



FACULTAD DE DERECHO

**EL PAPEL TUTELAR DE LOS MAGISTRADOS  
Y FISCALES EN SITUACIONES DE DERECHO  
DE FAMILIA**

Autor: Sandra Arévalo Fernández

4º E5-FIPE

Derecho de Familia

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

**Madrid,**

**Mayo, 2023**

## **RESUMEN**

El Derecho de Familia y su complejo contenido humano ponen de manifiesto la necesidad de actuación judicial y fiscal a través de un procedimiento detallado y establecimiento de medidas de protección, con el objetivo salvaguardar la tutela judicial efectiva de los miembros de la familia, en especial en lo relativo a los intereses de los menores por su condición de vulnerables. No obstante, la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha dado paso a un proceso de desjudicialización de estos asuntos, con la consecuente ampliación del ámbito de la autonomía privada.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad, crisis matrimoniales, especialización, intervención judicial y fiscal, matrimonio, menores, medidas de protección, tutela.

## **ABSTRACT**

Family Law and its complex human content highlight the need for judicial and fiscal action through a detailed procedure and establishment of protection measures, with the aim of safeguarding the effective judicial protection of family members, especially in regarding the interests of minors due to their vulnerable condition. However, the Voluntary Jurisdiction Law has given way to a process of de-judicialization of these matters, with the consequent expansion of the scope of private autonomy.

**Key words:** autonomy of will, marital crises, specialization, judicial and fiscal intervention, marriage, minors, protection measures, guardianship.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>9</b>
1. INTERÉS DEL TEMA.....	9
2. OBJETIVOS.....	9
3. METODOLOGÍA.....	10
4. PLAN DE EXPOSICIÓN.....	10
<b>CAPÍTULO I: LA FAMILIA EN EL DERECHO ESPAÑOL</b> .....	<b>12</b>
1. CONCEPTO DE FAMILIA Y REGULACIÓN .....	12
2. NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE JUECES Y FISCALES .....	12
3. CONJUGACIÓN DEL INTERÉS U ORDEN PUBLICO CON LA AUTONOMÍA PRIVADA.....	13
<b>CAPÍTULO II: LA FIGURA DEL JUEZ Y FISCAL EN DERECHO DE FAMILIA</b> .....	<b>16</b>
1. PRINCIPIOS RECTORES DE SU ACTUACIÓN. PROTECCIÓN .....	16
<b>1.1. Principio de legalidad</b> .....	<b>16</b>
<b>1.2. Vulnerabilidad y tutela</b> .....	<b>17</b>
<i>1.2.1. La tutela desde una perspectiva constitucional (artículo 24 CE)</i> .....	<i>18</i>
<i>1.2.2. La tutela desde una perspectiva civil</i> .....	<i>19</i>
2. FUNCIONES JUDICIALES. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.....	20
<b>2.1. Principios de actuación</b> .....	<b>20</b>
<b>2.2. Un orden jurisdiccional especializado</b> .....	<b>21</b>
3. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL. ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL .....	21
<b>CAPÍTULO III: MATRIMONIO Y CRISIS MATRIMONIALES</b> .....	<b>23</b>

1. CONSIDERACIONES PRIMERAS SOBRE EL MATRIMONIO .....	23
2. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.....	23
3. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO .....	24
<b>3.1. Divorcio y separación .....</b>	<b>25</b>
<i>3.1.1. Actuación judicial .....</i>	<i>26</i>
a. Declaración unilateral.....	26
b. Divorcio de mutuo acuerdo en sede notarial .....	26
c. Divorcio contencioso .....	28
<i>3.1.2. Aspectos comunes a ambos procesos .....</i>	<i>29</i>
a. Adopción de medidas provisionales por el Juez, y su posterior conversión en definitivas .....	29
i. Atribución del uso de vivienda y de los bienes y objetos del ajuar familiar .....	30
ii. Pensión compensatoria.....	31
iii. Contribución a las cargas matrimoniales.....	32
b. Extinción y posterior liquidación del régimen económico matrimonial .....	33
i. Extinción.....	33
- Separación de bienes.....	33
ii. Liquidación.....	34
c. Las mascotas y su nueva consideración .....	34
<i>3.1.2. Actuación del Ministerio Fiscal .....</i>	<i>35</i>
a. Separación o divorcio de mutuo acuerdo .....	35
i. Fase de aprobación .....	36
ii. Fase de modificación.....	37

iii. Fase de constitución .....	37
b. Separación o divorcio contencioso.....	38
<b>3.2. Nulidad.....</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO IV: RELACIONES PATERNO-FILIALES Y LOS MENORES DE EDAD.....</b>	<b>42</b>
1. EL MENOR EN SITUACIONES Y ENTORNOS FAMILIARES .....	42
<b>1.1. Protección jurídica del menor .....</b>	<b>42</b>
<b>1.2. Relación familiar.....</b>	<b>42</b>
2. EL MENOR EN CRISIS FAMILIARES.....	43
<b>2.1. Establecimiento de medidas de protección .....</b>	<b>45</b>
<i>2.1.1. Tipos de medidas .....</i>	<i>45</i>
a. Medidas provisionalísimas .....	45
b. Medidas provisionales o coetáneas .....	46
c. Medidas definitivas.....	46
<i>2.1.2. Modificación de medidas .....</i>	<i>47</i>
<b>2.2. Procedimiento.....</b>	<b>47</b>
<i>2.2.1. Solicitud de medidas .....</i>	<i>47</i>
<i>2.2.2. Proposición y práctica de pruebas.....</i>	<i>48</i>
a. Pruebas documentales.....	48
b. Pruebas periciales .....	48
c. Pruebas testificales .....	49
d. Audiencia y exploración del menor .....	49
<i>2.2.3. Petición de vista .....</i>	<i>52</i>
<i>2.2.4. Comparecencia en medidas provisionales .....</i>	<i>52</i>

2.2.5. <i>Ejecución de sentencias</i> .....	52
<b>2.3. Medidas específicas respecto a los hijos</b> .....	<b>53</b>
2.3.1. <i>Patria potestad y cuidado de los hijos</i> .....	53
2.3.2. <i>Régimen de visitas</i> .....	55
2.3.3. <i>Pensión de alimentos</i> .....	56
2.3.4. <i>Uso de la vivienda familiar</i> .....	56
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>58</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>60</b>

## ABREVIATURAS

Art, /arts.	Artículo, artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
Cap.	Capítulo.
CC	Código Civil.
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución Española.
DA	Disposición Adicional.
EM	Exposición de Motivos.
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
FFDD	Fundamentos de Derecho.
FGE	Fiscalía General del Estado.
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
Leg.	Legislación.
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.
MF	Ministerio Fiscal.
PJ	Poder Judicial.

s./ss.	Siguiente/Siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.



## **INTRODUCCIÓN**

### **1. INTERÉS DEL TEMA**

El Derecho de Familia ha sufrido una intensa mudanza en las últimas décadas por la emergencia de nuevas conductas y formas de familia.

Son muchas las transformaciones que han generado una necesidad de actuación, de reflexión sobre la legislación, motivadas por el avance y desarrollo o variación de la sociedad. Estas alteraciones inciden directa o indirectamente en el seno de las familias, pudiendo dar lugar o generar situaciones de desamparo. Se requiere una protección hacia las personas vulnerables necesitadas de protección en este ámbito. Tanto es así, que la potestad jurisdiccional ha de ser ejercida de manera activa, pues el principio de legalidad ha de ser velado en todo momento.

Sin embargo, las crecientes críticas que en los últimos años se han venido gestando acerca del Sistema Judicial español no pasan desapercibidas. Se ha perdido la confianza pública por parte de los ciudadanos – el pilar en el que se ha de basar el poder judicial – en la gran labor que jueces y fiscales desempeñan. Como consecuencia de ello, se ha generado una crisis de cambio, una tensión permanente que impide, en multitud de ocasiones, un entendimiento.

### **2. OBJETIVOS**

Este trabajo presenta como objetivo principal el análisis de la intervención del Juez y del Ministerio Fiscal en situaciones de Derecho de Familia, concretamente, en lo que respecta a la celebración y disolución del matrimonio, así como en la protección necesaria a los menores tras una crisis familiar. Se pretende mostrar la indispensabilidad de su actuación en el inmenso mundo del Derecho de Familia. Sin la labor jurídica de los mismos –siempre y cuando respondan a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, reflexión, análisis crítico, etc.–, los derechos fundamentales que protegen a cada individuo y el principio de solidaridad familiar quedarán plenamente desvirtuados. También, mostrar la vital importancia del principio general de tutela de la vulnerabilidad.

En línea con lo anterior, y pese a la importancia que reviste, se atenderá a cómo la actuación judicial ha quedado, en ciertos aspectos, desvirtuada, siendo desplazada por el fenómeno de la autonomía de la voluntad.

Analizar la verdadera necesidad de una auténtica especialización, no solo referida a la creación de órganos judiciales especializados en la materia, véase los Juzgados específicos de Familia, sino también aquella referida a los integrantes del mismo.

### 3. METODOLOGÍA

Para un correcto alcance de los objetivos previamente citados, se procede a realizar una consulta de fuentes primarias en sistema de Derecho Español, recopilando información proveniente de libros, manuales y revistas específicas del sector a tratar. En complemento a ello, la jurisprudencia, obtenida en portales como *Vlex* y *Westlaw*, así como la legislación relativa a la materia, ha sido fundamental para obtener un conocimiento certero en la materia, y de tal forma desarrollar el modo de proceder de los Magistrados y Ministerio Fiscal en situaciones de Derecho familiar. Teniendo lo anterior en cuenta, se plantearán una serie de conclusiones, en las que se incluirán ciertas críticas e ideas originales.

### 4. PLAN DE EXPOSICIÓN

La línea procedimental de este trabajo consiste en abarcar en primer término los aspectos generales, para culminar con los más específicos.

“La familia en el Derecho español” será el capítulo introductorio al Trabajo. En este punto se estudia la verdadera necesidad de intervención de las dos figuras citadas en el ámbito jurídico del Derecho de Familia.

Posteriormente, se analizan cuáles son los principios a los que atienden los jueces y fiscales para desempeñar su labor de protección, entre los que destaca el principio de legalidad y vulnerabilidad. El capítulo segundo (“La figura del Juez y Fiscal en Derecho de Familia”) se centrará en sus funciones en el sentido más amplio, siguiendo lo contemplado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF).

Tras los conocimientos generales, el capítulo tercero y cuarto indagarán acerca del papel de los jueces, por un lado, y de los fiscales por otro, en lo relativo al matrimonio y crisis matrimoniales, y a las relaciones paternofiliales y el menor en situaciones y entornos familiares, garantizando en todo momento su interés superior.

Para culminar el trabajo, se formularán las pertinentes conclusiones del desarrollo del trabajo, pretendiendo dar respuesta a los objetivos arriba formulados.

## CAPÍTULO I: LA FAMILIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 1. CONCEPTO DE FAMILIA Y REGULACIÓN

La familia es considerada, en términos de GARCÍA PRESAS, como aquel “conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco<sup>1</sup>”<sup>2</sup>. Las relaciones que surgen de esta son claro objeto de regulación jurídica al derivar de la misma efectos jurídicos atribuidos por Ley. De esta forma, se considerará Derecho de Familia al conjunto de normas o reglas de carácter privado que regulan las relaciones familiares, así como su organización y la resolución de conflictos surgidos en dicho ámbito<sup>3</sup>, en términos de DÍEZ PICAZO Y GULLÓN.

Esta institución, pese a no estar definida como tal en la Constitución Española, goza de protección conferida por su artículo 39, tanto en el ámbito jurídico como en el económico. Sin embargo, esta salvaguardia se reduce a la familia nuclear, entendiendo la que comporta a las figuras paternas y a los hijos<sup>4</sup>, añadiendo recientemente a las mascotas, en cuanto que su estatuto jurídico ha pasado a ser el de seres vivos dotados de sensibilidad.

Por su parte, el Código Civil regulará la normativa relativa a las relaciones de pareja (matrimonio y unión de hecho), filiación (adoptiva, matrimonial y extramatrimonial), y la protección de los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente a través de las instituciones de tutela, curatela y patria potestad<sup>5</sup>.

### 2. NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE JUECES Y FISCALES

El Derecho de Familia encarna una complejidad superior. La familia es la forma más pura de una sociedad organizada en la que concurre un especial componente humano.

