

# Nous reptes del Dret de família



Materials de les Tretzenes  
Jornades de Dret Català  
a Tossa

---

23 i 24 de setembre de 2004



**Nous reptes del Dret de família**

**(Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa)**



# Nous reptes del Dret de família

Materials de les *Tretzenes Jornades  
de Dret Català a Tossa*

**Coord:**  
**ÀREA DE DRET CIVIL,**  
**UNIVERSITAT DE GIRONA**

Girona 2005

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP

Jornades de Dret Català (13es : 2005 : Tossa de Mar) Nous reptes del dret de família : materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa / coord: Àrea Dret Civil, Universitat de Girona. -- Girona : Documenta Universitaria, 2005. -- p.; cm. -- (Documenta Universitaria)

Text en català, castellà i anglès

ISBN 84-934685-2-5

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil

1. Dret de família – Congressos 2. Dret de família – Aspectes econòmics – Congressos 3. Patrimoni – Congressos 4. Unions estables de parella – Congressos

CIP 347.61/.64(063) JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plaguessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

[www.documentauniversitaria.com](http://www.documentauniversitaria.com)

[info@documentauniversitaria.com](mailto:info@documentauniversitaria.com)

**Edicions a Petició, SL**

CIF B17741240

Pl Ferrater Mora, 1 Pl. Europa, 3, 2on-2a

17071 GIRONA 17005 GIRONA

tf. +34 972418992 tf. +34 630608231

fax +34 972418978 fax +34 972200049

[www.edicionsapeticio.com](http://www.edicionsapeticio.com)

[info@edicionsapeticio.com](mailto:info@edicionsapeticio.com)

Primera edició

ISBN: 84-934685-2-5

ISBN 13: 978-84-934685-2-1

D.L.: B-XXXX-2005

Imprès a PUBLIDISA

Girona, novembre de 2005

Aquestes *Tretzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona  
Generalitat de Catalunya. Departament d'Universitats,  
Recerca i Societat de la Informació  
Facultat de Dret UAB (Deganat)  
Facultat de Dret UB (Deganat)  
Facultat de Dret UdG (Deganat)  
Facultat de Dret UPF (Deganat)  
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya  
Col·legi d'Advocats de Barcelona  
Col·legi d'Advocats de Figueres  
Col·legi d'Advocats de Girona  
Col·legi d'Advocats de Terrassa  
Col·legi de Notaris de Catalunya  
Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya  
Diputació de Girona





# ÍNDEX

## PONÈNCIES

### PRIMERA PONÈNCIA

#### L'“EUROPEÏTZACIÓ” DEL DRET DE FAMÍLIA

<i>Family Law - A Challenge for Europe?</i> .....	21
---	----

*Walter Pintens*

I. Two Cases as an Introduction .....	21
1. The Garcia Avello Case.....	21
2. The Pla and Puncernau Case.....	24
II. The Increasing Influence of European Law on Family Law .....	27
1. Case Law .....	27
2. Legislation .....	31
III. Harmonisation: A Challenge for Europe ! .....	36

<i>La Comisión de Derecho de Familia Europeo: La redacción de los Principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges</i> .....	39
---	----

*Katharina Boele-Woelki*

I. El reto actual para el derecho privado .....	39
II. La dimensión europea del derecho de familia .....	40
III. Unificación del Dpr sobre las relaciones de familia .....	41
IV. Divorcio entre nacionales (súbditos) suecos con residencia habitual en Irlanda .....	42
V. A vista de pájaro: el derecho de divorcio en Europa .....	43
VI. La armonización del Derecho de Familia en Europa en perspectiva histórica y cultural.....	45
VII. La Comisión de Derecho de Familia Europeo .....	46
VIII. Objetivos de la CEFL .....	46
IX. Metodología .....	47
X. Resultados obtenidos .....	49
XI. Campos de acción e idioma .....	50
XII. El primer juego de Principios: el divorcio y los alimentos entre esposos divorciados.....	50
XIII. La interrelación entre los Principios, los informes comparados y los comentarios.....	51
XIV. ¿“Núcleo común” y/o “mejor derecho”? .....	52
XV. Mirada retrospectiva y mirada al futuro .....	55
Anexo. Principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados .....	56

### SEGONA PONÈNCIA

#### LES RELACIONS ECONÒMIQUES EN LA CRISI FAMILIAR

<i>The American Law Institute Principles and the Economics of Family Dissolution</i> .....	63
--	----

*Marygold S. Melli*

I. Property Division .....	67
----------------------------	----

II. Compensatory Spousal Payments.....	70
1. Compensation for the loss of the marital standard of living.....	71
2. Compensation for residual loss in earning capacity.....	72
III. Child Support.....	73
IV. The Impact of the Principles of Family Dissolution on American Law.....	75
1. Property Division.....	75
2. Compensatory Payments.....	75
3. Child Support.....	76
4. Conclusion.....	76
<i>Separació de béns i compensacions en la crisi familiar</i> .....	77
<i>Josep Ferrer i Riba</i>	
I. Introducció: les conseqüències patrimonials de la separació o el divorci.....	77
II. La compensació per raó de treball: retribució de tasques domèstiques, participació en guanys o compensació de perjudicis?.....	80
1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana.....	80
2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.....	83
III. Sistemes de compensació en els règims legals de separació de béns: les aportacions del dret comparat.....	86
1. <i>Financial relief</i> en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial.....	86
2. <i>Equitable distribution</i> en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels <i>ALI Principles</i> .....	88
IV. Ensenyaments del dret comparat i opcions de regulació per al dret català.....	89
Bibliografia.....	93
<i>Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia</i> .....	95
<i>María Paz García Rubio</i>	
I. Introducción al tema.....	95
II. Aspectos funcionales de los acuerdos prematrimoniales.....	100
III. Aspectos estructurales. El problema de su validez.....	101
IV. La fase de formación del acuerdo.....	102
V. El contenido de los acuerdos. Algunos ejemplos.....	105
1. Acuerdos para el caso de muerte de uno de los cónyuges.....	105
2. Acuerdos para el caso de separación o divorcio.....	106
3. Acuerdos en relación con los hijos.....	115
VI. Sanción en caso de violación de los límites a la autonomía de la voluntad.....	116
VII. La exigibilidad de los pactos.....	116
VIII. Reflexión final.....	120
<i>Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo</i> .....	123
<i>Carlos Gortázar Lorente</i>	
I. La Empresa Familiar y su problemática.....	123
II. Aproximación del Derecho a la Empresa Familiar: dificultad de definición jurídica.....	126
1. Inexistencia de un concepto jurídico de Empresa Familiar.....	126
2. La Empresa Familiar en el ordenamiento jurídico.....	129

III. El Protocolo Familiar y sus instrumentos jurídicos de desarrollo.....	132
1. El Protocolo Familiar.....	132
2. Instrumentos jurídicos de desarrollo.....	136
IV. Conclusión.....	146
<i>Pensió compensatòria i aliments entre cònjuges: propostes i criteris d'estandardització.....</i>	<i>149</i>
<i>Avel·lina Rucosa Escudé</i>	
I. Introducció. Problemàtica que planteja avui la pensió compensatòria.....	149
II. Catalunya i Espanya.....	151
1. La pensió compensatòria.....	151
2. Aliments entre cònjuges.....	159
3. La compensació patrimonial de l'article 41 del Codi de família.....	161
4. Anàlisi de jurisprudència recent.....	164
5. Experiència personal (com a advocada que exerceix en família).....	170
III. Fora d'Espanya.....	172
1. Dret comparat entre les diferents legislacions europees en matèria de pensió compensatòria.....	172
2. Estudi del dret alemany i la seva <i>Düsseldorfer Tabelle, Berliner Tabelle, i les Richtlinien o Leitlinien</i> .....	176
IV. Situació social i actual en el nostre país. Propostes respecte a la legislació catalana i espanyola.....	182
V. Resum.....	183
VI. Epíleg.....	186
VII. Bibliografia i legislació.....	187
VIII. Annex. Estadístiques.....	189
1. Pensió compensatòria.....	189
2. Compensació econòmica.....	207

### TERCERA PONÈNCIA

#### RELACIONS PERSONALS I PATRIMONIALS EN LA RECOMPOSICIÓ FAMILIAR

<i>La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes.....</i>	<i>213</i>
<i>Encarna Roca</i>	
I. Introducció. Plantejament i antecedents.....	213
II. Què és una família recomposta?.....	218
III. Situacions que donen lloc més freqüentment a les famílies recompostes.....	222
IV. S'ocupa el dret d'aquestes famílies?.....	224
V. Propostes per a una solució dels problemes.....	232
VI. A manera de conclusions.....	236
VII. Bibliografia.....	238
<i>Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial.....</i>	<i>241</i>
<i>Antoni Bosch i Carrera</i>	
I. Las familias reconstituidas.....	241
1. Las reformas en el Derecho de familia.....	241
2. Efectos sociales de las reformas en el Derecho de Familia.....	243
3. Constitucionalidad y algunos problemas que plantea la existencia de segundas familias.....	244

