado en el espacio iberoamericano. Los diez mandamientos constitucionales de protección a las familias en Cuba". GARCIA MAYO, M. *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Bosch, 2020. p. 119.

*avances en materia de derechos humanos, y del impresionante desarrollo de la tecnología y de las ciencias en general*⁶.

4. PRINCIPALES REFORMAS EN DERECHO DE FAMILIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

El Derecho de Familia ha evolucionado y las principales reformas empezaron a producirse en los años 80, siendo analizadas a continuación las más importantes. En concreto, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio fue la que empezó a utilizar una nueva terminología, sustituyendo las expresiones «filiación legítima» y «filiación ilegítima» —dividida esta última en varias subespecies—, por las de «filiación matrimonial» y «filiación no matrimonial», desapareciendo así las connotaciones peyorativas que tenía la expresión «hijo ilegítimo». Esta Ley estableció el principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación, manteniendo así la diversidad de los modos de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial y permitiendo la libre investigación de la paternidad.

A partir de este momento es cuando el bien del hijo preside la regulación de la filiación. La patria potestad se estructura como función dual o compartida de ambos progenitores. Se suprime el usufructo del padre sobre los bienes de los hijos y se regula en forma más ágil la administración y enajenación de estos. Se establece el principio básico del respeto a la personalidad de los hijos. Se incrementa en el ejercicio de la patria potestad la intervención y control del Juez. La patria potestad prorrogada y rehabilitada (ahora derogadas) constituyen, asimismo, una de las novedades introducidas en el Código Civil junto con la regulación de tres regímenes económicos matrimoniales, la sociedad de gananciales, la separación de bienes (poco regulado anteriormente) y el régimen de participación en las ganancias (introducido por primera vez en nuestro ordenamiento).

⁶ *Ibidem.* p. 118.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio introduce el divorcio como causa de extinción del matrimonio, considerándolo un divorcio causal ya que debe concurrir una causa de divorcio, pudiendo cualquiera de los cónyuges interponer la demanda solicitando la declaración de extinción del vínculo. En este sentido, se puede afirmar que las causas de divorcio eran básicamente dos: el cese de la convivencia conyugal (antiguo art. 86. 1, 2, 3 y 4 CC) y la condena en sentencia firme por atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro, sus ascendientes o descendientes (antiguo art. 86.5 CC). Se debe resaltar, para evitar confusiones, que en la actualidad no hay causas de divorcio.

En cuanto al defensor judicial, antes de la reforma de 1983, la Ley 30/1981 acogía ya la figura para el caso de choque de intereses entre los menores e incapacitados y sus padres o guardadores ordinarios, pero esta reforma ha generalizado esta figura, extendiéndola a otros casos previstos en el antiguo art. 299 CC como, por ejemplo, en el supuesto de que el tutor o el curador -por cualquier causa- no desempeñare sus funciones. En la actualidad, como luego se analizará, ya no se utiliza la expresión incapacidad y se sustituye por discapacidad y, por lo tanto, antes se hablaba de incapacitados o personas con capacidad modificada judicialmente y ahora se debe utilizar la expresión «personas con discapacidad».

Otra importante reforma que sufre el Derecho de Familia se produce con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. El sistema tutelar se asienta en dos principios básicos. En primer lugar, se abandona el modelo de tutela de familia y se instaura un sistema de tutela de autoridad que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Y en segundo lugar se establece la concepción unitaria de las instituciones tutelares y se asume un sistema de pluralidad de guarda legal que conlleva la regulación de la curatela. Además, se regula la guarda de hecho, entendiéndola como aquellas situaciones en las que una persona, sin designación legal o nombramiento judicial, asume por propia iniciativa la representación y la defensa de un menor o incapaz.

Será la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción. Se insta un «principio de control administrativo de las adopciones». Desde entonces, para poder iniciar los expedientes de adopción se precisa, como regla general de una propuesta previa de la entidad pública. La adopción no va a generar una simple relación de filiación entre el adoptante y el adoptado –*status filii*–, sino que también da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien lo adoptó –*status familiae*–. Se erige el «principio de primacía del interés del menor» como pauta básica de la ordenación legal de la adopción. Además, ha de tenerse en cuenta que únicamente cabe la adopción dual en el caso de que los adoptantes estén unidos por matrimonio de derecho o por parejas de hecho.

El principio del interés superior del menor es un principio esencial en el Derecho de Familia. Era un principio general de derecho de carácter indeterminado en cuanto a la falta de una definición que concretase su contenido.

La importancia de este principio ya viene reconocida en la STS de 17 de septiembre de 1996 donde se considera que...

No debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los menores de edad y de su capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que son más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro,...

Será el art. 2 Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), modificado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el que define este principio con una serie de criterios y elementos generales esenciales que permiten conocer en qué consiste. El apartado segundo de este artículo resalta cuáles son los criterios generales:

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios

generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Así mismo, el apartado tercero del art. 2 enumera los elementos generales que se deben valorar para conocer el interés superior del menor....

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su

condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Como indica Pizarro, no se puede caer en la banalización de una simple teoría general sobre el interés del menor, como principio y derecho ejercitable que es, el interés del menor se hace visible, patente, en su descenso y concreción al caso concreto⁷.

En el año 2005 se deben destacar dos grandes reformas en el Derecho de Familia. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo. Esta Ley fue objeto de un recurso de inconstitucional el 15 de noviembre de 2005 pero el Tribunal Constitucional desestimó el recurso 6864-2005, en STC 198/ 20012, de 6 de noviembre de 2012 y así afirmó que ...

⁷ PIZARRO MORENO, E. *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*. Reus, 2020. p. 17.