Al ser una comunidad de vida, la *interna corporis* de la familia no puede ser regulada *in omne* a través de una normativa precisa e imperativa. El ordenamiento

---

<sup>1</sup> Ya sea por consanguineidad, afinidad o adopción.

<sup>2</sup> García Presas, I., “El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, Coruña, 2011, p. 237 (disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/83571173.pdf>; fecha última consulta: 23 de noviembre de 2022).

<sup>3</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., Manual de Derecho Civil: Sistema de Derecho Civil, volumen IV (tomo I): “Derecho de Familia”. 11 edición. Ed: Tecnos. p.28.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 240.

únicamente contempla una guía de conducta de la función social de los miembros familiares. Sin embargo, concurren ciertos derechos individuales, así como íntimos de la propia familia, que han de ser realizados y respetados<sup>6</sup>.

La aplicación de lo dispuesto en la normativa contenida en el Código Civil, así como en leyes complementarias, necesita de la correcta actuación de jueces y fiscales en el ejercicio de su función jurisdiccional con el fin de garantizar un equilibrio en el seno de la familia. La intervención estatal crea los requisitos fundamentales relativos al bienestar familiar, evitando abusos, interviniendo en situaciones anormales, y brindando la protección necesaria a aquellas personas que ostentan la consideración de más débiles, como son los menores. En términos de AMADEO DE FUENMAYOR, “*una característica común a los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo es la proclamación de la especial tutela que merece la familia, en cuanto constituye un elemento fundamental de la sociedad.*”<sup>7</sup>.

### 3. CONJUGACIÓN DEL INTERÉS U ORDEN PÚBLICO CON LA AUTONOMÍA PRIVADA

Acorde al principio dispositivo (eje rector de los procesos civiles), “*las partes son quienes delimitan o concretan el ámbito de la controversia sobre el que deben resolver los órganos judiciales*” (LEC<sup>8</sup>, arts. 19 y 216). La perspectiva clásica tradicional del Derecho de Familia suponía la limitación de este principio en cuanto se trata de un proceso matrimonial o familiar, dando pie a una mayor actividad oficiosa del órgano jurisdiccional por las razones de interés u orden público. Ello se traducía en un importante intervencionismo de los poderes públicos<sup>9</sup> y la aplicación del carácter imperativo en los distintos preceptos regulados.

Su justificación se encuentra en el “*comprometido interés social y el orden público que impera en lo atiente a las cuestiones de la niñez y a las personas en condiciones de*

---

<sup>6</sup> Reverte, A., “Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código Civil)”, *Revistas UM* (disponible en: <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/download/105431/100351/421411>; fecha de acceso: 3 de marzo 2023).

<sup>7</sup> Salinas Quijada, F., “La autonomía de la voluntad en el art. 90 del Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra: sus concordancias y diferencias”, *Revistas y series UN, Ius Canonicum*, vol. XXII, nº 44, 1982, p. 798.

<sup>8</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000)

<sup>9</sup> García Presas, I., *Op. cit.* p. 241.

*vulnerabilidad*<sup>10</sup>, según LÓPEZ CARDOSO Y ORLANDO VÁZQUEZ<sup>11</sup>. Los derechos concurrentes se rigen primordialmente por el orden público, siendo coercitivos e inaccesibles. Convierten la oficiosidad en acción obligatoria cuando potencialmente se vulnera el derecho de todas aquellas personas en situación de vulnerabilidad<sup>12</sup>.

Si bien es cierto lo anterior, las últimas corrientes jurídico-sociales han conllevado la *contractualización* del Derecho de Familia, desenmarcándolo del Derecho Público. Cediendo la visión clásica, la nueva tendencia normativa ha dado pie a una exaltación de la libertad individual, fomentando la esfera de actuación familiar haciendo prevalecer el interés particular sobre el social. El negocio jurídico familiar se ha proliferado, evitando los controles judiciales, los cuales quedar limitados a aquellos casos en los que sea imprescindible.

Siendo el principal detonante la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria<sup>13</sup>, el Derecho de Familia abandona la limitación de la autonomía privada para reconocer un proceso de desjudicialización, a través de la cesión competencias a los Notarios, Letrados de la Administración de Justicia, y diferentes Registradores, todos ellos dotados de capacidades más que suficientes para cumplir la función de salvaguardia y protección que el Juez ejercía con anterioridad. La competencia alternativa ya es posible y el evitar esa necesidad de judicializar la totalidad de los supuestos, según GARCÍA MARTÍN, “*mejorará el acceso de los ciudadanos a la justicia*”<sup>14</sup>.

Con ello, se proclama el creciente ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad, otorgando a los cónyuges amplias facultades de regulación, tanto en lo que respecta a su unión, como en lo relativo a los hijos comunes fruto de esta. Se pone de manifiesto en el artículo 1255 del Código Civil que las partes podrán seguir estableciendo

---

<sup>10</sup> El activismo judicial se intensifica o activa en cuanto que la norma enuncia la posibilidad de existencia de posible vulnerabilidad de los derechos relativos a la niñez o adolescencia, pese a que en ocasiones no concurren estos supuestos.

<sup>11</sup> López Cardoso, G., Vázquez, O., “Actuación oficiosa del juzgado. Breve análisis de la cuestión del desplazamiento y morigeración del principio dispositivo en los procesos de familia”, s.f., p.1 (disponible en: <https://fundejus.org/wp-content/uploads/2018/09/DESPLAZAMIENTO-Y-MORIGERACION-DEL-PRINCIPIO-POSITIVO-EN-LOS-PROCESOS-DE-FAMILIA-FUNDEJUS-1.pdf>).

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>13</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).

<sup>14</sup> García Martín, A., “Reforma de la Jurisdicción Voluntaria”, *Revista escritura pública*, p. 36.

“pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”, extendiéndose al ámbito familiar. Conforme a ello, las partes podrán llevar a cabo acuerdos prematrimoniales (dirigidos a pactar su situación de manera preventiva en caso de ruptura futura y sus efectos), así como pactos privados<sup>15</sup> de separación de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento (sírvese como ejemplo el convenio regulador).<sup>16</sup>

Reconoce uno de los mayores civilistas, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, que “*el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es consecuencia de un desinterés o de un abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto*”<sup>17</sup>.

Parece que el objetivo se centra en una resolución del conflicto por la esfera interna familiar por considerar que la figura del Juez es invasiva. Sin embargo, su autoridad no se dirige a una imposición de su criterio coerciendo el mandato familiar, sino que actúa como garante del interés familiar y supraindividual cuando la crisis gestada suponga un peligro para uno de sus miembros. Son muchas las dificultades que atraviesan el ámbito familiar cuya solución no puede prestarse en su totalidad a la mera voluntad de las partes.

---

<sup>15</sup> Únicamente ostentarán efecto de cosa juzgada cuando hayan sido homologados.

<sup>16</sup> Sillero Croveto, S., “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 769, p. 2788 (recuperado de: <https://app.vlex.com/#/vid/782196961>; fecha de consulta: 3 de marzo de 2023)

<sup>17</sup> Díez-Picazo, L., “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia”, en *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, segunda edición, 1989, p. 43.

## CAPÍTULO II: LA FIGURA DEL JUEZ Y FISCAL EN DERECHO DE FAMILIA

### 1. PRINCIPIOS RECTORES DE SU ACTUACIÓN. PROTECCIÓN

#### 1.1. Principio de legalidad

Atendiendo a la Constitución Española (CE), se observa la concreta alusión en su artículo 9, apartado 3, a la garantía necesaria que envuelve, entre otros, al principio de legalidad. Queda definido, en términos del Diccionario panhispánico del Español Jurídico, como “*Principio jurídico que sustenta el Estado de derecho, en virtud del cual los poderes públicos están sometidos a la ley y al derecho*”<sup>18</sup>. Ello supone una vinculación positiva, una sujeción concisa y plena y primacía de la Ley. Por tanto, en toda actuación realizada debe apreciarse la prevalencia de esta y no la voluntad individual, bajo ningún concepto.

Así, puede considerarse a este principio como un principio de juridicidad, pilar fundamental del propio Estado de Derecho, según FRANCISCO RUBIO<sup>19</sup>. Autores como DE OTTO Y PARDO Y ALFARO afirman que tarea necesaria es aportar y dotar de sentido al “mínimo contenido universal” del mismo<sup>20</sup>, para generar un correcto sistema de control del ejercicio de poder<sup>21</sup> y no incurrir en errores que puedan desembocar en un gran desastre legal.

Esta legalidad ha de ser cuanto menos velada y protegida. Hablamos de una garantía institucional ejercida por el Ministerio Fiscal y por los Jueces (o Magistrados, en su caso).

En cuanto al Ministerio Fiscal, de nuevo me remito a la CE, donde textualmente se afirma que este “*tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados*” (Artículo 124.1 CE). Es más, en el apartado

---

<sup>18</sup> Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* (disponible en: <https://dpej.rae.es/>; fecha de consulta: 5 de enero de 2022)

<sup>19</sup> Rubio Llorente, F., El principio de legalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(39), 1993.

<sup>20</sup> De Otto, Y., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987, p. 141.

<sup>21</sup> Alfaro, N. S., “Notas para una crítica del principio de legalidad”. *Revista Iberoamericana*, 1(19), 2001, (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=260755>; fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022).



segundo del mismo artículo se pone de manifiesto la clara sujeción de las funciones del Ministerio Fiscal a este principio – “*El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad*”–. Será el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal – EOMF– (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) el que desarrolle a fondo estos términos citados, que será analizado a continuación (concretamente en el apartado tercero de este mismo capítulo).

La figura del juez, asimismo, tiene como cometido principal la administración de la justicia. Integrando el Poder Judicial, este tiene la competencia de actuar en base a una serie de principios, consagrados en el artículo 117.1 CE: inamovilidad, independencia, responsabilidad y, sobre todo, sometimiento único y pleno al imperio de la Ley. Es más que estrecha la relación que presentan con el principio de legalidad al ser su función principal el aplicar y hacer cumplir la ley. No se permite bajo ningún concepto la arbitrariedad y subjetividad en las decisiones adoptadas, sino que los jueces han de aplicar la ley de manera objetiva y neutral, pues solo así se consideran garantes de este principio de legalidad, así como de la protección de los derechos fundamentales de todo ciudadano.

## **1.2. Vulnerabilidad y tutela**

La expresión “vulnerable” presenta varias definiciones.

Así, la Real Academia la Lengua – RAE – aporta el siguiente significado: “*Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*”<sup>22</sup>. Como se puede comprobar, la definición abarca más allá de la mera ausencia de recursos materiales<sup>23</sup>.

No obstante, desde una terminología o sentido más jurídico, la vulnerabilidad hace referencia a aquella situación en la que un grupo o colectivo de personas se halla en una posición desventajosa o de debilidad en cuanto a otros se refiere. Presentan limitaciones que probablemente les obstan a adoptar decisiones correctas<sup>24</sup>. De esta manera, se

---

<sup>22</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992.

<sup>23</sup> Jorge Arévalo, E., La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad, *REVISTA IUS*, 9(36), 2016, p.63 (disponible en: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/94/89>; fecha de consulta: 10 de febrero de 2023).

<sup>24</sup> Pascualini, G., “Ética: la palabra devaluada”, en José, Burucúa, *La Ética del Compromiso*, Gea, Buenos Aires, 2003, p. 131.

requiere una protección especial por parte del sistema jurídico, que será brindada, además de por el Estado (adoptando medidas legislativas y políticas correctas), por el Poder Judicial, dentro del cual se incluyen los Jueces y el Ministerio Fiscal.

Todo derecho de persona ha de ser reconocido y protegido<sup>25</sup> de manera efectiva, pues solo así el acceso a la justicia podrá ser garantizado. Para ello, es necesaria la aplicación de ciertas medidas especiales en cuanto a los procesos judiciales se refiere. Es decir, los jueces y fiscales han de evitar cualquier situación que pueda producir indefensión. De ahí que estos presenten una función tuitiva. Se exige una igualdad, en términos constitucionales, en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de todo ciudadano. Se podría resumir en ostentar las mismas posibilidades<sup>26</sup>.

Aparece en este momento un concepto más que fundamental: la tutela. En los dos subapartados siguientes se analizará la misma desde la perspectiva de dos textos legales diferenciados.