II. Aplicación de los principios generales del derecho de familia a las familias reconstituidas .....	248
1. El principio de actuación en interés de la familia .....	248
2. El principio rector del Derecho de Familia de protección del interés del hijo menor o incapaz .....	250
III. Los gastos familiares y su contribución .....	251
1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares.....	251
2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares.....	252
IV. El patrimonio del hijo en las familias reconstituidas .....	260
1. Composición del patrimonio .....	261
2. Clases de administración del patrimonio .....	262
3. Naturaleza del patrimonio del menor o incapaz sujeto a potestad.....	263
4. Constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de personas sujetas a potestad.....	264
V. La administración del patrimonio de los hijos sometidos a potestad.....	265
1. La administración ordinaria de los progenitores en caso de separación .....	265
2. La administración judicial del patrimonio de hijos sujetos a potestad. El administrador especial.....	268
3. La administración especial del patrimonio de los menores y los incapaces: los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS).....	269
<i>Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas</i>	275
<i>Francisco Rivero Hernández</i>	
I. Introducción .....	275
1. Actualidad social y jurídica de las relaciones personales de los abuelos con sus nietos .....	275
2. De institución pretoriana a una amplia atención legislativa.....	276
3. Derecho español: de un modesto origen jurisprudencial a la Ley 42/2003 .....	280
4. Derecho catalán. Régimen legal propio. No aplicación de la Ley 42/2003 en el orden sustantivo .....	282
II. <i>Fattispecie</i> . Datos prejurídicos .....	283
1. Las relaciones de los abuelos con sus nietos en las familias reconstituidas.....	283
2. Papel de los abuelos en la familia y en relación con sus nietos .....	284
3. Formas de presentación jurídica y procesal de las relaciones abuelos-nietos .....	285
III. Diferencia del derecho de visita de los abuelos respecto del de los padres. Fundamento y finalidad de aquél.....	286
1. Visión del problema por los tribunales y la doctrina.....	286
2. (Diferente) fundamento del derecho de visita de los abuelos con sus nietos .....	288
3. Finalidad de esas relaciones .....	289
IV. Naturaleza del derecho de visita de los abuelos .....	290
1. El derecho de visita, verdadero derecho subjetivo .....	290
2. Si derecho, ¿de qué clase?.....	292
3. ¿Basta la calificación de derecho subjetivo, aun específico, para explicar los problemas del derecho de visita y justificar su régimen jurídico?.....	294
V. Sujetos de la relación jurídica de visita.....	296
1. Los abuelos.....	296
2. Nietos .....	296
4. Personas gravadas. Su posición jurídica .....	305
5. Legitimación para el ejercicio del derecho de visita abuelos-nietos.....	307
VI. Contenido del derecho de visita abuelos-nietos .....	310

1. En general, y especificidad en este caso y derecho.....	310
2. Responsabilidad civil por hecho ilícito del nieto en régimen de visita.....	312
3. Ejercicio y cumplimiento del régimen de relaciones personales.....	314
4. Duración institucional de estas relaciones.....	314
<b>VII. Determinación del regimen de relaciones personales abuelos-nietos .....</b>	<b>315</b>
1. Determinación convencional, o por pacto .....	315
2. Determinación judicial.....	318
3. Modificación y extinción de las relaciones personales abuelos/nietos .....	322
<b>VIII. Protección del derecho de visita de los abuelos .....</b>	<b>325</b>
1. Necesidad de una protección eficaz.....	325
2. Mecanismos y medios de protección.....	327
<b>IX. Aspectos procesales .....</b>	<b>329</b>
1. Reclamación de las relaciones personales en procedimiento ordinario.....	329
2. Determinación de las relaciones personales abuelos/nietos en proceso matrimonial .....	330
3. Medidas cautelares .....	331
4. Determinación de oficio de las relaciones personales.....	331
5. Otras cuestiones procesales de interés.....	331

## QUARTA PONÈNCIA

### PARELLES DE FET: BALANÇ I PERSPECTIVES

<i>La regulació de la parella de fet: lleis i models .....</i>	<b>335</b>
--	------------

*Miquel Martí Casals*

<b>I. Introducció.....</b>	<b>335</b>
<b>II. la regulació catalana actual i els possibles models .....</b>	<b>340</b>
1. El problema de les parelles heterosexuales excloses .....	342
2. Les dues modalitats de constitució: constitució formal i constitució factual .....	348
3. Labast i els límits d'una regulació factual de la parella de fet .....	351
<b>Bibliografia citada .....</b>	<b>357</b>

<i>La Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella: balanç de la seva aplicació judicial .....</i>	<b>359</b>
---	------------

*Joan Egea Fernández*

<b>I. Introducció .....</b>	<b>359</b>
<b>II. Una qüestió prèvia: l'absència d'una regulació processal homogènia i coherent .....</b>	<b>367</b>
<b>III. Requisits constitutius (arts. 1, 19 i 20 LUEP) .....</b>	<b>371</b>
<b>IV. Acreditació (arts. 2 i 21 LUEP).....</b>	<b>376</b>
<b>V. Autonomia de la voluntat. Límits (arts. 3, 15 i 22 LUEP).....</b>	<b>377</b>
<b>VI. Despeses comunes (art. 4 i 23 LUEP).....</b>	<b>380</b>
<b>VII. Adopció i tutela (art. 6, 7 i 25 LUEP).....</b>	<b>382</b>
<b>VIII. Aliments (arts. 8 i 26 LUEP).....</b>	<b>383</b>
<b>IX. Extinció de la unió. Revocació de poders (arts. 12 i 30).....</b>	<b>384</b>
<b>X. Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent (art. 13 i 31.1) .....</b>	<b>389</b>
<b>XI. Pensió alimentària periòdica (art. 14 i art. 31.2).....</b>	<b>391</b>
<b>XII. Habitatge familiar (arts. 11 i 28).....</b>	<b>394</b>
<b>XIII. Efectes de l'extinció per mort.....</b>	<b>396</b>

1. Drets de predetracció i dret a ocupar l'habitatge familiar durant l'any següent a la mort del company convivent (art. 18 i 33) .....	396
2. Els drets de naturalesa successòria (art. 34 i 35) .....	397
3. El pacte de supervivència (arts. 44 a 47 CF) .....	399
XIV. Bibliografia .....	402
<i>Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho</i> .....	405
<i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	
I. Introducción .....	405
II. Textos y normativa internacional y comunitaria .....	409
III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las parejas de hecho y su impacto sobre la regulación jurídica laboral y de Seguridad Social .....	416
IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias .....	418
V. Normativa autonómica de parejas de hecho. Su impacto e incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y de los funcionarios .....	420
VI. Modificaciones legislativas y propuestas de modificación con impacto en la regulación de los derechos laborales y de la Seguridad Social en las parejas de hecho .....	422
VII. Negociación colectiva y diálogo social .....	427
VIII. Doctrina judicial. Interpretación de los preceptos legales y convencionales por los jueces y tribunales laborales .....	432
IX. Recapitulación final .....	434
<i>Las uniones de hecho ante el Derecho Tributario</i> .....	437
<i>Luisa Esteve Pardo</i>	
I. Introducción .....	437
III. Tratamiento del matrimonio y de la familia en Derecho Tributario .....	439
1. El tradicional planteamiento antielusivo de las normas tributarias .....	439
2. Normas tributarias protectoras de la familia .....	442
3. Características de los impuestos relevantes en la tributación del matrimonio y de la pareja de hecho: impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas .....	449
IV. Especificidades del Derecho Tributario respecto del tratamiento de las parejas de hecho .....	449
1. Los principios rectores en materia tributaria .....	449
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar .....	452
V. La legislación tributaria estatal .....	457
VI. La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a efectos tributarios por algunas Comunidades Autónomas .....	457
1. Los diferentes sistemas de financiación autonómica: el sistema general y los sistemas forales .....	459
2. La equiparación realizada por las Comunidades Autónomas de régimen general .....	464
3. La equiparación realizada en las Haciendas Forales .....	466
VII. Conclusiones .....	466

**COMUNICACIONS****COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA**

<i>La armonización del Derecho de familia en Europa. En especial, la armonización de los regímenes económicos matrimoniales.....</i>	<i>473</i>
<i>Francisca Llodrà Grimalt</i>	
I. Preliminar .....	473
II. Actual marco del proceso de europeización del Derecho de familia .....	474
1. La proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia .....	474
2. La llamada “armonización espontánea” del Derecho de familia .....	479
III. La armonización y unificación del Derecho de familia en Europa como pretensión doctrinal.....	486
1. Propuestas de armonización en general. Técnicas o métodos.....	487
2. Obstáculos .....	491
3. La Comisión de Derecho de Familia Europeo .....	494
IV. Hacia la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa.....	497
1. Punto de partida “normativo” .....	497
2. Necesidad de armonización, métodos y obstáculos .....	498
3. Notas sobre algunos regímenes económicos matrimoniales en Europa. Los dos grandes bloques.....	500