#### *1.2.1. La tutela desde una perspectiva constitucional (artículo 24 CE)*

*«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».* Así comienza el artículo 24 de la Constitución Española, uno de los preceptos de más relevancia de la totalidad del ordenamiento jurídico español, pues configura de manera plena el funcionamiento de la justicia en dicho sistema. Se trata, pues, de un valioso derecho fundamental.

Los órganos judiciales tienen la obligación de garantizar ese respeto proclamado a los derechos de los ciudadanos – en especial, los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II, del Título I<sup>27,28</sup> –, para evitar en todo caso que estos queden desamparados o

---

<sup>25</sup> Importante es el término protección en relación con las garantías aportadas por el Poder Judicial.

<sup>26</sup> Durán-Chávez, C. E., y Fuentes-Aguila, M. R., “El estado de indefensión y su relevancia en el derecho. Aspectos constitucionales y penales”. *Dominio de las Ciencias*, 7(3), 2021, págs.1442-1460 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8229711.pdf>; fecha de consulta: 20 de febrero de 2023)

<sup>27</sup> Además del artículo 14, relativo a la igualdad ante la Ley, introducido doctrinalmente por el Tribunal Constitucional.

<sup>28</sup> Séase: Igualdad de trato y no discriminación; derecho a la vida, a la integridad física y moral, derecho a la libertad ideológica y religiosa; derecho a la libertad y seguridad; derecho a la intimidad personal y familiar, honor e inviolabilidad del domicilio; derecho a la libertad de residencia y circulación; derecho a

desprotegidos – séase, eludiendo el estado de indefensión –. Así lo refleja El Tribunal Constitucional – desde ahora, TC –, en su Sentencia núm. 46/1982, de 12 de julio: “*el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto*”<sup>29</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, por ende, una serie de acciones con el objetivo único de preservar las garantías del ciudadano, entre las cuales se encuentran: adopción de medidas cautelares por parte de los jueces y/o magistrados, ejecución de manera forzosa siempre y cuando una de las partes no cumpla con lo debido, poner fin al proceso mediante una sentencia firme fundada en derecho que en todo caso se pronuncie sobre el fondo<sup>30</sup>.

### *1.2.2. La tutela desde una perspectiva civil*

Una vez analizada la tutela desde el plano constitucional, se debe analizar la misma desde el plano del Derecho Civil.

El Diccionario panhispánico del español jurídico considera la tutela civil como aquella “*institución que tiene por objeto la guarda y protección de las personas y bienes*”<sup>31</sup>. Se repite la palabra *protección*. Es decir, se manifiesta un deber por parte de las autoridades judiciales de conceder esas funciones tutelares al ciudadano concreto, siendo estas su salvaguarda. Esta tutela civil ha sido en multitud de ocasiones perfilada por el Tribunal Constitucional para dotarla de sentido, por tratarse de un ámbito que abarca un amplio grado de casuística<sup>32</sup>. Es este mismo el responsable último en rigor máximo de garantizar este derecho fundamental.

---

libertad de expresión; derecho de reunión y asociación; derecho a la educación; derecho a sindicación y huelga.

<sup>29</sup> STC, núm. 46/1982, de 12 de julio. (versión electrónica – base de datos Vlex). Fecha de última consulta: 1 de diciembre de 2022.

<sup>30</sup> Álvarez, H. Á., “El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho civil: supuestos más relevantes. *Revista Europea de Derechos Fundamentales/European Journal of Fundamental Rights*, 23, 2014, p. 28 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945866.pdf>; fecha de consulta: 14 diciembre 2023)

<sup>31</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Op. Cit.*

<sup>32</sup> Álvarez, H.Á., *Op. cit.* p. 29.

Será en este plano en el que centre este trabajo, más en especial en una rama del Derecho Civil con especial relevancia en este asunto: el Derecho de Familia.

## 2. FUNCIONES JUDICIALES. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

### 2.1. Principios de actuación

Preguntarse cuáles son las cualidades y funciones de un juez es más que necesario. “*La justicia es una virtud, y, además, las envuelve todas*”. “*Sin justicia verdadera no viven las naciones*”, en términos de RAFAEL RUBIO<sup>33</sup>.

El Estado democrático de Derecho<sup>34</sup> exige como requisito fundamental un correcto funcionamiento del Poder Judicial, ostentando los jueces la máxima responsabilidad y quedando su actuación sujeta a los principios generales contemplados en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial – LOPJ–<sup>35</sup>: “*independiente, inamovible, responsable y con único sometimiento a la Constitución e imperio de la Ley*” (art. 1 LOPJ)<sup>36</sup>.

En Derecho de Familia, y ya conociendo la subsidiariedad que ostenta su figura con respecto de la decisión de la propia familia, la intervención judicial queda dirigida a la aplicación coherente de la norma. Conforme a ANTONIO REVERTE, queda legitimado para “*constituir, modificar o perfeccionar las relaciones jurídicas entre las partes*”<sup>37</sup>. Dentro del abanico facultativo que presenta, la preservación del cumplimiento de la ley es primordial, de acuerdo con su discrecionalidad.

Pese a ello, el Juez abandona ese papel reglamentista que por costumbre se le adjudica, dando pie a la capacidad para resolver el problema humano del fenómeno familiar. Tratará, por tanto, de buscar aquellas soluciones que se consideren más favorables atendiendo justamente a la circunstancia concurrente, brindando la protección idónea (más aún a los menores) y satisfaciendo los intereses para así alcanzar el bienestar

---

<sup>33</sup> Rubio, R., “La misión y la función del juez”, *Anuario de derecho civil*, vol. 1 (2), 1948, p. 416.

<sup>34</sup> Punto de partida de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo primero.

<sup>35</sup> Modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en respuesta a un cambio en la sociedad, adaptándose a la misma.

<sup>36</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» núm. 157, de 02/07/1985.).

<sup>37</sup> Reverte Navarro, A., *Op., cit.* p. 9

en el seno familiar. Se trata de una garantía tutelar, un recabo de la ratio iuris del precepto legal a través de la individualización y de la equidad.

## 2.2. Un orden jurisdiccional especializado

Con el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, se produce una escisión en los Juzgados Civiles<sup>38</sup>. Dada la naturaleza conflictual y hermetismo familiar<sup>39</sup>, aparece una nueva jurisdicción especializada (*ex art. 98 LOPJ*) para aquellos asuntos pertenecientes al ámbito de Derecho de Familia.

Su actuación será dirigida a la preservación de la familia-comunidad, de los intereses solidarios y personales, a través de la aplicación las normas jurídicas (incluidas aquellas con fundamento ético) y el reconocimiento de un mayor vínculo entre los deberes y derechos familiares. Los órganos judiciales serán concedores de aquellos temas objeto de tal especialización, siendo indiferente que otro partido judicial los hubiere conocido con anterioridad.

El número de Juzgados de Familia es bastante inferior con respecto a los de Instrucción. El acceso al mismo por parte de la ciudadanía es complejo, debido a la falta de formación y medios específicos de los mismos, sumado a que en ciertas localidades no se contempla la existencia de uno de estos juzgados, provocando una desigualdad de derechos y una tramitación mucho más ralentizada de los procesos<sup>40</sup>.

## 3. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL. ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL

Como fiel servidor de la Ley, al Ministerio Fiscal se le atribuye el cometido de la protección (art. 124 CE), tanto a aquellos colectivos que no gozan de un fácil acceso a la defensa de sus derechos por ostentar la condición de vulnerables, como al interés público y social y legalidad constitucional.

---

<sup>38</sup> Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia (BOE 8 de julio de 1981).

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 21

<sup>40</sup> Consejo General del Poder Judicial, Juzgados Especializados (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Demarcacion-y-Planta-Judicial/Juzgados-especializados/>)

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) establece la regulación por la que se rige su actuación en todos los órdenes jurisdiccionales, siendo este el núcleo de la función tuitiva del fiscal.

En el ámbito del Derecho de Familia, esta protección se concreta en la intervención del fiscal en aquellos asuntos en los que se encuentren afectados los intereses de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, en cuanto se considera que se hallan en una situación de origen desfavorable para el reconocimiento efectivo de la totalidad de sus derechos. Así lo establece el artículo tercero, apartado séptimo, del EOMF. Por consiguiente, su presencia también será pertinente en aquellos procedimientos de guarda y custodia, tutela, y adopción. En este sentido, se ha de mencionar el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), destacando la obligatoriedad de la actuación fiscal siempre que en un procedimiento se presente como interesado un menor, ausente legal o persona con capacidad modificada judicialmente, “*velando por su voluntad, deseos, preferencias y derechos [...], así como por el interés superior del menor*”<sup>41</sup>. La presencia real, así como efectiva, del Ministerio Fiscal queda sujeta a su propia discrecionalidad, en términos de principio de oportunidad.

Sumado a lo anterior, y siempre que sea posible, el Ministerio Fiscal promoverá la resolución de conflictos familiares a través de medios extrajudiciales (como la mediación). Lo que estas últimas establezcan de mutuo acuerdo será debidamente respetado a menos que se vulnere el interés superior del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, para cuya determinación se tendrán en cuenta las necesidades y capacidades particulares y las medidas necesarias para garantizar su bienestar y amparo<sup>42</sup>.

Si bien es cierto que la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de Derecho de Familia se limita a lo citado anteriormente, la tendencia legislativa actual se inclina a conferir al mismo más competencias y atribuciones. Por tanto, su cometido no es centrarse en meramente supervisar las acciones administrativas, sino que cada vez están más

---

<sup>41</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

<sup>42</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» núm. 157, de 02/07/1985).

involucrados en la protección de los derechos de los desvalidos o desamparados. Es un órgano garante de la seguridad jurídica.

### **CAPÍTULO III: MATRIMONIO Y CRISIS MATRIMONIALES**

#### **1. CONSIDERACIONES PRIMERAS SOBRE EL MATRIMONIO**

El Título IV del Código Civil, en consonancia con el artículo 32 CE, queda destinado a la regulación matrimonial y los efectos derivados de la misma.

Aunque se haga referencia a vínculos conyugales por razón de matrimonio entre personas de diferente sexo, no se ha de apartar la mirada al cambio de realidad que está experimentando el Derecho de Familia. De esta manera, la regulación y protección se extenderá también a las relaciones extramatrimoniales o uniones de hecho - entendida por Fernández de la Rosa como la “*convivencia marital de dos personas que libremente han decidido no contraer matrimonio y mantener una unidad familiar basada en la convivencia estable y marital de ambas personas*”<sup>43</sup>-, así como al matrimonio celebrado entre contrayentes del mismo género.

Son distinguen varias fases para poder realizar un análisis preciso de aquellos casos en los que interviene el Juez, así como el Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales.

#### **2. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

Desde la secularización del matrimonio, el Juez ha ostentado un rango competencial primario, siéndole encomendada la función del acto de celebración propiamente dicho, así como la tramitación y regulación de un expediente prematrimonial acreditativo del “*nacimiento y la asunción por los cónyuges de un determinado status (precisamente el de cónyuges), fuente de derechos y deberes entre ellos y frente a terceros*”, según BLASCO GASCÓ<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> De la Rosa Fernández, R., *La filiación en las parejas homoparentales*, Librería Bosch, Barcelona, 2020, p. 86 (disponible en: <https://app.vlex.com/#/vid/reconocimiento-juridico-relaciones-pareja-844797726>; fecha de última consulta: 11 de febrero de 2022).

<sup>44</sup> Blasco Gascó, F., “La regulación del matrimonio en el Código Civil”, *La regulación del matrimonio en el Código civil: Requisitos. Nulidad: Causas y efectos. Régimen de derecho internacional privado en la*

Desde años atrás, sin embargo, se ha comenzado a experimentar el fenómeno de la desjudicialización. Tanto es así, que el papel del Juez ya no es imprescindible, quedando desvirtuado por la presencia de otros operadores jurídicos, como son los notarios, conforme al principio de alternatividad.

Este creciente intervencionismo notarial en detrimento del judicial atiende a razones de eficiencia, en términos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. La separación del ámbito competencial de los Jueces supone una optimización de su atención, una reducción de los costes y del tiempo de resolución, sin desatender a la satisfacción de sus intereses, expidiendo el certificado de capacidad matrimonial.

Como antecedente del reconocimiento de la actuación notarial, se puede citar, de conformidad con los Acuerdos del Estado con la Santa Sede, el reconocimiento a la propia Iglesia-Católica del sistema de previo expediente para la celebración del matrimonio.