<i>La protecció de la vida familiar i la protecció jurídica de l’infant en l’àmbit del Consell d’Europa.....</i>	<i>511</i>
<i>Isaac Ravetllat Ballesté</i>	

I. El Consell d’Europa. Introducció.....	511
II. La protecció de la vida familiar en el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950.....	513
III. La protecció de la vida familiar en la jurisprudència emanada del Tribunal Europeu de Drets Humans.....	515
IV. La protecció de la vida familiar en el cas dels estrangers .....	517

**COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA**

<i>Estructura tradicional per a continguts moderns: els capítols avui.....</i>	<i>523</i>
<i>Immaculada Barral Viñals</i>	
I. Les capitulacions: de “règim” a contracte .....	523
II. Les noves famílies i l’organització autònoma de la convivència.....	525
1. El contingut necessàriament capitular: els capítols tradicionals.....	526
2. El contingut possible: la llibertat dels contraents en l’organització familiar .....	527
III. L’organització autònoma de la ruptura de la convivència.....	528
1. La “contemplació de la ruptura del matrimoni” .....	529
2. Capítols, autonomia de la voluntat i final de la convivència afectiva .....	530
3. Els pactes en previsió de la ruptura: límits a l’autonomia de la voluntat.....	532
IV. Els capítols com a negoci: la llibertat contractual .....	533
V. Conclusió .....	536
<i>La mediació en l’empresa familiar, una eina per a la seva pervivència .....</i>	<i>537</i>
<i>Isabel Viola Demestre</i>	
I. Introducció.....	537

II. Els conflictes a l'empresa familiar .....	538
III. Instruments i òrgans reglamentadors dels conflictes a l'empresa familiar ....	541
1. El protocol familiar.....	541
2. L'assemblea familiar i el consell de família.....	542
IV. La mediació com a eina idònia per a l'obtenció del protocol familiar i en l'assemblea i el consell de família .....	543
3. Avantatges en l'empresa familiar dels principis de la mediació.....	544
4. Els caràcters de la mediació en l'empresa familiar.....	545
5. La mediació en l'elaboració del protocol familiar i en les reunions de l'assemblea familiar i el consell de família.....	546
6. El mediador, membre d'un equip multidisciplinari.....	551
V. Conclusió .....	552

### COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

<i>Parelles de fet i designació tutelar</i> .....	555
<i>Miriam Anderson</i>	
I. Introducció.....	555
II. Les classes de tutela en funció de l'origen de la designació.....	557
1. Al Codi de família de Catalunya.....	558
2. Al Codi civil espanyol.....	560
III. Les relacions entre els diferents tipus de designació: autonomia privada i criteri judicial .....	562
IV. Les parelles de fet en la designació de tutor .....	565
V. Parelles de fet, designació tutelar i reforma del Codi civil espanyol en matèria de dret a contraure matrimoni.....	568
<i>Parelles de fet i declaració d'insolvència</i> .....	571
<i>Lidia Arnau i Raventós</i>	
I. Les parelles de fet a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal. Delimitació de qüestions.....	571
II. La parella com a "persona especialment relacionada amb el concursat".....	572
1. El crèdit de la parella com a "crèdit subordinat" .....	578
2. El caràcter presumptament perjudicial dels actes dispositius onerosos: la seva rescindibilitat .....	586
III. Referència a les adquisicions amb pacte de supervivència: el seu règim concursal i les parelles de fet .....	590
<i>La cuestión de la constitución de la unión estable de pareja: Reflexiones sobre la reforma de la Ley 10/1998, de 15 de julio</i> .....	595
<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>	
I. Las nuevas perspectivas legislativas en la actual legislatura.....	595
II. Reflexiones sobre el problema de la constitución de la pareja estable: dificultades que presenta la regulación de la materia .....	596
1. Debate ideológico subyacente.....	596
2. Matrimonio como sinónimo de familia .....	597
3. Prejuicios que distorsionan el análisis netamente jurídico .....	597
4. Test de matrimonialidad de las relaciones de pareja objeto de regulación .....	598
5. Definición y heterogeneidad de supuestos de facto.....	599
6. Conclusión .....	600



# PARELLES DE FET I DESIGNACIÓ TUTELAR

MIRIAM ANDERSON

*PROFESSORA LECTORA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE BARCELONA*

## SUMARI

I. Introducció.....	555
II. Les classes de tutela en funció de l'origen de la designació.....	557
III. Les relacions entre els diferents tipus de designació: autonomia privada i criteri judicial.....	562
IV. Les parelles de fet en la designació de tutor.....	565
V. Parelles de fet, designació tutelar i reforma del Codi civil espanyol en matèria de dret a contraure matrimoni.....	568

## I. INTRODUCCIÓ

El comentari següent pretén, en última instància, posar de manifest que la indecisió a l'hora de regular la situació de les unions convivencials pot generar problemes i desigualtats en aspectes de la vida de les persones que, si bé no apareixen com la gran qüestió discutida, adquireixen una transcendència especial per als subjectes que s'hi veuen involucrats en un moment o un altre de la seva existència, fins al punt de tenir llavors una importància cabdal.

Això és el que sembla que succeeix en la regulació estatal relativa a la delació de la tutela, introduïda per l'article 9 de la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, i de modificació del Codi civil, de la Llei d'enjudiciament civil i de la normativa tributària amb aquesta finalitat. Mentre que en alguns punts les modificacions que introdueix sembla que s'aparten de la concepció nuclear del matrimoni,<sup>1</sup> la reforma dels articles 223 i 234 del Codi civil espanyol (a partir d'ara, CCE) desaprofita l'ocasió d'introduir

---

<sup>1</sup> Destacadament, a l'art. 10.Sis, en modificar l'article 831 del CCE (amb un abast, per cert, molt més ampli que el que marca la finalitat de la Llei, atès que la delegació de facultats de distribució successòria no es limita als supòsits en què un dels fills presenti el grau de discapacitat que marca l'art. 2) permet que el causant pugui atribuir totes les facultats que descriu el precepte no només al cònjuge vidu, sinó també a l'altre progenitor dels fills comuns, sense necessitat que formés amb el causant una unió estable de parella. Certament, aquesta previsió s'explica perquè, si faltés, els fills serien discriminats per raó de la seva filiació, matrimonial o extramatrimonial, però no deixa de constituir un supòsit en què es prenen en consideració formes de família diferents del matrimoni per possibilitar, en aquest cas, una organització successòria semblant.

la parella estable en l'ordre dels cridats per la llei per exercir el càrrec tutelar.<sup>2</sup> No soluciona el buit el fet que la innovació de la Llei en aquest punt consisteixi precisament en la possibilitat que el mateix interessat utilitzi el mecanisme de l'autotutela, atès que, com s'intentarà justificar, la delació voluntària dels càrrecs tutelars no és la via adequada per a la igualació d'unions matrimonials i no matrimonials. Aquesta és una funció que correspon al legislador, i no a l'autonomia privada, per a la qual apareixeria com una càrrega excessiva, de forma clara quan la parella no té l'opció d'unir-se en matrimoni, però potser també en el nou context generat per la Llei 13/2005.

Ben diferent és la situació a l'ordenament jurídic de Catalunya.<sup>3</sup> Malgrat els problemes que generà la manca de concordança entre el Codi de família (a partir d'ara, CF) i la Llei 10/1998,<sup>4</sup> dels arts. 163.1.c) i 179.1.a) del Codi, en relació amb els arts. 7 i 25 de la Llei d'unions estables de parella (a partir d'ara, LUEP), se'n desprèn la voluntat d'igualar les parelles de fet als matrimonis a l'efecte de designar un tutor,<sup>5</sup> de manera que l'autotutela es pot desenvolupar amb normalitat, sense que el seu contingut quedi alterat per la necessitat de donar solució a problemes no resolts pel dret positiu.

En les línies següents es descriu la diferent posició dels integrants d'una unió estable de parella en un ordenament i en l'altre, davant la incapacitació judicial d'un d'ells i la consegüent necessitat de nomenar una institució de protecció, per tal de remarcar la conveniència de promulgar una regulació coherent i sistemàtica d'aquestes unions convivencials que eviti buits en un tema massa delicat per deixar-lo en cada cas a criteri de l'autoritat judicial.<sup>6</sup>

Tot això amb el benentès que els paràmetres de la discussió varien substancialment arran de l'aprovació de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, de modificació del Codi civil espanyol en matèria del dret a contraure matrimoni (BOE núm. 157, 02.07.2005). L'aprovació eventual del Projecte, malgrat no modificar la lletra de cap dels preceptes relatius a la designació de tutor, solucionaria en bona mesura el problema que es planteja aquí, atès que la preferència en la crida queda

<sup>2</sup> Ja sigui tutela (art. 234 CCE) o curatela (art. 291 CCE).

<sup>3</sup> Com també en altres comunitats autònomes, com ara Navarra, Balears o Aragó.