Se plantea, por tanto, una pregunta al respecto: ¿por qué acudir a la jurisdicción, con las consecuencias que ello acarrea, pudiendo acelerar los trámites a través de la actuación flexible notarial, atendiendo a la LJV, o por otros medios?<sup>45</sup> Parece, entonces, que el papel del Juez deviene menos imprescindible.

### 3. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

La Ley 30/1981 de 13 de Julio, introduce la posibilidad de disolución legal del vínculo matrimonial, quedando sustituida por la actual Ley 15/2005, de 8 de julio, por la cual el divorcio queda sujeto a la voluntad conyugal, sin necesidad de alegación de causa legal. Como consecuencia de esta posibilidad, aparece una crisis de compleja solución.

Entendido esto, la protección del bienestar de los cónyuges, así como de su familia, es un interés superior que debe ser protegido por el Estado a través de la correcta aplicación del plexo normativo fundamental y la intervención de los tribunales. *“No se trata de un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido*

---

*materia*, Tirant. s.f., p.3 (disponible en: [https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema71\\_Todo.pdf](https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema71_Todo.pdf); fecha de último acceso: 28 febrero de 2023).

<sup>45</sup> Pereña Vicente, M., “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, ADC, tomo LXXII, 2019, fasc. I.



*jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés superior del menor”, afirman las Sentencias del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero; 58/2008, de 28 de abril, o 185/2012 de 17 de octubre<sup>46</sup>.*

En contradicción con la consideración del Juez como figura protagónica “en búsqueda de fórmulas conciliatorias y en la adopción, en muchos casos, de medidas de forma oficiosa”<sup>47</sup>, la LJV establece textualmente que “*si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados*”<sup>48</sup>.

Por su parte, el Ministerio Fiscal ostentará un papel fundamental en caso de que resulten afectados ciertos grupos como consecuencia de la disolución matrimonial, con independencia de que el papel del juez se haya visto pormenorizado.

### **3.1. Divorcio y separación**

Dado que las consecuencias jurídicas difieren en cuanto el procedimiento de divorcio o separación se lleve a cabo de común acuerdo de los cónyuges o de forma contenciosa, se analizará de manera separada.

---

<sup>46</sup> STC 4/2001, de 15 de enero. (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

STC 58/2008, de 28 de abril. (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

STC 185/2012, de 17 de octubre (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

<sup>47</sup> Guanhon, S. V., “Medidas cautelares en el Derecho de familia”, *AEQUITAS Virtual*, Vol. 5, No. 16, 2011, págs. 44-45

<sup>48</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, (BOE 3 de julio de 2015).

### 3.1.1. Actuación judicial

#### a. Declaración unilateral

El sistema causalista basado en la culpa predominante hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, se ha puesto fin en la actualidad. El ámbito de libertad conyugal es tan amplio que se permite la abstracción a causa alguna para quedar facultados a solicitar la disolución unilateral por parte de uno de los cónyuges, siendo una decisión disensual<sup>49</sup>.

Tanto es así, que Audiencias Provinciales, como la de Segovia (SAP Segovia de 24 de abril de 1989), establecen que pese a las diferentes consecuencias que la disolución por decisión unilateral acarree, *“la resolución judicial de separación no es una reacción sancionadora frente a un comportamiento culpable, sino una forma de tratar jurídicamente las crisis matrimoniales, dándoles una salida respetuosa con los diferentes intereses personales y familiares, y por ello se prevé que pueda decretarse, judicialmente la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (separación consensual) o por cualquiera de ellos cuando haya transcurrido un determinado periodo de cese efectivo de convivencia”* (SAP Segovia de 24 de abril de 1989).

#### b. Divorcio de mutuo acuerdo en sede notarial

PÉREZ GALLARDO hace alusión al “fantasma” del divorcio notarial<sup>50</sup>. La prensa, las noticias televisadas, la radio, etc., han recalcado la introducción de una reforma, con titulares como *“El nuevo procedimiento de divorcio ante notario”*<sup>51</sup>. La LJV

---

<sup>49</sup> Consejo General del Poder Judicial. Comisión de Estudios e Informes, Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, 2004, (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-separacion-y-divorcio>; fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

<sup>50</sup> Pérez Gallardo, L. B., “Un “fantasma” recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, p. 329-371.

<sup>51</sup> Carvajal de la Torre, P., “El nuevo procedimiento de divorcio ante notario” (disponible en: <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-nuevo-procedimeinto-de-divorcio-ante-notario/>; fecha de consulta 2 de marzo de 2023).

supone un gran cambio, no una ruptura en el Derecho<sup>52</sup>. Un nuevo sistema un nuevo sistema de divorcio, alejado de la sede judicial, ya es patente y se refleja en el artículo 87 del CC.

Escasa es ya la importancia que cobra el Juez en aquellos supuestos en los que las propias partes, con ausencia total de controversia y a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>53</sup>, deciden someter su divorcio al control del Notario o del LAJ (revestidos de autoridad), quienes emitirán una escritura pública (conforme a los arts. 82 y ss. CC, y art. 54 de la Ley del Notariado) al respecto tras el control equitativo pertinente<sup>54</sup>. La sencillez en la tramitación es tal, que determina una mayor rapidez en su gestión, considerándose un mero proceso administrativo.

La omnímoda voluntad conyugal de cesar el vínculo que les une (conforme al art. 777 LEC) ya es causa de legitimación para acudir a dichos operadores jurídicos, siempre y cuando se cumpla con dos estrictos objetivos: la inexistencia de hijos menores de edad, y la manifestación expresa de un sometimiento a lo establecido en el convenio regulador. De esto no ser así, será obligatorio acudir a la figura judicial, siendo su papel fundamental.

Esta intervención se concretará en comprobar si han transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio (salvo excepciones tasadas en el art. 81 CC) y si se presenta junto a la demanda el documento más importante en materia de divorcio y separación: el convenio regulador, donde se recogerá la totalidad de medidas relativas a los efectos posteriores a la disolución matrimonial. El Juez competente comprobará que el convenio se pronuncia acerca de todos los extremos exigidos, sin que supongan un menoscabo importante en la persona de uno de los cónyuges o de los hijos. De acuerdo con la naturaleza del proceso, se da primacía a los acuerdos conyugales, pero el abanico facultativo del juez en este punto ostenta su máximo grado o poder, así como su

---

<sup>52</sup> Lora-Tamayo, I., y Pérez Ramos, C., “Prólogo”, en la obra *Separaciones y divorcios ante notario*, Ceideira Bravo de Mansilla (Dir.), Reus, 2016.

<sup>53</sup> Carrascosa Medina, M., “El procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo”, en *Iberley*, 2020. (disponible en: <https://www.iberley.es/temas/procedimiento-separacion-divorcio-mutuo-acuerdo-56841>; fecha de consulta: 2 de febrero de 2023).

<sup>54</sup> Pereña Vicente, M., *Op. Cit.* p. 15

autoridad<sup>55</sup>. Tras la confirmación del Ministerio Fiscal, citará a las partes para ratificar de manera separada lo contenido en dicho convenio.

Pese a que el divorcio ante el juez siga siendo predominante, la LJV ha conseguido su objetivo primordial de descongestión de la Administración de Justicia, además de la agilización de los procesos. Así lo reflejan las estadísticas emitidas por el CGPJ<sup>56</sup>, que muestran una diferencia de casi 10.000 casos entre 2013 y 2021 de los procesos de divorcio y separación sustanciados ante el Juez.

### c. Divorcio contencioso

No en todos los supuestos concurre un mutuo acuerdo y se puede optar por la vía notarial. Como consecuencia de ello, los artículos 769 y 770 LEC contemplan el procedimiento contencioso, donde no media el consentimiento de uno de los cónyuges. Las fases del mismo serán las siguientes.

Tras la presentación de la demanda de divorcio o separación por parte de los cónyuges, será competencia del Juez analizar toda la documentación exigida, entre la que se encuentra la certificación de la inscripción matrimonial y los documentos acreditativos de la situación económica siempre y cuando los actores soliciten medidas patrimoniales<sup>57</sup>, con el objetivo de evitar cualquier vulneración de derechos. Se dará la posibilidad de formular reconvencción cuando se pretendan medidas definitivas, siempre que el Juez no deba pronunciarse de oficio sobre las mismas.

Dando previa audiencia a los cónyuges, así como al Ministerio Fiscal, el Juez queda legitimado para imponer las medidas contempladas en el artículo 103 del Código Civil, tras haber escuchado primeramente a las partes y en último término al Ministerio Fiscal, una vez ha analizado las pretensiones de las mismas<sup>58</sup>, y con posterioridad a la

---

<sup>55</sup> Vázquez Iruzubieta, C. “Comentario al artículo 87 CC”, *Código Civil: comentarios, notas y jurisprudencia*, DIJUSA, Madrid, 2007, (disponible en: <https://app.vlex.com/#/vid/59544139>)

<sup>56</sup> Consejo General del Poder Judicial, Informe (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios--INE-/>)

<sup>57</sup> Faus Pujol, M. “Práctico de Derecho de Familia”, 2023. (disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/13128>; fecha de última consulta 10 de noviembre de 2022)

<sup>58</sup> Circular 3/1968, de 15 de diciembre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio. FIS-C-1986-00003.

práctica de pruebas. Ostenta el Juez, en este punto, el control absoluto, quedando en sus manos la posterior situación a la que hayan de someterse los miembros de la familia.

Cabe hacer referencia a que, pese a que sea preceptiva la intervención del Juez en estos supuestos donde no media acuerdo conyugal, concurre en su figura la obligación de impulsar a los cónyuges a adoptarle, traspasando así su trámite a la vía de la mediación.

### *3.1.2. Aspectos comunes a ambos procesos*

#### *a. Adopción de medidas provisionales por el Juez, y su posterior conversión en definitivas*

Solo se estudian en este apartado las medidas no determinadas con respecto a los hijos menores o con capacidad modificada judicialmente, que serán objeto de estudio en los capítulos posteriores.

Tras la interposición de la demanda de separación o divorcio, la Ley contempla la posibilidad de imponer ciertas medidas de carácter provisional (art. 102 y 103 CC) para *“regular, mientras dure la tramitación del procedimiento, los intereses patrimoniales y personales de los cónyuges, cuya situación se ve alterada”*, afirma VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>59</sup>. Con carácter general, serán de solicitud del cónyuge, bien sea de mutuo acuerdo o de manera contenciosa siempre que se presenten con la demanda (o su contestación) – coetáneas–, o de manera previa.

No obstante, el Juez, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, también podrá acordarlas de oficio. Es el momento en el que dicha figura ejerce con creces su gran papel tutelar. Las grandes consecuencias derivadas de la crisis matrimonial suponen una alteración en las vidas de los miembros de la familia. En caso de no adopción de estas medidas, uno de los cónyuges podrá ver desvirtuada su posición de igualdad con respecto del otro, viéndose vulnerados sus derechos. Por ello, el Auto de Medidas Provisionales citado por el Juez, tras las comparecencias pertinentes y la práctica de pruebas, será dictado en orden a conceder la máxima protección a los intereses concurrentes.

---

<sup>59</sup> Vázquez Iruzubieta, C., *Op. Cit.*

Estas medidas quedan sujetas a modificación (en términos del artículo 1.893 LEC) con anterioridad a su conversión en definitivas siempre que concurren circunstancias posteriores que requieran una transformación de acuerdo a la realidad existente. La LEC no contempla un momento exacto en que haya de llevarse a cabo dicha modificación, entendiéndose que será válida en tanto se lleve a cabo en el periodo comprendido entre el dictamen del auto y la sentencia firme del proceso principal.

El posible fin de las medidas provisionales llega en el momento en el que el Juez dicta sentencia. En la misma, acordará la ratificación de estas para convertirlas en definitivas, o, por el contrario, su sustitución.

El objeto de estas medidas provisionales es reducido, en cuanto únicamente se permiten aquellas medidas que se consideren urgentes. El juez competente no admitirá cualquier medida que no cumpla con este carácter.

i. Atribución del uso de vivienda y de los bienes y objetos del ajuar familiar

En lo que respecta al ajuar doméstico, el Juez atenderá a la naturaleza del bien para determinar su destino. En un primer momento, se habrá de realizar un inventario donde consten la totalidad de bienes. Se facilitará a las partes su ejecución, pero en caso de que no se lleve a cabo concorde a su acuerdo, será la autoridad judicial quien proceda a hacerlo. Una vez finalizado, siendo los bienes de naturaleza personal o profesional, se proclama el reparto de los mismos entre ambos cónyuges. Quedarán sitios en la vivienda todos aquellos de uso regular y corriente de acuerdo con la misma.