<sup>4</sup> Que sembla que vol solucionar la Llei catalana 3/2005, de modificació del CF, del CS i de la LUEP, en matèria d'adopció i tutela (DOGC núm. 4366, 19-04-2005), en donar una nova redacció a l'art. 179.1.a) i c) CF (EM X).

<sup>5</sup> O curador (art. 239 CF)

<sup>6</sup> Convé recordar, a més, que la regla de l'art. 9.6 del Codi civil espanyol és una norma d'aplicació directa a Catalunya; per tant, la tutela o la curatela d'una persona que tingui veïnatge civil comú, però que sigui membre d'una unió estable de parella segons la Llei catalana 10/1998 (arts. 1.1 i 20.2), es regirà per les disposicions del Codi civil espanyol respecte a aquest tema, ara modificades per la Llei 41/2003.

garantida a través de l'adquisició de l'estat matrimonial. No obstant això, la nova normativa obre almenys dos tipus d'interrogants diferents: en primer lloc, per tal com fa reviure la qüestió de la conveniència de regular les unions estables de parella, amb independència del seu caràcter heterosexual o homosexual, malgrat la possibilitat generalitzada de contraure matrimoni; en segon lloc, i en connexió amb el que s'acaba de dir, obliga a preguntar-se en quina situació queden les regulacions autonòmiques vigents en matèria de parelles de fet. L'últim epígraf d'aquest treball es dedica a aquestes qüestions.

## II. LES CLASSES DE TUTELA EN FUNCIÓ DE L'ORIGEN DE LA DESIGNACIÓ

Tant en l'ordenament català com en l'estatal, es poden trobar diferents mecanismes de designació del càrrec tutelar, en funció de la font que determina o du a terme una primera i de vegades definitiva elecció de quina serà la persona elegida per desenvolupar-lo. En aquest sentit, recollint la tradicional distinció entre tutela testamentària, legítima i dativa, se sol parlar de la *delació de la tutela*. Deixant de banda les crítiques que pot merèixer en l'actualitat l'ús d'aquesta expressió,<sup>7</sup> recollida al CF,<sup>8</sup> continua essent molt rellevant definir la relació que estableix cada ordenament entre les diverses fonts de designació, ja que la diferent consideració que reben els mecanismes de designació voluntària determina importants conseqüències en el tema que ens ocupa.

---

<sup>7</sup> Atès que no pot referir-se a un oferiment directe del càrrec a la persona elegida, pendent només de la seva acceptació, ja que en aquest sentit tota delació seria dativa, perquè sempre cal el nomenament per part de l'autoritat judicial (art. 184 CF i art. 231 CCE). En el mateix sentit, respecte al dret civil català, vegeu Arroyo i Amayuelas, "Comentari a l'art. 171", a Egea Fernández, J. i Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 770. Respecte al dret civil espanyol, vegeu Sancho Rebullida, Francisco de A., a Lacruz Berdejo et al., *Elementos de derecho civil IV*, Barcelona: Bosch, 1997, pàg. 620, amb opinió mantinguda a l'edició de 2002 (Madrid: Dykinson) i seguida per bona part de la doctrina generada a l'entorn de la reforma del CCE de 1983 en matèria de tutela.

<sup>8</sup> L'art. 171 CF, que porta per títol "*Supòsits de delació*", estableix que la tutela es defereix per: a) testament o codicil, b) escriptura pública, i c) resolució judicial, mentre que el capítol II, que porta per rúbrica precisament "*La delació de la tutela*", dedica les seves dues seccions a la delació voluntària i a la dativa. En realitat, el que vol dir l'art. 171.1 CF és que hi ha dos mecanismes —en funció que es dugui a terme entre vius o per causa de mort— de designació voluntària de tutor, que vincularan de manera important el jutge; en defecte de designació voluntària, el jutge haurà d'acudir a la llista legal de possibles designats, modulable amb el seu propi criteri, dirigit a la millor protecció del menor o incapac. D'altra banda, Arroyo Amayuelas, Esther, al "Comentari a l'art. 171" (pàg. 771), assenyala que el precepte no hauria de referir-se a *supòsits* de delació, sinó a *formes* de delació.

## 1. Al Codi de família de Catalunya

Ja des de 1996,<sup>9</sup> la primera i preferent font per designar el càrrec tutelar en la legislació civil catalana és l'autonomia privada, referida no només als progenitors de l'incapaç,<sup>10</sup> sinó també a la mateixa persona afectada; es donà entrada, doncs, a l'anomenada *autotutela*.<sup>11</sup>

Actualment, el CF<sup>12</sup> contempla dos supòsits del que anomena *delació voluntària* de tutor o curador. En primer lloc, es recull la possibilitat que la mateixa persona designi en escriptura pública la persona o les persones que voldria com a guardadors si arribés el cas de ser incapacitada (art. 172 i 239.1 CF).<sup>13</sup> En segon lloc, i sembla clar que de manera subsidiària a l'anterior, en els casos excepcionals en què es donin els requisits per a ambdues designacions,<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Llei 11/1996, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars. El seu breu preàmbul justificava la innovació a l'empara de l'autonomia privada i del respecte a la dignitat de la persona.

<sup>10</sup> Aquesta facultat de designació per part del pare i de la mare ja es preveia als arts. 4 i següents de la Llei 39/1991. Al seu preàmbul (II) s'explicitava que la tutela a Catalunya es fonamentava en el principi bàsic de la prevalença de la voluntat dels pares, com a concreció del principi més ampli de llibertat civil, que ha conformat tradicionalment el model de tutela familiar vigent en la societat catalana.

<sup>11</sup> Sobre els orígens de l'expressió en l'ordenament espanyol, vegeu Badosa Coll, Ferran. "La autotutela", a *Estudios en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona: Bosch, 1993, pàg. 903 i següents.

<sup>12</sup> Que torna a recordar en el preàmbul el paper bàsic de l'autonomia privada en aquest àmbit (II.9 i III, en comentar les principals innovacions que s'inclouen en el títol VII).

<sup>13</sup> Igualment, pot designar els substituïts, les persones que no vol que exerceixin la seva protecció (el que s'ha anomenat *autotutela negativa*), els mecanismes de control i l'eventual organisme tutelar, el desenvolupament de la tutela i les previsions de la seva preferència quant a la cura de la seva persona. Pel que fa a la capacitat necessària per autodesignar-se tutor, Roca Trías, E. "La tutela i les institucions tutelars", a Roca Trías, E. i Puig Ferriol, L. *Institucions del dret civil de Catalunya*, València: Tirant lo Blanch, 1998, vol. II, pàg. 145; Ferrer Riba, Josep. "Les institucions tutelars en el Codi de família (I)", *La Llei*, 18 de gener de 1999, pàg. 3; Arroyo Amayuelas, Esther. "Les institucions civils de protecció relatives a la incapacitat d'obrar", a Badosa Coll, F. (dir.). *Manual de dret civil català*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, pàg. 559; Garrido Melero, Martín. "Comentari a l'article 172", a Egea Fernández, J. i Ferrer Riba, J. (dir.). *Comentarios al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 773 i 774.

<sup>14</sup> Atès que la legitimació per a aquestes designacions per part dels progenitors deriva del fet que ostentin la potestat, sigui ordinària, prorrogada o rehabilitada (art. 173 CF), i si s'entén que l'emancipació comporta la capacitat necessària per autodesignar-se tutor, difícilment trobarem supòsits en què hi pugui haver conflicte entre aquesta designació i la realitzada pels progenitors. Únicament se'ns acut el cas en què el menor, després de l'emancipació, però abans de la incapacitació, hagi utilitzat la facultat de l'art. 172 CF.

també el pare o la mare que ostentin la potestat poden designar un tutor o curador per al seu fill en escriptura pública o bé en testament o en codicil (art. 173 CF).<sup>15</sup>

A manca de designació voluntària, en la legislació civil catalana són “*cridades per la llei per a exercir la tutela*” (art. 172.2 CF) o la curatela (art. 239.1 CF) les persones que enumera l’article 179.1 CF. En primer lloc, es prefereix el cònjuge o la parella de fet que convisqui amb el tutelat. La nova redacció de l’art. 179.1.a) CF elimina la necessitat d’integrar-lo amb l’art. 275 LUEP.<sup>16</sup>

En segon lloc, seran cridats per exercir el càrrec els descendents del guardat, i si no en té, els seus ascendents, preferentment el pare o la mare, que podrien veure així prorrogada o rehabilitada la potestat. Si aquestes persones no existeixen, o no convé que siguin nomenades, o se n’excusen, tindrà preferència el cònjuge o, amb anterioritat a la Llei 3/2005, la persona de sexe diferent que convisqui amb

---

<sup>15</sup> En cas que tots dos progenitors haguessin fet ús d’aquesta facultat, caldria atènyer-se a les regles de l’art. 175 CF.

<sup>16</sup> En el punt que ens ocupa, la doctrina havia posat de manifest i havia criticat la manca de concordança entre el CF i la LUEP en dos sentits diferents. D’una banda, semblava innecessari haver d’acudir a l’art. 25 LUEP per incloure en la crida legal de l’art. 179.1.a) el convivent homosexual, sobretot tenint en compte que la Llei es va aprovar el mateix dia que el CF. De l’altra, es detectà també una manca d’harmonització entre totes dues disposicions pel que fa a la terminologia utilitzada, de manera que no queda clar si el convivent heterosexual al qual es refereix el CF és necessàriament l’integrant d’una unió estable de parella constituïda d’acord amb les previsions de la LUEP. Explicant situacions en les quals podria ser convenient entendre que el CF no recull el concepte de la LUEP, vegeu Durany Pich, Salvador. “Comentari a l’art. 7 LUEP”, a Egea Fernández, J. i Ferrer Riba, J. (dir.). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 1176 i 1177, tot i comprovar la diferència de tracte que això suposaria entre unes unions i les altres (“Comentari a l’art. 25 LUEP”, *op. cit.*, pàg. 1222). Per la seva banda, entén solucionable el problema dels convivents que no compleixin els requisits de la LUEP per la via de l’art. 179.2 Ferrer Riba, Josep. “Les institucions tutelars en el Codi de família (II)”, *La Llei*, 25 de gener de 1999, pàg. 6, nota 48.

La Llei 3/2005, de modificació de la Llei 9/1998, de Codi de família, de la Llei 10/1998, d’unions estables de parella, i de la Llei 40/1991, de Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, en matèria d’adopció i de tutela (DOGC núm. 4366, de 19.04.2005), efectivament elimina la necessitat d’integrar l’art. 179.1.a) amb l’art. 25 LUEP, atès que ja no estableix que s’hagi de tractar de persones de sexe diferent, però deixa irresolta la qüestió relativa a la identitat o no de conceptes de parella estable en el CF i en la LUEP, que ara també afectarà les parelles homosexuals. Potser dóna una mica de llum respecte a això el preàmbul (X), quan afirma que la modificació persegueix una simple harmonització amb l’art. 25 LUEP; sembla que es dóna per entès que la “*persona amb qui es conviu en relació de parella de caràcter estable*” i “*el membre de la parella estable*” són una mateixa persona.

el progenitor del menor o incapaç, sempre que hi hagi conviscut com a mínim durant els últims tres anys.

Fixem-nos que en aquest darrer cas no s'equiparaven les unions estables heterosexuals i homosexuals. Una possible explicació d'aquesta diferència de tractament es troba en el fet que, mentre que l'incapaç pot triar entrar en una relació de caràcter estable amb una persona del seu mateix sexe, i llavors aquesta serà preferida per al nomenament de la institució de protecció, no se li imposa l'opció que pren el seu progenitor en el mateix sentit. Si bé aquesta pot semblar una explicació coherent, no deixa de resultar almenys estranya la solució que es donà al cas, atès que el requisit de la convivència amb el menor o incapaç durant els tres darrers anys hauria de col·locar el convivent homosexual en la mateixa situació que l'heterosexual. L'argument de la impossibilitat d'adoptar de manera conjunta, que podria explicar que s'impedís també la delació tutelar, tampoc no sembla prou determinant, atès que en els supòsits contemplats el convivent serà preferit com a tutor per manca de progenitor de l'incapaç. Amb el dret vigent abans de la Llei 3/2005, una possible via per donar entrada al convivent homosexual en aquesta crida era la que proporciona l'art. 179.2 CF; és a dir, en un supòsit de veritable delació dativa de la tutela, en prescindir el jutge de les persones incloses en la llista legal per designar-ne una de més idònia.<sup>17</sup> De tota manera, la nova redacció de l'apartat *c* de l'art. 179.1 CF soluciona el problema, ja que s'estima incoherent admetre l'adopció conjunta i excloure, en canvi, el convivent d'aquesta crida legal.<sup>18</sup>

Finalment, l'últim lloc en aquesta llista de preferències l'ocupen els germans del menor o incapaç, sempre que siguin majors d'edat.<sup>19</sup>

## 2. Al Codi civil espanyol

La dualitat de delacions voluntàries que recull el CF regeix ara també a l'empara del CCE.

A més de la possible designació feta pel pare o la mare respecte al fill menor o incapacitat en un document públic notarial o en testament (arts. 223 a 226 CCE), que ocupava el tercer lloc en la delació tutelar (art. 234, en la redacció anterior al 18 de novembre de 2003), la Llei 41/2003 ha introduït la possibilitat que sigui el mateix interessat qui, en un document públic notarial, adopti qualsevol disposició

---

<sup>17</sup> Entenent que l'anomenada delació dativa inclou la llegítima i que només hi ha veritable delació dativa en casos com el que ara comentem, Arroyo Amayuelas, *Les institucions civils de protecció...*, cit., pàg. 558 i 559.

<sup>18</sup> Fixem-nos, també, en la supressió del requisit de tres anys de convivència.

<sup>19</sup> Malgrat que el CF no fa una distinció clara, cal tenir en compte que no totes les persones esmentades seran cridades indistintament per a la tutela de menors i d'incapaços.

relativa als seus béns o a la seva persona, inclosa la designació de tutor, en cas de ser incapacitat en el futur (art. 223.II CCE).<sup>20</sup>

Actualment, doncs, totes dues regulacions parteixen, en principi, de la prevalença de l'autonomia privada a l'efecte de designar la institució de protecció (art. 178 CF; art. 234.1 CCE)<sup>21</sup>, tot i que l'efectivitat d'aquesta preferència per a l'autodesignació és molt diferent en un cas i en l'altre, i afecta de ple la situació de les parelles de fet.

Tal com ha quedat arran de la reforma introduïda per la Llei 41/2993, l'ordre de crides del nou article 234.1 CCE és el següent: en primer lloc, es prefereix la persona designada pel mateix tutelat, d'acord amb les previsions de l'art. 223; en segon lloc, es crida el cònjuge que convisqui amb el tutelat; en tercer lloc, els seus pares; en defecte dels anteriors, les persones designades pels pares en les seves disposicions d'última voluntat;<sup>22</sup> per últim, tenen preferència els descendents, ascendents o germans designats pel jutge.<sup>23</sup>

D'aquest precepte es desprèn que al CCE no es fa una clara distinció entre delació voluntària i legal de la tutela (i queda com a exponent principal de

<sup>20</sup> Sobre la possibilitat de donar cabuda de manera indirecta en l'àmbit del CCE a l'autotutela, abans de la reforma de 2003, vegeu Badosa Coll, *La autotutela*, cit., pàg. 923 i s.; Rogel Vide, Carlos. "Comentario al art. 224 CCE", a Paz-Ares Rodríguez, C. et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, pàg. 703 i 704; Martínez García, Manuel A. "Apoderamientos preventivos y autotutela", a Martínez Die, R. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid: Civitas, 2000, pàg. 114 i s.

<sup>21</sup> Hi ha qüestions de règim jurídic que queden sense resoldre pel que fa a la relació entre el sistema estatal i el català arran d'aquesta reforma, com ara l'incert destí del registre de nomenaments tutelars no testamentaris, atès que la regulació de l'autotutela per part del legislador estatal hauria d'eradicar qualsevol dubte respecte a la possibilitat d'inscripció al Registre Civil de les autotutelles i designacions per part dels progenitors en escriptura pública subjectes al CF. D'altra banda, l'obligació del notari de promoure aquesta inscripció (art. 223. III CCE) també s'hauria de fer extensiva a les designacions voluntàries catalanes.

<sup>22</sup> L'art. 223 CCE permet als pares designar un tutor o curador en testament o en document públic notarial; per tant, sembla que en aquest quart lloc haurien d'entrar també les persones designades fora de les disposicions d'última voluntat, cosa que tindrà rellevància, per exemple, quan els progenitors no puguin exercir el càrrec de tutor per raó d'edat o d'incapacitat. En aquest sentit s'ha pronunciat la generalitat de la doctrina que s'ha ocupat de la qüestió; entre altres, Lete del Río, José Manuel. "Comentario al art. 234 CCE", a Paz-Ares Rodríguez, C. et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, pàg. 720; Rogel Vide, "Comentario al art. 223 CCE", a Paz-Ares Rodríguez, C. et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, cit., pàg. 700; Navarro Mendizábal, Íñigo A., a Rams Albesa, J. *Comentarios al Código civil*, Barcelona: Bosch, 2000, vol. II, pàg. 1864 i s.; Díez-Picazo, L. i Gullón, A. *Sistema de derecho civil IV*, Madrid: Tecnos, 2001, pàg. 290. Llàstima que la nova llei no hagi solucionat tampoc aquesta qüestió.