El uso de la vivienda es un tema más complejo, aunque no novedoso, que encuentra su norma basilar en el art. 1320 CC, en consonancia con los arts. 1357, 1406 y 1407 CC. Se entiende por vivienda familiar aquel “*lugar de residencia habitual y permanente del grupo familiar*”, conforme a MINERO ALEJANDRE<sup>60</sup>. Sin embargo, es un momento de crisis matrimonial y el objetivo principal ha cambiado. La SAP de

---

<sup>60</sup> Minero Alejandro, G., “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de *lege ferenda*”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 42, 2020, p. 137

Barcelona (sección 12ª), de 11 de febrero de 1997<sup>61</sup> realiza una breve referencia a la consideración que la Ley 30/1981, de 7 de julio, contempla. La vivienda familiar no pertenece directamente a uno de los cónyuges, sino que se trata de un bien adscrito. Pertenece, por consiguiente, al conjunto familiar. Disuelto el vínculo conyugal, el Juez, de acuerdo con los artículos 90, 96 y 103.2 CC determinará cuál de ellos ostenta la condición de mayor vulnerabilidad, concediéndole a este el uso de la vivienda con independencia de que no sea el titular de la misma (es un derecho atípico y facultad indisponible), sin contraprestación. El objetivo de lo citado es otorgar una mayor protección jurídica al menos favorecido. La regla fundamental (en caso de no existencia de hijos menores) es el no perjuicio de uno de los cónyuges. Por supuesto, en caso de concurrir acuerdo por las partes, el Juez examinará y atenderá al mismo siempre que cumpla con el criterio primero.

El Juez, con amplio margen de discrecionalidad, determinará el tiempo que considere necesario para que el cónyuge favorecido permanezca en la vivienda. Se ajustará a un principio de prudencia, al tratarse de una medida excepcional<sup>62</sup>.

En términos de la Propuesta de Código Civil, el excónyuge que ha quedado privado del uso de la vivienda podrá solicitar o instar la extinción del derecho concedido a la parte contraria. El Juez valorará el posible empeoramiento de la situación económica del solicitante y el uso realizado de la vivienda en el tiempo establecido por la parte contraria, considerando la pertinencia de cesar su derecho de uso y concesión a quién lo solicitó<sup>63</sup>.

## ii. Pensión compensatoria

El artículo 97 CC establece que: *el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una*

---

<sup>61</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 83/1997, de 11 de febrero de 1997 (versión electrónica – base de datos Vlex). Fecha de última consulta: 10 de enero de 2023.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 137.

*compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.*

Considerando que no existe mutuo acuerdo, el Juez resolverá judicialmente la cuantía de la misma, teniendo en cuenta: los acuerdos, la edad y estado de salud, cualificaciones profesionales y accesibilidad al empleo, dedicaciones a la familia, colaboración con el otro cónyuge, duración del vínculo matrimonial, pérdida eventual del derecho de pensión, caudal y medios económicos, necesidades de los cónyuges. Tratará evitar o más bien dicho, reparar cualquier tipo de menoscabo o desequilibrio económico producido tras la disolución matrimonial<sup>64</sup>. Además, goza de la posibilidad de establecer un límite temporal para la percepción de la misma

### iii. Contribución a las cargas matrimoniales

El sostenimiento de la familia (art. 1318 CC) es considerado un deber legal, un reconocimiento al trabajo doméstico. Todo aquello que origina o deriva de la vida familiar será considerado como tal, lo que incluye: sustento y educación de los hijos, manutención del otro cónyuge, deudas familiares, la *litis expensa*.

Determinar lo anterior pertenece a la competencia del Juez (en caso de que no medie acuerdo alguno al respecto). Este atenderá al régimen económico propio del matrimonio, así como el de administración y disposición de los bienes privativos afectos al levantamiento de cargas (art. 103.5 CC), más aún a los medios que disponen cada uno de ellos. Tratará de realizar una repartición ajustada, sujeta a actualización siempre que sea necesario.

---

<sup>64</sup> Zamora Segovia, M.L., Nieto-Morales, C., Hernando Ramos, S., Torres Reviriego, M., “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, *Guía de Intervención Familiar en Casos de Separación, Divorcio y Protección de Menores*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 28.



b. Extinción y posterior liquidación del régimen económico matrimonial

i. Extinción

Ante el Juez se presenta una solicitud de disolución, diferente a la de disolución del vínculo matrimonial. No se trata de un efecto inmediato. Será el mismo quien decida lo relativo a la misma una vez haya dictado sentencia firme de divorcio.

- Régimen de gananciales

Afirma la Sentencia N.º 493/2017 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017 que *“la disolución de la sociedad de gananciales es un efecto de la sentencia firme de separación; no es el óbice el que los cónyuges sigan viviendo juntos, o que luego se declare la nulidad del convenio regulador de la separación o que no se diga expresamente en la sentencia de separación que se ha extinguido el régimen de gananciales; no debe confundirse disolución con liquidación”*<sup>65</sup>.

Tras la extinción, el Juez decretará los patrimonios correspondientes a cada cónyuge. Cuando considere imposible determinar a quién corresponde cada bien, se los concederá a ambos por mitades (art. 1441 CC).

- Separación de bienes

No se plantean problemas en este supuesto pues es considerado como una ausencia de régimen. No concurre una masa común.

La única consideración que puede hacerse al respecto es en cuanto concurren cuentas pendientes existiendo una comunidad de obligaciones, así como de intereses, conforme a las cargas matrimoniales<sup>66</sup>. Se aplica aquí el artículo 1438 CC, por el cual *“el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a*

---

<sup>65</sup> STS, Sala 1ª, de lo Civil, núm. 493/2017, de 13 de septiembre de 2017 (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

<sup>66</sup> Faus Pujol, M., *Op., Cit.*

*obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.*

## ii. Liquidación

Una vez extinguido el régimen económico matrimonial se procede a la liquidación del mismo conforme a los arts. 806 a 811 de la LEC. Se requiere el inicio de un nuevo procedimiento, diferenciado el proceso declarativo relativo a la cuantía. Es una materia especial, que el Juez resolverá de manera aislada atendiendo a las reclamaciones conyugales.

Aportados los documentos necesarios a tal efecto, así como las partidas, y la propuesta por los cónyuges, el Juez determinará la apertura de fase de inventario, que habrá de realizarse en un plazo máximo de 10 días. Finalizado el plazo, este dará por conforme la propuesta en caso de que uno de ellos no comparezca sin causa, y dará paso a un juicio verbal siempre que medie conflicto al respecto. Todas las cuestiones serán resueltas en la sentencia judicial.

## c. Las mascotas y su nueva consideración

Tras la modificación del Código Civil, así como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 16 de diciembre, es necesario analizar la cuestión relativa a los animales de compañía de la familia, más comúnmente denominados mascotas. Pese a no ser objeto de estudio en este análisis, es necesario ser mencionado y considerado en sus mínimos.

Su consideración se aparta desde entonces de la cosificación, ostentando actualmente el estatuto de “seres vivos dotados de sensibilidad”, lo que los convierte en un elemento integrante más del núcleo familiar. Tanto es así, que en los procesos de separación o divorcio de los cónyuges se ha de atender a las especiales circunstancias y las necesidades de estos nuevos seres *vivientes* concurrentes para determinar la situación de los mismos.

Aquellas medidas que se adoptan durante el proceso con atención a brindar una mayor salvaguarda de los derechos de los menores serán de aplicación también en caso de las mascotas. Se determinará un régimen de custodia compartida, se acordarán los

gastos de manutención y cuidado, etc. El criterio de control y que fundamentará la decisión obedecerá a causas de malos tratos. Es decir, la autoridad competente que reciba una comunicación de que no se vela por el bienestar animal, podrá modificar lo establecido en el convenio para transformar las medidas.

### 3.1.2. Actuación del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal, como órgano del Estado, queda legitimado por su propio Estatuto Orgánico para intervenir en los supuestos de extinción de la comunidad conyugal, en cuanto son materias que revisten carácter privado relativo al estado civil (art. 3.6 EOMF<sup>67</sup>). No obstante, esta legitimación no implica que su intervención se haya de dar en todos esos casos, sino que, en virtud de la disposición adicional 8ª de la Ley de 7 de julio de 1981 en orden a los procesos de nulidad, separación y divorcio, queda reducido a aquellas situaciones en las que “*alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes*”, pues carecen de un específico sistema protector. En estos supuestos su intervención será preceptiva y no facultativa, actuando con absoluta objetividad para que prevalezcan “los intereses más necesitados de protección, quedando amparada al propio tiempo la legalidad”, según la Circular 3/1968<sup>68</sup>. En caso de falta de este Ministerio, y sin que concurra subsanación de oficio, se determinará la nulidad del proceso en cuestión por omisión en el emplazamiento, o en la citación (arts. 238.3º y 240.2º LOPJ).

Se han de distinguir dos escenarios en cuanto a las funciones del fiscal. En primer lugar, se abordarán las cuestiones en cuanto concurra un acuerdo entre cónyuges para formalizar la separación o divorcio, y posteriormente, se analizará desde el plano de una separación o divorcio contencioso.

#### a. Separación o divorcio de mutuo acuerdo

La necesidad de presentar un convenio regulador debidamente formalizado y con los extremos citados en el artículo 90 del Código Civil supone la participación del

---

<sup>67</sup> Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 de enero de 1982)

<sup>68</sup> Circular 3/1968, *Op., cit.*

Ministerio Fiscal como parte del proceso. Se atenderá a la concurrencia de hijos menores para determinar el alcance de la misma.

La Ley exige que al menos uno de los cónyuges sea menor, discapacitado o declarado ausente para que el Ministerio Fiscal no quede excluido del proceso y ostente la condición de parte pasiva siempre que no existan hijos a tal efecto. Cumpliendo con los requerimientos citados, el Ministerio Fiscal analizará minuciosamente la petición de separación o divorcio de la cual se ha dado traslado una vez se emita el auto motivado por el Juez. Junto a ella, se incorporará la documentación fehaciente pertinente al caso, así como la fundamentación basada en derecho. De lo contrario, se considerarán no probados.

Por el contrario, cuando sí aparezca el criterio fundamental, la afectación al hijo menor o incapaz que genera el convenio regulador implica una intervención separada en distintas fases del Ministerio Fiscal.

#### i. Fase de aprobación<sup>69</sup>

Tras su ratificación a presencia judicial, el Ministerio Fiscal se pronunciará, tomando como referencia el artículo 90 párrafo segundo del CC, acerca de si el mismo recoge el amparo y protección suficiente para los afectados. De ser así, el convenio será aprobado y se procederá a dictar sentencia de conformidad. Su intervención, por tanto, se limita en este punto a la muestra o no de adecuación, en este último caso, a través de un informe negativo (pudiendo, a tal efecto, ejercer su potestad de recurrir).

Con la admisión a trámite de la demanda de divorcio o separación, se da pie al posible establecimiento de medidas provisionales (art. 103 CC), siendo fundamental e indispensable la intervención incondicionada del Ministerio Fiscal al gozar de un “interés directo capaz de ejercitar la acción de nulidad matrimonial”, según los criterios establecidos por los artículos 74 y 75 del CC, cita la Circular 3/1968.

Si no ha sido el propio Ministerio quien ha solicitado las medidas, sino que es a instancia de parte, deberá darse una comparecencia en la cual ambas partes se pronuncien

---

<sup>69</sup> En términos de la disposición adicional sexta de la Ley 7 de julio de 1981, el pronunciamiento por parte del Ministerio Fiscal únicamente procederá en cuanto el convenio regulador se refiera a los hijos.

para poder dictar el auto correspondiente por parte del Juez competente. Emitirá el dictamen que considere atendiendo a las pruebas aportadas por las partes y una vez se haya finalizado el informe.

Las medidas definitivas relativas a los hijos menores serán analizadas con detenimiento en el capítulo siguiente.

#### ii. Fase de modificación

Una vez el Juez ha considerado como válido el convenio obra de las partes, el Ministerio Fiscal puede apuntar ciertas variaciones sustanciales de conformidad con la disposición adicional 6.a, concretamente en su apartado octavo, teniendo en cuenta “las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges” (Art. 90.3 CC).