<sup>23</sup> Sembla que sense ordre de preferència entre ells; en aquest sentit, Díez-Picazo i Gullón, *op. cit.*, pàg. 290; Navarro Mendizábal, *op. cit.*, pàg. 1865. En contra, Lete del Río, *op. cit.*, pàg. 720.

l'anomenada *delació dativa* l'art. 235, en connexió amb la facultat excepcional conferida pel segon paràgraf de l'art. 234); s'opta per establir un ordre de prelación entre les diferents vies de designació de tutor, amb independència que l'elecció la faci la llei mateixa o que tingui com a base una designació voluntària. Certament, es recull la preferència per l'autotutela, però la designació feta pels progenitors es posposa respecte de la crida a favor del cònjuge o dels mateixos progenitors, si viuen.<sup>24</sup>

De tota manera, el cercle de delacions no es clou amb la relació de persones determinades específicament per cada ordenament, sinó que, tant en la regulació catalana com en l'estatal, apareix una clàusula de tancament que permet l'entrada de l'arbitri (o, almenys, el control) judicial per apartar-se de l'ordre establert, i fins i tot prescindir-ne. Aquesta clàusula de salvaguarda del millor interès del menor o incapaç té un abast molt diferent en un cas i en l'altre, i delimita de manera molt diversa el veritable àmbit de l'autonomia privada en aquest context. Per aquesta línia és, justament, per on es poden veure bloquejats els nomenaments de convivents en defecte d'autotutela i de regulació específica de les unions estables de parella a escala estatal.

### III. LES RELACIONS ENTRE ELS DIFERENTS TIPUS DE DESIGNACIÓ: AUTONOMIA PRIVADA I CRITERI JUDICIAL

En la legislació catalana, la distinció entre delació voluntària i legal té el mèrit d'establir de manera incontestable la prevalença de la llibertat civil a l'hora de fixar les regles per nomenar una institució de protecció. Efectivament, d'acord amb l'article 178 CF, només cal acudir a l'ordre legal de cridats si no hi ha designació voluntària, i segons l'art. 172.2 CF,

*“els nomenaments i les exclusions poden ésser impugnats per les persones cridades per la llei per a exercir la tutela o pel ministeri fiscal, si en constituir-se la tutela s'ha produït una modificació sobrevinguda de les causes explicitades o que presumiblement hagin estat tingudes en compte en efectuar la designació o l'exclusió.”*

---

<sup>24</sup> La preferència pel cònjuge s'explica, a més de la raó de proximitat, per tal com el matrimoni emancipa, i per tant, haurien de decaure les previsions fetes pel pare o per la mare (tot i que l'art. 226 CCE sembla que exigeix que el pare o la mare tinguin la potestat en el moment d'establir les disposicions relatives a la tutela en testament o en document públic, i se sol entendre que és irrellevant que en siguin titulars en el moment de constituir l'organisme tutelar, no falten veus que proposen *de lege ferenda* referir el requisit al moment de la constitució; així, Lete del Río, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid: EDERSA, 1985, t. IV, pàg. 274). Pel que fa al pare i la mare, també és lògic que les seves previsions decaiguin si ells mateixos són vius i capaços de dur a terme el càrrec de tutor.



En conseqüència, doncs, el jutge no podrà alterar l'ordre dels cridats ni nomenar una persona diferent de les que marca la llei, a l'empara de l'art 179.2 CF. L'apel·lació al criteri judicial, motivada per l'elecció d'una persona que pugui vetllar de manera més convenient pels interessos del menor, és prevista únicament per a l'anomenada *delació legal o legítima* de la tutela, però en el dret civil català no té cabuda per permetre que el jutge s'aparti de l'autotutela o de les altres formes de designació voluntària.<sup>25</sup>

Per tant, en els casos de delació voluntària, només si hi ha hagut una alteració sobrevinguda de les circumstàncies que van motivar l'elecció,<sup>26</sup> el jutge podrà apartar-se de la designació voluntària i únicament en cas d'haver estat impugnada per les persones específicament legitimades per fer-ho.<sup>27</sup> En tots els altres casos, l'autotutela vincula el jutge.<sup>28</sup>

En el CCE, en canvi, el legislador del 2003 s'ha limitat a introduir l'autotutela en el mateix precepte que recollia les designacions realitzades pels pares,<sup>29</sup> i a modificar el primer apartat de l'art. 234, únicament per col·locar en el primer

---

<sup>25</sup> Aquesta és una de les mostres de la tendència del CF d'apartar-se de la tutela d'autoritat en tota la seva extensió; si bé no l'abandona definitivament, atès que la constitució de la tutela és sempre judicial i el control del seu exercici també ho serà si no s'ha fet ús de la facultat d'establir un consell de tutela, prioritza marcadament l'autonomia privada. Vegeu Ferrer Riba, *Les institucions... (I)*, cit., especialment les pàg. 2 i 4.

<sup>26</sup> S'ha pogut parlar, en aquest sentit, de l'existència d'una espècie de clàusula *rebus sic stantibus*; així, Roca Trías, *op. cit.*, pàg. 145.

<sup>27</sup> I fins i tot en aquest cas, l'activitat del jutge no ha de consistir en una valoració subjectiva sobre la idoneïtat de la persona designada, com assenyala Ferrer Riba (*Les institucions... (I)*, cit., pàg. 4), que també posa de manifest que la impugnació reeixida no ho és del negoci, sinó de la designació, i per tant, no ha d'afectar l'eficàcia de la resta de disposicions tutelars realitzades pels progenitors o pel mateix interessat.

<sup>28</sup> Pel que fa a la posició del jutge respecte als nomenaments tutelars efectuats pels progenitors, Arroyo Amayuelas (*Les institucions civils de protecció...*, cit., pàg. 560) posa de manifest que, si bé el caràcter vinculant de les auto-designacions té una explicació perfecta, atribuir el mateix efecte a les designacions fetes pels progenitors (com sembla que fa l'art. 178.1 I CF) no sembla tan encertat, ja que no sempre serà clar que s'hagi tingut en compte l'interès del menor o incapaç per sobre de qualsevol altra consideració. A més, el CF no estableix la possibilitat d'impugnar aquests nomenaments (a diferència del que preveu l'art. 172.2 per a l'autotutela), tot i que l'autora esmentada entén que, si és possible impugnar la designació dels membres que han de formar part del consell de tutela (art. 228 CF), la mateixa solució hauria d'aplicar-se per analogia a qualsevol altra designació de persones per ocupar càrrecs tutelars. També Ferrer Riba, *Les institucions... (I)*, cit., pàg. 4; però pel que fa a la rellevància de l'acte de constitució de la tutela, quant al control per part del jutge dels requisits de validesa de les disposicions voluntàries, vegeu la pàg. 5.

<sup>29</sup> Sense ocupar-se de modificar, per cert, l'art. 226 CCE, que no distingeix entre designació feta pels progenitors i autotutela, i que no té cap sentit per a aquesta última.

lloc de preferència el designat pel mateix tutelat.<sup>30</sup> Però continuen vigents tant el segon apartat de l'art. 234<sup>31</sup> com l'art. 224 CCE.

El primer d'aquests preceptes estableix la possibilitat que, de manera excepcional, el jutge alteri l'ordre de la crida legal (actualment, per exemple, podria preferir els progenitors sobre la persona designada pel mateix tutelat) o prescindeix de les persones enumerades en el primer apartat de l'article, si així ho exigeix el benefici del menor o incapaç, i sempre que ho faci en una resolució motivada. Aquesta previsió s'ha de complementar amb la que preveu l'article 224, segons el qual les disposicions de l'article 223 (actualment, l'autotutela i la designació per part dels progenitors) vinculen el jutge, sempre que el benefici del menor o incapaç no exigeixi una altra cosa, supòsit que requeriria també una resolució motivada. Tots dos preceptes concreten el sistema de tutela (parcialment<sup>32</sup>) d'autoritat que anuncia l'art. 216 CCE.

Per tant, en el CCE la designació voluntària es pot veure obviada, tant si procedeix del mateix interessat com si ho fa dels seus progenitors, per una decisió judicial dictada en benefici del menor o incapaç. No cal, segons el text vigent, que hagin canviat les circumstàncies que van motivar la designació: n'hi ha prou que el jutge motivi la seva decisió, explicant les raons per les quals entén que la persona tutelada estarà més ben atesa per l'escollit per l'autoritat judicial.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Deixant de banda la previsió del nou paràgraf tercer de l'art. 239, que no s'acaba de saber si conté un manament implícit a les comunitats autònomes d'establir òrgans específics dedicats a la cura d'incapaços, paral·lels als que es dediquen a l'atenció de menors. El precepte, en realitat, dibuixa un cercle viciós, atès que atribueix per ministeri de la llei la tutela d'incapaços deseparats a l'entitat pública que en tingui encomanada la tutela. O bé s'entén que utilitza l'expressió un cop en un sentit jurídic i l'altre en un sentit col·loquial, o bé simplement se'l qualifica d'inintel·ligible.

<sup>31</sup> El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida va formular una esmena que tendia precisament a afegir a continuació del paràgraf modificat de l'art. 234 CCE un segon apartat que recollís el text de l'article 234.II, fins llavors vigent (esmena núm. 11, BOCG, Congreso de los Diputados, 10.09.2003, 154-5), partint de la necessitat de mantenir la facultat del jutge de valorar la idoneïtat de les persones proposades per exercir el càrrec de tutor. L'esmena va ser rebutjada (DS Congreso de los Diputados núm. 809, 16.09.2003, Comisión de Política Social y Empleo), però no csembla que això signifiqui que no és vigent el segon apartat de l'article, atès que tant el projecte com el text definitiu assenyalen expressament que únicament es modifica el primer paràgraf, i així ho confirma l'EM VI.4, que tenia idèntica redacció al projecte. L'esmena, doncs, hauria decaigut per innecessària.

<sup>32</sup> En el sentit que les funcions tutelars no són exercides per l'Administració ni per l'autoritat judicial, sinó per subjectes privats; això sí, nomenats i fiscalitzats des dels poders públics.

<sup>33</sup> Sembla que era ben diferent la intenció del legislador, manifestada a l'EM VI.4: "*si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación*". Però recordem que aquesta matisació no va passar al text definitiu i que, si bé pot servir per qüestionar la decisió judicial en el cas

L'autoritat judicial pot imposar el seu criteri sobre el que manifesten les persones directament implicades en la institució de protecció.<sup>34</sup>

#### IV. LES PARELLES DE FET EN LA DESIGNACIÓ DE TUTOR

No cal insistir en el fet que, en la legislació catalana, la qüestió de la delació tutelar en cas d'unió estable de parella, de diferent o del mateix sexe, és bàsicament resolta en clau d'equiparació al matrimoni per l'art. 179.1.a CF i els arts. 7 i 25 LUEP. Per tant, els convivents poden optar, com qualsevol altra persona, casada o no, per fer ús de l'autotutela i elegir qui prefereixin com a tutor o curador, o bé excloure totes o algunes de les persones que es cridarien en defecte de designació voluntària. Si no ho fan, el primer cridat per la llei per exercir el càrrec serà el convivent. A més, d'acord amb el que s'acaba de comentar, el jutge podria apartar-se d'aquesta crida legal, en una resolució motivada i per protegir millor els interessos de l'incapaç.

Ben diferent és la situació si la norma aplicable és el CCE, amb el problema afegit que, segons com reaccionin els afectats, l'admissió de l'autotutela pot girar-se en contra dels mateixos a qui podria beneficiar, en bona mesura a causa del seu desconeixement i de la coherència de l'argumentació jurídica. Tant abans com després de la vigència de la Llei 41/2003, les unions estables de parella són completament ignorades pel que fa la delació tutelar, però la modificació, aparentment innòcua o fins i tot beneficiosa, altera notablement la posició dels convivents.

Efectivament, abans d'aquesta darrera modificació de la tutela, l'amplitud amb la qual el CCE permetia que el jutge s'apartés de l'ordre legal de crides possibilitava el nomenament del convivent, en una resolució motivada, com a persona més idònia per desenvolupar el càrrec. Actualment, aquesta possibilitat continua existint, però es corre el risc que, arran de la introducció de l'autotutela, el jutge

---

concret, no és dret positiu. La Llei 41/2003 peca sovint d'anunciar en el preàmbul solucions que després no tenen cabuda a l'articulat. A títol d'exemple, només cal comparar el nou apartat 7 de l'art. 756 CCE amb l'EM VII.2.

<sup>34</sup> Podríem dir, doncs, que la delació pròpiament dativa de la tutela se superposa tant a la delació voluntària com a la legal, amb l'únic límit de l'exigència de motivació que acrediti que la decisió respon al millor interès del menor o incapacitat. Per a la regulació anterior a la Llei 41/2003, respecte a la vinculació del jutge a les disposicions dels progenitors, a la qual es refereix l'art. 224 CCE, vegeu, entre altres, Lete del Río, *Comentarios al Código Civil...*, cit., pàg. 270, on destaca que no hi ha d'haver arbitri judicial, sinó control en benefici del menor; també a *Comentario del Código civil*, cit., pàg. 721; Rogel Vide, *op. cit.*, pàg. 702 i s., on assenyala que el benefici del menor o incapaç és en darrer terme d'apreciació judicial. Pel que fa a la vinculació del jutge a les disposicions del mateix interessat, per tal com defineixen el que és més beneficiós per a ell, vegeu Badosa Coll, *La autotutela*, cit., pàg. 929.

trobi més reduït el seu marge de discrecionalitat. Aquest tipus de raonament trobaria suport, a més, en el fet que, en absència d'una regulació amb vocació d'integritat de les unions estables, l'ordenament estatal sembla que vol deixar a l'autonomia privada la resolució dels problemes que planteja la convivència extramatrimonial fins on pugui arribar la força de la voluntat. En aquest sentit, fins i tot es podria veure la nova redacció dels arts. 223 i 234 CCE com un pas endavant en l'equiparació gradual de les parelles de fet al matrimoni.

Però aquesta consideració sembla més aviat il·lusòria, i la nova regulació és criticable almenys en dos sentits ben diferents, però que connecten en una equívoca comprensió de l'eficàcia de l'autonomia privada en aquest àmbit.

En primer lloc, s'ha tingut ocasió de palesar que l'atorgament d'un document de designació voluntària de tutor o curador no garanteix que, si arriba el cas, el jutge no pugui desvincular-se'n en una resolució motivada i en interès del menor o incapac. La motivació s'ha d'entendre com una justificació de la raonabilitat del criteri aplicat per resoldre el cas, i l'únic límit que s'aplica al criteri judicial és l'interès del tutelat. Deixant de banda la dificultat de concretar en cada supòsit aquest concepte jurídic indeterminat, i tenint present que la llei no exigeix que la persona autodesignada sigui inidònia, sinó tan sols que n'hi hagi una de més adequada,<sup>35</sup> es constata fàcilment que el legislador estatal no creu que la persona interessada sigui el millor jutge del seu destí. Una cosa és que hagin canviat substancialment les circumstàncies que van motivar l'elecció quan sigui el moment de designar efectivament un tutor i que es permeti llavors la desvinculació respecte a la designació voluntària, com succeeix al CF, i una altra de ben diferent és que, malgrat mantenir-se la mateixa situació contemplada per l'interessat en autodesignar-se tutor, l'autoritat judicial en pugui prescindir.

En el cas que ens ocupa, això condueix a constatar que, fins i tot si els convivents fan ús de l'autotutela, no es garanteix que les seves disposicions hagin de complir-se necessàriament. Certament la decisió judicial en un sentit divers del que ha previst el mateix interessat s'ha de considerar excepcional,<sup>36</sup> i ha de ser revisable com a infracció de llei, però el risc de desviació continua existint.

En segon lloc, la nova normativa pot tenir conseqüències segurament imprevistes, en el sentit següent: si existint la possibilitat que un convivent hagi designat l'altre com a eventual tutor o curador, no se n'ha fet ús, quan arribi la incapacitació i la necessitat de designar un tutor, se sentirà el jutge legitimat per saltar-se totes les crides legals i nomenar el convivent, fent ús de la facultat

---

<sup>35</sup> Vegeu, no obstant això, les opinions respecte d'aquesta qüestió dels autors esmentats a la nota 34.

<sup>36</sup> Art. 234.II CCE.

—recordem-ho— excepcional que la llei li atribueix? Com tantes altres vegades, la solució segurament serà diversa en funció del cas concret, i no sembla que es pugui preveure l'adopció d'un criteri unànim en la matèria, ni en un sentit ni en l'altre. Tement el pitjor, segurament quan l'entorn familiar estigui dividit respecte a això, el jutge acabarà emparant-se en l'únic criteri directe que li proporciona l'ordenament, com és la llista de persones preferides per exercir el càrrec, i trobarà confirmació a la seva decisió en la possibilitat d'autodesignació desaprofitada.

Si a aquestes consideracions hi afegim que, d'acord amb la normativa (estatal) processal, els integrants d'una unió estable de parella estan legitimats per instar la incapacitació del seu convivent (art. 757.1 LEC), perquè el legislador, amb bon criteri, entén que es tracta d'una persona especialment pròxima al presumpte incapaç, la paradoxa encara s'agreuja més. El convivent pot instar la incapacitació, però no està obligat a promoure la constitució de la tutela, tret que concorri en ell la condició de guardador de fet (art. 229, en relació amb l'art. 234.1 CCE), i tampoc no li interessarà fer-ho, atès que no se'l considera en la relació de possibles designats.

Així doncs, la doble perspectiva a l'efecte de la delació tutelar és almenys desesperant: si el convivent fa ús de l'autotutela, no hi ha res que garanteixi que es respecti la seva voluntat; però si no en fa ús, perquè en desconeix la possibilitat o perquè mai no se li va acudir que necessitaria un tutor —com succeeix en tants casos—, aquesta omisió se li pot girar en contra, perquè l'autoritat judicial es troba desarmada a l'hora de prescindir de l'ordre legal de crides. Immediatament es comprova que aquesta darrera situació comporta establir una càrrega excessiva sobre l'autonomia privada d'uns subjectes —els integrants d'una parella de fet—, però no d'uns altres —els que han contret matrimoni—, i que aquesta no pot ser la via adequada per resoldre problemes que, com es deia a l'inici, no són portada als diaris, però sí que determinen, potser fins i tot de manera més radical, la vida de les persones.