#### iii. Fase de constitución

Según la Circular 3/1968, “*El Ministerio Fiscal [...] podrá solicitar del Juez la aprobación de un nuevo convenio, [...] en el supuesto que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad*”<sup>70</sup>. Se abandona un intervencionismo mínimo para dar lugar a la máxima actuación del Ministerio Fiscal.

Si bien es cierto que ni el Código Civil, ni la propia disposición contemplan este supuesto de manera expresa, ha de mencionarse una posible última fase: la derivada de la reconciliación de los cónyuges. Se analiza, en este punto, si dicha reconciliación pone término a aquello contenido en el convenio regulador.

a) Reconciliación tras el divorcio. El artículo 88 párrafo 2º del CC establece expresamente lo siguiente: “*La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio*” (CC, art. 88.2). ello supone la vigencia del convenio regulador establecido tras el divorcio. Sin embargo, resultará necesario proceder a su modificación en los mismos términos nombrados anteriormente como consecuencia de un cambio en las circunstancias

---

<sup>70</sup> Circular 3/1968, de 15 de diciembre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, Disposición adicional 6ª, apartado 11.

familiares. El convenio únicamente cesará en cuanto los *ex* cónyuges vuelvan a celebrar el matrimonio, quedando de nuevo vinculados.

b) Reconciliación tras la separación. Es requisito fundamental que la reconciliación entre los cónyuges sea comunicada expresamente al Juez competente al caso en cuanto mediase una sentencia de separación, pues esta, se intuye que supone la reanudación de la convivencia anteriormente cesada. Pese a que la vida conyugal se retome “dejando sin efecto el procedimiento de separación”, el mantenimiento del convenio es compatible siempre que concurra una causa justa (art. 84 CC). Es decir, el enlace de efectos en lo que atañe a la esfera personal no es impedimento para que las medidas interpuestas relativas al menor o incapaz sigan siendo aplicables. Tras la resolución judicial, el Ministerio Fiscal será competente para solicitar la modificación del convenio en lo que considere oportuno.

#### b. Separación o divorcio contencioso

Las demandas que no procedan conforme al mutuo acuerdo de los cónyuges, “*se sustanciarán por los trámites de los incidentes*”, según establece la disposición adicional 5ª. Además, al ser de tipo contencioso, las partes en cuestión no quedan obligadas a presentar un convenio regulador conforme al artículo 90 CC.

La LEC, en su artículo 750, recoge las formalidades y actuaciones a las que queda sujeto el Ministerio Fiscal.

En virtud de la legislación citada, se abrirá un plazo una vez el Ministerio haya recibido la demanda de separación o divorcio, donde habrá de pronunciarse acerca de la misma. La contestación suele realizarse conforme a un formulario estandarizado por la Fiscalía. En caso de haber disconformidad, y que esta sea parcial, se solicitará la modificación de las partes concretas, quedando recogida en la contestación a la demanda, además del reconocimiento a prueba del artículo 578 LEC y 1215 CC. De ser total, se solicitará a través del suplico la absolución.

Se ha nombrado anteriormente que no es preceptiva la presentación de un convenio regulador por los cónyuges. Sin embargo, no significa ello que las partes queden privadas de realizar un *voluntario* acuerdo conyugal. De concurrir, el Ministerio Fiscal

deberá ser conocedor del mismo en cuanto se considera análogo al convenio, siendo un trámite previo a su conocimiento por parte del Juez.

En la celebración del juicio, el papel del Ministerio Fiscal es fundamental en cuanto será quien al final de la vista emita el informe favorable con respecto a los derechos e intereses de las partes involucradas. Tendrá un rol activo en el momento del interrogatorio y análisis de prueba para formarse su propio criterio y parecer.

En cuanto a las medidas provisionales, se sigue el mismo procedimiento que en el caso de mutuo acuerdo.

### **3.2. Nulidad**

La nulidad matrimonial queda entendida, según BARBARA ARIÑO Y MANUEL FAUS, como aquella “*consecuencia jurídica que se produce cuando en el matrimonio celebrado concurre una falta, defecto, inobservancia o irregularidad de alguno de los presupuestos que legamente se establecen para su celebración*”<sup>71</sup>.

Como crisis matrimonial, no es inesperada la actuación judicial y fiscal en cuanto supone la ineficacia del matrimonio con efecto retroactivo, y, por tanto, todo lo vinculado con el mismo (extinción del régimen económico). Su gravedad puede considerarse incluso mayor que la derivada del divorcio, pues no solamente se diluye en vínculo matrimonial, sino que se presume que nunca existió legalmente<sup>72</sup>.

La nulidad únicamente puede ser declarada a través de una sentencia emitida (no cabe el procedimiento de mutuo acuerdo), por supuesto, por el Juez competente, de acuerdo con los requisitos del artículo 73 CC (simulación o fraude, concurrencia de impedimentos matrimoniales, ausencia de consentimiento, etc.)<sup>73</sup>. La intervención judicial aquí es inexorable como consecuencia de la importancia que reviste. No se admite actuación notarial, ni de cualquier otro operador jurídico. Solo él queda facultado para proclamar la ineficacia del matrimonio.

---

<sup>71</sup> Faus Pujol, M., *Op., Cit.*

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> Cabe destacar en este caso que, presumiendo la buena fe en todo caso, los vicios en la forma de celebración no invalidarán el matrimonio (art. 78 CC).

La declaración judicial requiere una comprobación de ausencia de los preceptos necesarios para el negocio jurídico matrimonial, como establece la Sentencia N.º 261/2017 de TS, Sala 2ª de lo Penal, de 6 de abril de 2017. Cualquier causa no englobada en el artículo citado no podrá ser considerada por el Juez como determinante de nulidad.

Como efectos derivados de la sentencia, aparte de la consecuencia principal de invalidación, puede destacarse la disolución del régimen matrimonial (art. 95 CC). Presuponiendo que los antiguos contrayentes gozaban de un régimen de gananciales, el juez dictará que el contribuyente que obró dolosamente “no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte” (como castigo impuesto por la ley), mientras que dicho consorte de buena fe “podrá optar por aplicar las disposiciones relativas al régimen de participación”. Además, analizados los requisitos del artículo 98 CC, el juez podrá determinar el pago de una indemnización (análoga a la pensión compensatoria) por compensación de las prestaciones realizadas durante el “matrimonio”. De otra forma, si lo que se extingue es el régimen de separación de bienes se sigue el procedimiento común nombrado en los casos de separación o divorcio.

Con respecto a los hijos, en caso de que hubiere, establece el artículo 79 CC que *“la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos”*. El Juez no invalida el estatus de protección brindado a los hijos, quienes seguirán ostentando la condición de “hijos matrimoniales” y el beneficio del llamamiento sucesorio<sup>74</sup>.

En cuanto a la acción de nulidad, hasta el momento no se ha tratado quién es el responsable de ejercitar la acción de la nulidad. Es en este preciso momento es cuando se analiza la postura del Ministerio Fiscal.

Como se ha explicado a lo largo de este trabajo, siempre que se halle presente un menor de edad, el Ministerio Fiscal habrá de intervenir en el procedimiento. No será menos en este caso. Por tanto, cuando el matrimonio haya sido celebrado aun

---

<sup>74</sup> Vázquez Iruzubieta, C., “Matrimonio, separación y divorcio” en *Código Civil: Comentario, Notas y Jurisprudencia.*, Dijusa, Madrid, 2007 (disponible en: <https://vlex.es/source/matrimonio-nulidad-separacion-divorcio-comentario-codigo-civil-4608>; fecha de última consulta: 2 de febrero de 2023)



concurriendo un impedimento por razón de edad (séase, que uno de los contrayentes fuera menor de edad en dicho momento) quedará el Ministerio legitimado para instar la acción, además de los tutores, padres o guardadores del menor (art. 73.2 CC). Se vela por el interés superior del menor en todo momento. Se hace referencia a la primera causa de legitimación.

Como segunda razón legitimadora: nulidad absoluta o nulidad radical. Siempre que el matrimonio se haya llevado a cabo mediando una ausencia de consentimiento (art. 73.1 CC) o un impedimento de ligamen (art. 73.2 CC en relación con el artículo 46.2 CC), toda persona que se considere con interés directo y legítimo podrá solicitar la acción de nulidad. El Ministerio Fiscal cumple con dicho requisito al velar por el cumplimiento estricto de la Ley. Su actuación no estará sujeta a caducidad, pues no hay posibilidad alguna de convalidar el vínculo.

## **CAPÍTULO IV: RELACIONES PATERNO-FILIALES Y LOS MENORES DE EDAD**

### **1. EL MENOR EN SITUACIONES Y ENTORNOS FAMILIARES**

#### **1.1. Protección jurídica del menor**

Las cuestiones relativas a los menores requieren un tratamiento expreso dada la importancia que revisten.

Es amplio el desarrollo legal que abarca la protección jurídica de los menores, desde el propio Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Todas ellas tienen un denominador común: su condición de especial vulnerabilidad<sup>75</sup> y la defensa del interés superior del menor (principio básico rector de toda actuación).

La propia minoría de edad encarna la vulnerabilidad. Los menores son sujetos necesitados de protección por el mero hecho de serlo. No gozan de la autonomía suficiente. Por ello, como grupo potencialmente vulnerable, las autoridades han de adoptar medidas específicas dirigidas a salvaguardar sus derechos, así como sus libertades. Todas las actuaciones girarán en torno a lo anterior. Así lo establece el capítulo 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996: *“debe primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

#### **1.2. Relación familiar**

El vínculo jurídico que supone la filiación genera y determina un abanico de facultades y obligaciones de los padres respecto de los hijos, con independencia de si se analiza en términos matrimoniales o extramatrimoniales, biológicos o adoptivos. El artículo 154.2 del Código Civil muestra esa incidencia de los padres sobre la esfera personal del menor. El deber de velar sobre el menor es primordial, tanto en lo relativo a la vida física, moral y afectiva, en términos de BERROCAL LANZAROT<sup>76</sup>. Es

---

<sup>75</sup> En su propia persona integran la indefensión de la minoría de edad, lo que limita su capacidad de obrar.

<sup>76</sup> Berrocal Lanzarot, A.I., “El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados”, vol.96, n. 779, 2020, pp. 1747.

indiferente el momento temporal en el que se analice la cuestión pues esta obligación permanece constante en cualquier momento de la vida hijo, si bien es cierto que la protección concedida por el Juez y Fiscal variará como consecuencia del transcurso del tiempo.

## 2. EL MENOR EN CRISIS FAMILIARES

Como consideración fundamental antes de indagar en las actuaciones propiamente dichas, se reitera la idea de que la totalidad de decisiones adoptadas tendrán como eje principal y de referencia en interés del hijo menor de edad (art. 3.1 CDN y 2 LOPJM). Es irrelevante si los hijos son extramatrimoniales o propiamente matrimoniales, pues se consagra un principio de igualdad y no discriminación (art. 108 CC, de aplicación análoga).

Tras la ruptura y cese de convivencia conyugal, los progenitores han de iniciar un proceso de separación o divorcio que produce efectos sobre los hijos menores. Son varios los interrogantes que surgen a los progenitores con respecto a la nueva situación que adoptará el menor y sobre los cuales se habrá de aportar una solución jurídica al respecto. Sin embargo, no pueden perder de vista que sus situaciones personales y el microclima familiar no pueden ocasionar un grave perjuicio para el *“desarrollo, bienestar y educación del menor”*, pues *“la familia es un espacio de protección del menor y sus funciones se definen a partir de este”*. Así lo contemplan los autores CÁNOVAS LEONHARD Y SAHUQUILLO MATEO<sup>77</sup>.

Cobran especial relevancia las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad judicial, así como por el Ministerio Fiscal.

### a) Autoridad Judicial

Del Juez se espera que lleve a cabo una actuación coherente con el principio de no discriminación, así como el de tutela judicial efectiva con respecto a la categoría del

---

<sup>77</sup> Cánovas Leonhard, P., Sahuquillo Mateo, P., “La protección del menor en las familias”, 2013, p. 94, (disponible en: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=LA+PROTECCI%C3%93N+DEL+MENOR+EN+LAS+FAMILIAS+p%C3%A1gina+94&ie=UTF-8&oe=UTF-8>; última consulta 28 enero de 2023).

menor, considerada constitucionalmente como vulnerable<sup>78</sup>. Se le conceden grandes poderes de actuación al ser un gran protagonista, desde la instrucción de la causa, hasta las pruebas y el dictado de medidas cautelares o anticipadas.

#### b) Ministerio Fiscal

Las competencias de los fiscales en materia de menores, en términos de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de menores y las Secciones de Menores<sup>79</sup>, se reducen a la “superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores (art. 174 CC), así como “*la promoción de las acciones procedentes por violación de derechos fundamentales de menores*”, afirmado por TÁRRAGO RUIZ<sup>80</sup>. Todas las acciones que se consideren análogas a las nombradas entrarán dentro del ámbito competencial del Fiscal, no se trata de una relación cerrada.

El principio orientador y general que rige la totalidad de las actuaciones será el del interés superior del menor, unificando todo tipo de actuaciones. Así lo explica la Circular de la FGE del Estado 8/2011:

*[...] las actuaciones del Ministerio Fiscal deben estar guiadas por el superior interés del menor; orientado a la consecución del desarrollo armónico, pleno y equilibrado del mismo, así como a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social. En la búsqueda de la concreción de este principio en cada caso debe reconocerse el papel del menor, potenciando la promoción y libre manifestación de su opinión y la valoración y atención de la misma como elemento para orientar las decisiones que para su atención y protección puedan adoptarse. El interés del niño deberá prevalecer ante cualquier otro interés en juego (Sentencia número 565/2009).*

La especial posición de la que goza el Ministerio Fiscal debe ser empleada en todo caso de manera complementaria a la actuación del Juez civil (del cual recibirá la

---

<sup>78</sup> Gonzalez de Vicel, M., “El rol del juez de familia en el Derecho proyectado”, *Infojus* (disponible en: <http://www.saij.gob.ar/mariela-gonzalez-vicel-rol-juez-familia-derecho-proyectado-dacf140863-2014-11-19/123456789-0abc-defg3680-41fcanirtcod>; última consulta 28 enero de 2023).

<sup>79</sup> Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de menores y las Secciones de Menores (BOE 30 de julio de 2008)

<sup>80</sup> Tárrago Ruiz, A., “La función tuitiva del Ministerio Fiscal. Discurso de ingreso en la Real Corporación”, Granada, 2021, p. 31 (disponible en: <http://rajylgr.es/wp-content/uploads/2021/12/La-funcion-tuitiva-del-Ministerio-Fiscal.pdf>)

información necesaria), en cuanto ambos controlarán la situación atravesada por el menor. Su actuación dinámica supone exigir a la Entidad Pública una intervención firme a la hora de adoptar medidas, pues de no ser así, instará su intervención<sup>81</sup>.

El estudio de sus funciones en este apartado se centra en la promoción de medidas de protección, así como cautelares, que se requieran aplicar de urgencia (art. 158 CC) para evitar al menor una situación de desamparo, riesgo, desprotección o grave perjuicio.

## **2.1. Establecimiento de medidas de protección**

Como se ha explicado en el capítulo II, la presentación y posterior admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad lleva consigo la posibilidad de aplicación de las medidas recogidas en los artículos 91 y 103 CC en relación con los hijos menores de edad en tanto que se presumen urgentes para la salvaguarda de los intereses y derechos del menor. *Mutatis mutandis* será el carácter definitorio de estas medidas en tanto que quedarán sujetas a la realización de cualquier cambio siempre que se considere necesario.

Son tres posibles fases de medidas las que se contemplan en este momento.

### *2.1.1. Tipos de medidas*

#### a. Medidas provisionales

*“El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores. Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente” (Art. 771 LEC).*

Se entiende, por tanto, que el establecimiento de medidas relativas a los menores se plantea con anterioridad a la presentación de la demanda. Sin embargo, los efectos que se pretenden derivar quedan condicionados a la presentación de la misma ante el Juez en un plazo determinado.

---

<sup>81</sup> *Ibid*, p. 39.

Con la solicitud presentada, el Juez citará a los progenitores, así como al Ministerio Fiscal (art. 771. 2 LEC) a una comparecencia. Serán tenidas en cuenta absolutamente todas las posibles circunstancias que tengan una incidencia (directa o indirecta) sobre el menor.

Presentada y admitida a trámite la demanda por parte del Juez, estas medidas comienzan a considerarse provisionales, surtiendo plenos efectos.

#### b. Medidas provisionales o coetáneas

Tras la admisión de demanda de separación, divorcio o nulidad, la situación familiar empieza a experimentar cambios que, con respecto al menor, han de ser tratados con la mayor brevedad posible.

En atención a la gran complejidad que reviste el proceso, se analizarán fase por fase en el apartado 2.2 las intervenciones de estas autoridades.

#### c. Medidas definitivas

Concluido el procedimiento, el Juez conecedor dicta sentencia firme. Los cónyuges han dejado de serlo o han suspendido su vida conyugal, sin embargo, con respecto a los hijos el vínculo no se ha roto. Desde este momento, nace un estado de cosas definitivo. El Juez dará la posibilidad a los ex cónyuges de alcanzar un acuerdo sobre estas medidas definitivas, pues son quienes en principio deberían lograr una solución para su hijo menor. De ser así, estas medidas quedarán recogidas en un convenio regulador, con posterior traslado de nuevo al Juez y al Ministerio Fiscal. Este último analizará detalladamente la posible existencia de cláusulas que puedan resultar dañosas para el menor, o gravemente perjudiciales. En caso de que concurra, el Ministerio Fiscal denegará el acuerdo y lo remitirá de nuevo para que los progenitores formulen al Juez una nueva propuesta. El proceso se repetirá y el Juez finalmente, dice la Circular 3/1968, *“determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos”*<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Circular 3/1968, *Op., Cit.*, p. 8.

Siempre que no medie acuerdo conyugal, será directamente el Juez quien determine las medidas definitivas (art. 92 CC), con la prevista intervención del Ministerio Fiscal en los mismos términos.

### *2.1.2. Modificación de medidas*

Es posible que, dado al cambio de circunstancias en el seno de las familias, las medidas adoptadas durante el trámite, o incluso las adoptadas con anterioridad al mismo, hayan de ser modificadas, o en su caso, completadas. El Juez tratará de que las partes lleguen a un acuerdo citándolos a comparecencia, así como al Ministerio Fiscal para que tome parte en el proceso. De no alcanzarse acuerdo o de no ser satisfactorio para el Ministerio Fiscal, el Juez abrirá la fase de práctica de prueba. Posterior a ella, resolverá mediante auto acerca de las medidas correspondientes<sup>83</sup>.

## **2.2. Procedimiento**

### *2.2.1. Solicitud de medidas*

El artículo 773 LEC hace referencia al procedimiento relativo a las medidas provisionales. Menciona que serán los propios cónyuges a través de un acuerdo, o el cónyuge demandado los que están legitimados para entablar las medidas relativas a regular la situación. Si media acuerdo entre las partes, este habrá de ser aprobado judicialmente con audiencia del Ministerio Fiscal, siendo esta intervención fundamental en base a “*impedir estipulaciones contrarias a los intereses de aquellas personas que justifican su intervención*”, estipulado por la Circular ya citada<sup>84</sup>. Los efectos serán aquellos correspondientes al artículo 102 CC. Se recuerda que en los procedimientos de mutuo acuerdo el convenio regulador es fundamental, y las propuestas que este incluye han de ser tenidas en consideración.

Pese a no estar mencionado explícitamente, en vistas al artículo 103 CC, cuando no concurra acuerdo, “estas (séase, las medidas) *deben adoptarse de oficio por el tribunal*”. En esta línea, el Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de corresponsabilidad

---

<sup>83</sup> Serrano Molina, A., en Martínez García, C., *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Navarra, 2016, p. 302.

<sup>84</sup> Circular 3/1968, *Op., Cit.*, p. 7.

parental establece que el juez “*determinará, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomará las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código*”.

### 2.2.2. *Proposición y práctica de pruebas*

El Juez decretará el inicio una fase de prueba para determinar en base a ellas cuales son las medidas más oportunas en relación con la guarda y custodia, patria potestad, régimen de visitas y pensión de alimentos en relación con los menores. Se trata de un caso de flexibilidad procesal que potencia el abanico de facultades del juzgador competente. Por tanto, de oficio, el Tribunal podrá solicitar cualesquiera pruebas en cuanto entiende que el pronunciamiento sobre las mismas es necesario para dilucidar ciertos hechos dependientes de los mismos.

En todo tipo de práctica de prueba la intervención del Ministerio Fiscal es primordial en cuanto su valoración favorable o no dependerá de las mismas, lo cual es determinante para la aplicación final de las mismas.

#### a. Pruebas documentales

Se recabarán todo tipo de documentos relativos a la situación del menor y a la situación de los cónyuges, como bien pueden ser la información económica de estos, a través de ya sean nóminas o declaraciones de renta. Cabe la posibilidad de que sean incompletas. En ese caso, será el Ministerio Fiscal quien queda legitimado para solicitar el recabo de cualquier tipo de informes a la Policía Judicial relativos al menor y aportarla al proceso como prueba. Posee una herramienta de control<sup>85</sup>.

#### b. Pruebas periciales

Es más que frecuente que el Juez solicite una prueba pericial con relación al menor. El informe emitido por el perito (que podrá ser psicólogo, asistente social, etc.) recabará datos relativos a la relación de los progenitores con el menor, la estabilidad emocional e incluso el comportamiento de los menores. Este informe “*será un elemento más a la hora de formular una petición en orden a la entrega de los menores a uno u otro*

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 11.



*cónyuge, que habrá de completarse con el resto de los datos y también con el sentido común, pero sin “psiquiatrizar” esta materia”, afirma la Circular 3/1968<sup>86</sup>.*

Si es el propio Juez quien ordena esta prueba, la evaluación de los cónyuges es requisito necesario.

#### c. Pruebas testificales

El Juez, de manera excepcional y en casos concretos, según el artículo 770.4 LEC, solicitará la ayuda e intervención de especialistas<sup>87</sup>. El Ministerio Fiscal deberá comprobar que las preguntas sean individualizadas. Se enfocarán a todos aquellos puntos controversiales en los que parezca que no exista acuerdo conyugal al respecto<sup>88</sup>.

#### d. Audiencia y exploración del menor

Previo a cualquier explicación, es necesario matizar que la exploración del menor no ostenta la condición de prueba testifical, sino que es un derecho que asiste al mismo: el derecho a ser oído siempre que ostente el juicio necesario para ello – que suele establecerse en los 12 años – (art. 9 LOPJM y art. 154 CC). Sin embargo, esta audiencia es una herramienta fundamental para el Juez para fallar en su sentencia y en la práctica goza de eficacia probatoria.

El Juez, dada su consideración o a petición del Ministerio Fiscal, dará paso a la audiencia del menor:

*«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar [...] en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>87</sup> Serrano Molina, A., *Cit.*, p. 301.

<sup>88</sup> Circular 3/1968, *Op.*, *Cit.*, p. 11.

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento» (Art. 9 LOPJM).*

El procedimiento a seguir en estos casos suele ir encaminado a una entrevista entre el Juez y el Ministerio Fiscal donde se realizará al menor un serial de preguntas para conocer cuál es su situación escolar, su madurez, su vínculo familiar, etc. Es el Ministerio quien se encargará de cuidar que la “entrevista” no se convierta en un interrogatorio al menor, de “*asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral*”, en términos de la LO 8/2015, de 22 de julio<sup>89</sup>. El propósito de ello dice la SAP de Barcelona, de 17 de febrero de 2015, es que el Juez muestre su percepción en cuanto a “*la visión del conflicto subyacente desde el punto de vista del menor*”<sup>90</sup>. Todas las respuestas dadas por el menor se valorarán conforme a la sana crítica, así como al interés superior del menor, aunque la voluntad del mismo no sea vinculante en cuanto no pueda considerarse como un “árbitro de la decisión”, término empleado por ABEL LLUCH<sup>91</sup>.

La presencia del Ministerio Fiscal en la exploración es preceptiva en cuanto se le es atribuida por razón de los artículos 3 EOMF y art. 749.2 LEC, quien, junto al Juez, personalmente podrá escuchar y preguntar las cuestiones que considere necesarias a los menores, con vista, según la STC 30 de enero de 2006, al conocimiento de si son capaces de “*expresar con libertad (es decir, que su voluntad no se halle mediatizada) su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la*

---

<sup>89</sup> Preámbulo Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (BOE 23 de julio de 2015).

<sup>90</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 12, núm. 83/2015 de 17 de febrero de 2015, FJDO. 2o (versión electrónica – base de datos VLex). Fecha de última consulta 22 de marzo de 2023.