En espera d'una decisió legislativa sobre aquest tema, només podem suggerir que l'autotutela ha de mirar de preservar-se al màxim, especialment quan la persona escollida sigui de les que el mateix legislador considera especialment pròximes a la incapacitat,<sup>37</sup> i caldrà entendre, si més no durant el temps necessari per a l'assimilació social de la nova regulació, que l'excepció a l'ordre legal de crides pot tenir lloc encara que no s'hagi fet ús de l'autotutela.

---

<sup>37</sup> No només pensem en la legitimació per instar la incapacitació (art. 757 LEC), sinó també en la possibilitat d'adopció conjunta que tenen les parelles heterosexuales (DA 3a de la Llei 21/1987, d'11 de novembre). Sobre la vigència d'aquesta pensió, vegeu l'últim epígraf d'aquest estudi.

## V. PARELLES DE FET, DESIGNACIÓ TUTELAR I REFORMA DEL CODI CIVIL ESPANYOL EN MATÈRIA DE DRET A CONTRAURE MATRIMONI

Com s'ha apuntat a la introducció, les consideracions fetes a les pàgines precedents s'han vist afectades per l'aprovació de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, de modificació del CCE en matèria del dret a contraure matrimoni.

La tècnica legislativa utilitzada en aquesta llei es tradueix en una modificació substantiva destacada, que consisteix a afegir un segon paràgraf a l'art. 44<sup>38</sup> i un seguit de modificacions que el mateix preàmbul defineix com a terminològiques, en el sentit que miren d'eradicar del Codi totes les expressions que pressuposen que el matrimoni uneix persones de sexe diferent. A aquestes modificacions s'afegeix una disposició addicional única que, en previsió de possibles oblit, estableix que tota referència normativa al matrimoni s'ha d'entendre amb independència que els seus integrants siguin o no del mateix sexe.

Per tant, la brevetat del text s'explica per tal com la modificació de l'art. 44, acompanyada per la disposició addicional, ha de suposar, de retruc, la completa equiparació de les unions (matrimonials) homosexuals a les heterosexuales. Així doncs, per exemple, i com també palesa el preàmbul, quedarien resoltes sense necessitat de previsió específica qüestions com ara l'adopció.<sup>39</sup> Així caldrà llegir, en conseqüència, l'art. 175 CCE.

A l'efecte de la designació tutelar, la reforma projectada té rellevància perquè suposa un pas endavant, en la mesura que permet que unes persones, les integrants d'una unió estable de parella homosexual, tinguin l'opció efectiva d'escapar del cercle viciós en matèria de crides tutelars al qual ens referim. Reconeixent-los el dret de contraure matrimoni, que abans no tenien, si efectivament en fan ús, seran cridats en primer lloc, si no hi ha designació voluntària, per als càrrecs tutelars, sense necessitat d'haver estat més diligents que altres subjectes atorgant el corresponent document d'autotutela. Certament, decau una de les principals fonts de discriminació que es posaven de manifest en els epígrafs anteriors.

L'aprovació de la Llei 13/2005 haurà aconseguit potser l'aspiració que hi havia al capdamunt de la piràmide, en aplicació del text constitucional, però

---

<sup>38</sup> Sembla, doncs, que amb aquest segon paràgraf en realitat el que es fa és donar una determinada interpretació al primer paràgraf del precepte, de manera que s'entengui que el dret a contraure es predica de tot home i de tota dona, sense possibilitat de sobreentendre-hi, com fins ara es feia, l'afegitó conforme al qual el dret a contraure matrimoni el tenen l'home i la dona *entre ells*.

<sup>39</sup> EM II.4: "*En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción*".

necessàriament es torna a obrir el debat respecte a la regulació de formes de convivència diferents del matrimoni, però marcades per la mateixa finalitat de vida compartida. En aquest sentit, ja fa anys que es poden distingir (a més dels corrents obertament contraris a les reformes del dret de família tradicional) dues posicions diferenciades: d'una banda, es defensa la necessitat de regular les unions estables de parella, ja que en aquestes unions és consubstancial el fenomen de la convivència, que genera una comunitat personal i patrimonial digna de protecció per si mateixa, amb independència del fet que no s'hagi passat pel sedàs formal del matrimoni; i d'altra banda, es pot entendre innecessària (o fins i tot intervencionista) la regulació de les parelles de fet quan dues persones adultes han optat lliurement per no contraure matrimoni, podent-ho fer.

Qui subscriu aquest escrit havia estat sempre més a prop d'aquesta segona visió que no pas de la primera, però segurament només calia veure un canvi de panorama en perspectiva per tornar a qüestionar la validesa d'aquells raonaments. Cal que ens plantegem un model de convivència no matrimonial, a mig camí entre la regulació completa del matrimoni i la manca total de regulació?

Aquest tipus de qüestions excedeixen amb escreix l'abast d'aquest estudi, però justament el tema de què tracta és un exponent de la necessitat de plantejar-nos-ho, tot i que possiblement la resposta no es trobi directament en la resolució d'aquesta pregunta concreta, sinó que limiti amb el problema més genèric de l'apropament del dret als ciutadans.

Efectivament, el tema de fons en matèria de designació tutelar continua essent el mateix: davant d'una situació de convivència afectiva entre dues persones, la declaració d'incapacitat d'una d'elles no determinarà, en l'àmbit del CCE, la designació de la seva parella com a tutor o curador, si no és per la via de la facultat excepcional que l'art. 234.II CCE atribueix al jutge, o en el cas, també excepcional en la realitat actual, que s'hagi previst l'autotutela. Amb això el que es vol expressar és que aquells petits temes que, com dèiem al principi, no són portada dels diaris, però que poden ser cabdals en la vida d'una persona, segurament demanen solucions més pròximes a la situació real en què es troben els interessats, independentment del fet que s'hagin acollit o no a una determinada institució jurídica, com ara el matrimoni.

Des d'una perspectiva potser més tècnica, la Llei planteja encara altres interrogants que limiten amb el nostre tema. El primer fa referència a la sort de la disposició addicional tercera de la Llei 21/1987, d'11 de novembre, conforme a la qual les referències fetes a la capacitat per adoptar simultàniament o conjuntament un menor són també aplicables a l'home i la dona integrants d'una parella unida de manera permanent per relació d'afectivitat anàloga a la conjugal. La Llei 13/2005 no es refereix al precepte. Vol dir això que una parella de fet heterosexual podrà adoptar de manera conjunta, mentre que la mateixa regla

no regirà quan la parella sigui homosexual?<sup>40</sup> O haurem d'interpretar que ara la disposició es refereix a tot tipus de parelles, atès que no hi ha obstacle a l'adopció conjunta per part de persones del mateix sexe? Aquesta sembla la interpretació més conforme a l'esperit de la reforma,<sup>41</sup> tot i que no hauria sobrat una correcció expressa.<sup>42, 43</sup> En tot cas, novament, sembla que si arribem a aquesta conclusió respecte a l'adopció, hauríem de trobar la manera de pujar de rang el convivent en matèria de designació tutelar.

Finalment, no podem tancar aquest comentari sense fer menció de l'ambigua situació en què es troben les normatives autonòmiques sobre parelles de fet arran de l'aprovació de la Llei 13/2005, i d'una manera especial la catalana que, com que va ser la primera de promulgar-se, estableix encara la distinció marcada d'efectes entre unions heterosexuales i homosexuals, partint, evidentment, de la impossibilitat que dues persones del mateix sexe poguessin contraure matrimoni de conformitat amb el CCE vigent el 1998. Si desapareix aquest obstacle, decauen també les raons que podien justificar, o si més no explicar, la diferència de tracte. De moment, l'equiparació dels convivents als cònjuges en matèria de designació tutelar sembla venir garantida per la recent modificació del CF. Esperem que així quedi.

*L'Escala, 12 d'agost de 2005.*

---

<sup>40</sup> Tret que s'hagin casat, és clar.

<sup>41</sup> No cal oblidar, però, que el supòsit no queda inclòs en l'àmbit d'aplicació de la disposició addicional de la Llei 13/2005: "*Las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*".

<sup>42</sup> La Llei modifica l'art. 175.4, però no per incloure-hi les previsions (ampliades segons el sentit de la reforma que s'apunta al text) de la disposició addicional tercera de la Llei 11/1987, sinó per establir expressament que l'adopció per part d'ambdós cònjuges és possible tant de manera simultània com successiva. Malgrat la interpretació que considerem preferible, cal tenir present que no es pot descartar (tot i que, hi insistim, sembla improbable) que s'hagi volgut derogar tàcitament la possibilitat d'adoptar per part de parelles de fet, o almenys que no s'hagi volgut atribuir aquesta opció a les parelles homosexuals, ja que el Projecte que finalment es va presentar al Congrés incorporà una de les crítiques que es derivaven del Dictamen del Consell d'Estat de 16 de desembre de 2004 (la relativa a l'art. 178.2 CCE), però no la referent a la repetida DA 3<sup>a</sup> de la Llei 11/1987.