<sup>91</sup> Abel Lluch, X., *La audiencia del menor de edad en los procesos de familia*, Madrid, 2019, p. 332 (disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdictions:ES/LA+AUDIENCIA+DEL+MENOR+DE+EDAD+EN+LOS+PROCESOS+DE+FAMILIA/vid/audiencia-menor-edad-procesos-770049209>)

*adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias*”<sup>92</sup>.

Se adoptan garantías para el menor. Este será informado de que su intervención se debe a que en ese momento se está tramitando un procedimiento cuyas consecuencias le repercuten, y que por ello él tiene la posibilidad de ser escuchado al respecto. Además, Abel Lluch afirma *“debe informarse al menor que su voluntad, aun siendo importante, no es vinculante para el juzgador. No puede trasladarse al menor el peso de una decisión que no le corresponde, debiendo liberarle, ya desde el inicio de la audiencia, de cualquier responsabilidad*”<sup>93</sup>, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio Europeo sobre los derechos de los menores, de 25 de enero de 1996.

Es importante atender a la valoración por parte del juez de lo derivado de la exploración.

Si bien es cierto, como recalca la SAP Tarragona, de 16 de febrero de 2016, que *“el deseo de los hijos constituye sin duda una circunstancia relevante capaz de fundamentar cualquier decisión sobre su régimen de guarda y custodia”*<sup>94</sup>, el Juez y el Ministerio Fiscal deberán comprobar que su voluntad no ha sido manipulada por uno de los cónyuges. Ha de proclamarse una total autonomía de la voluntad, sin interferencia alguna, pues de ser así, el interés tutelado se desvirtúa y no atiende a causas objetivas. Además, se recuerda que lo pretendido es velar por el interés superior del menor, no por el mero deseo del menor. Es decir, por mucho que el menor exprese cierta voluntad, esta puede no favorecerle, y no por ello debe adoptarse esa decisión. Por último, de entrar esta aportación del menor en contradicción con otros medios probatorios se valorará la coherencia entre ambos, y el juez efectuará un mayor esfuerzo de motivación reforzada<sup>95</sup>.

La audiencia del menor se realiza en audiencia reservada<sup>96</sup>, *“sin interferencia de otras personas”* (art. 770.1 regla 4ª LEC), y, tal y como establece el aptdo. 8.4.8 de la

---

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1a, núm. 17/2006 de 30 de enero de 2006, FJO. 5o (RTC 2006/17).

<sup>93</sup> Abel Lluch, X., *Op., Cit.*, p. 316

<sup>94</sup> SAP Tarragona, sec. 1a, núm. 90/2106, de 16 de febrero de 2016, FJO. 2o (ROJ: SAP T 90/2106-ECLI:ES:APT:2016:90).

<sup>95</sup> Abel Lluch, X., *Op., Cit.*, p. 335.

<sup>96</sup> Abel Lluch, X., *Op., Cit.*, p. 313.

Circular 1/2015 sobre sustracción de menores, “*ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente*”<sup>97</sup>.

Tras la exploración se procederá a la redacción de un acta que servirá al juez para formar su propia convicción.

Como anotación final, el Juez únicamente tendrá derecho a rechazar la audiencia y exploración del menor cuando no concorra el requisito de madurez suficiente (que será, desde una perspectiva doctrinal, discrecionalidad del juez) o cuando sus capacidades intelectuales no sean favorables. También lo será cuando concorra una prueba pericial en cuanto sea repetitiva. Cosa distinta de ello es que el menor, atendiendo a su propia voluntad, no desee realizar esa exploración. En este caso no será un incumplimiento por parte del Juez, sino que es el propio menor quien no quiere intervenir, y su deseo ha de ser velado.

### *2.2.3. Petición de vista*

Las partes podrán solicitar al Juez que este les convoque a una vista para presentar las medidas o solicitudes concretas. De no ser así, se requiere una nota o minuta<sup>98</sup>.

### *2.2.4. Comparecencia en medidas provisionales*

Los artículos 1897 y 1899 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen que, para la final adopción de las medidas a las que se refiere el artículo 103 CC, citará a comparecencia a las partes. Será precisa también la presencia del Ministerio Fiscal para emitir el dictamen que ha elaborado a lo largo de la totalidad del procedimiento y tras la aportación de las pruebas<sup>99</sup>.

### *2.2.5. Ejecución de sentencias*

El proceso concluye con la emisión final del Ministerio Fiscal de su informe, relativo a la totalidad de cuestiones que inciden indirecta o directamente sobre la persona

---

<sup>97</sup> Circular 1/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores (BOE 17 de noviembre de 2025)

<sup>98</sup> Circular 3/1968, *Op., Cit.*, p. 11.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 12.

del menor, así como sus derechos<sup>100</sup>. En tanto que sea favorable, el Juez considerará este junto a la totalidad de las pruebas y procederá al dictamen de una sentencia que recoja un pronunciamiento sobre la patria potestad, guardia y custodia, pensión de alimentos, régimen de visitas, etc.

El menor, en cualquier momento del proceso, o con posterioridad al mismo, y de acuerdo al artículo 10.2 B de la Ley Orgánica 1/96) queda facultado en todo momento a poner de manifiesto al Ministerio Fiscal todas aquellas circunstancias o situaciones que según su criterio y consideración están menoscabando sus derechos. Así, el Ministerio Fiscal tomará acción e iniciará el trámite oportuno acompañado con las acciones pertinentes.

### **2.3. Medidas específicas respecto a los hijos**

#### *2.3.1. Patria potestad y cuidado de los hijos*

La patria potestad es aquella “*ejercida por los padres en beneficio de sus hijos no emancipados, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica*”, en términos del Diccionario panhispánico del español jurídico<sup>101</sup>. La guarda y custodia se refieren al cuidado diligente<sup>102</sup>.

El juez a la hora de determinar la patria potestad y la guarda y custodia del menor se basará en el principio general recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Está establece que sea de respetar la relación personal, así como el contacto directo del menor con sus progenitores (con los dos de ellos). Únicamente se contempla la excepción siguiente: que sea contrario al interés superior del niño<sup>103</sup>. El desarrollo integral del menor deberá ser considerado por el Juez en todo momento como criterio decisorio, dejando al margen su criterio discrecional. La resolución judicial habrá de ser lo más cuidada y minuciosa posible.

---

<sup>100</sup> Circular 3/1968, *Op., Cit.*, p. 12.

<sup>101</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*.

<sup>102</sup> Ragel Sánchez, L.F., “La guarda y custodia de los hijos” en *Revista Derecho privado y Constitución*, núm. 15, 2011, p. 282.

<sup>103</sup> Serrano Molina, A., *Op., Cit.*, p. 316.

Existen dos vías a tratar. La primera de ellas, reconocida por la SAP de Alicante (sección 9ª), núm. 237/2009, de 24 de abril, es la que se conoce como la custodia compartida o régimen de alternancia, siendo el modelo preferente en la mayoría de las legislaciones autonómicas. La segunda de ellas es la atribución en exclusiva de la patria potestad a uno de los padres. En cualquiera de las opciones se aboga por la unión de los hermanos y su no separación, según el artículo 92, párrafo cuarto del Código Civil. El Ministerio fiscal emitirá informe favorable en cuanto a la decisión judicial si considera que el interés superior del menor ha sido velado y se cumplen las expectativas.

El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 170 CC) son causa motivada para que el Juez en su sentencia convenga que uno de los cónyuges (el que haya incumplido) quede privado de la misma.

Cabe la posibilidad de que radique un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (Art. 95 LJV). Podrán instar la solicitud de expediente los progenitores ante el Juez competente. En estos casos, se procederá a realizar un examen del expediente para admitir o no la solicitud. De ser admitido, el Juez citará a las partes para una comparecencia, en la que habrán de intervenir: el solicitante, los progenitores, el menor siempre que sea mayor de años y el resto de los interesados. La actuación del juez en estos supuestos es seguir el mismo proceso citado anteriormente, acordando la práctica de diligencias necesarias y resolviendo el asunto a través del dictamen de un acto<sup>104</sup>.

Es importante destacar la importancia del artículo 159 del Código Civil. El Juez, atendiendo a la edad de los menores determinará que aquellos que no superen la edad de 7 años sean confiados a la madre por norma general. En caso de que concurran causas suficientes para acreditar que la madre no ha de ser quien ostente la patria potestad, se modificará la medida.

Siempre y cuando se trate de medidas coetáneas, el Juez tendrá facultad para conferir al menor a personas ajenas o instituciones tutelares al ponderar el interés del

---

<sup>104</sup> Adan Domènec, F., “Tramitación de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (art.86 LJV)”, 2023.

menor y considerar que los padres no han de ostentar la patria potestad. Así lo establece el artículo 92 CC, el cual no se pronuncia sobre cuando se traten de medidas definitivas<sup>105</sup>.

Por último y como ya se ha hecho mención en el apartado anterior, la audiencia de los hijos es fundamental en cuanto se trate de medidas sobre su guarda y patria potestad. El beneficio de los hijos es esencial a ponderar.

### 2.3.2. Régimen de visitas

El artículo 39.3 de la Convención sobre Derechos del Niño hace referencia al derecho del niño a mantener contacto con sus progenitores, y viceversa. De este derecho, se deriva el contemplado en el artículo 154 del Código Civil, por el cual los padres ostentan la facultad, así como el deber, de tener consigo a sus hijos menores de edad<sup>106</sup>. Se hace referencia al término compañía.

Este derecho, definido como el relativo a visitar al menor y comunicar con él<sup>107</sup>, del menor parece limitarse en cuanto la convivencia conyugal llega a su fin, por lo que es misión del Juez y del Ministerio Fiscal establecer un régimen de visitas acorde al interés superior del menor, tratando, en términos de MOLINA SERRANO, de que *“la separación no lleve aparejada para el hijo un distanciamiento con respecto a ellos*<sup>108</sup>. Este derecho *“evita la ruptura por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, argumento sólidamente establecido que solo cede como el propio fundamento de derecho subraya en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica y moral del hijo”* (Sentencia de 19 de octubre de 1992<sup>109</sup>).

No se trata de un derecho absoluto, por lo que el Juez queda legitimado para limitar el mismo en cuanto considere que concurren causas que revisten especial gravedad y que repercuten al menor. Entre estas causas se considera de especial relevancia aquella en la que incurre el demandante como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en la resolución judicial.

---

<sup>105</sup> Circular 3/1968, *Op, Cit.*, p. 8.

<sup>106</sup> Serrano Molina, A., *Op, Cit.* p. 325.

<sup>107</sup> Circular 3/1968, *Op., Cit.*, p. 8.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 1992 [versión electrónica – base de datos Westlaw. Ref. (RJ 1992, 8083)]. Fecha última consulta: 2 de enero de 2023.

### 2.3.3. *Pensión de alimentos*

Los padres quedan obligados a prestar alimentos al menor de edad en términos del artículo 39.3 de la Constitución Española, independientemente de que se haya cesado su relación conyugal e independientemente de si ostentan o no la patria potestad o son privados de la misma. No es causa de eximición ninguna de los anteriores (art. 92 CC).

El juez en estos casos ha de fijar la contribución exacta de cada uno de los padres del menor en lo relativo a alimentos educación y formación integral (art. 154 CC). Han de valorarse en todo momento las necesidades de los hijos.

Se atenderá al caudal económico de los cónyuges para determinar la proporción (el cual queda sujeto a actualización y revisión periódica)<sup>110</sup> y podrá solicitar la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles, retención de salarios, etc. para asegurar el cumplimiento. Es decir, el Juez actuará en caso de que no se asegure su efectividad a través de los depósitos retenciones o medidas cautelares precisas.

En caso de dificultades económicas el Juez atenderá a un criterio de proporcionalidad en virtud del artículo 146 del Código Civil.

### 2.3.4. *Uso de la vivienda familiar*

La primera consecuencia derivada de una crisis matrimonial es el abandono de 1 de los progenitores de la vivienda familiar. De manera conjunta los progenitores fijarán a través de un convenio regulador o de manera unilateral lo relacionado con el artículo 90.1 del Código Civil, el uso de vivienda y ajuar familiar<sup>111</sup>.

Llegado a un acuerdo por los progenitores este será presentado al juez y en su caso al Ministerio Fiscal para que ambos evalúen si es perjudicial o no para los hijos menores de edad. En caso de que no me de acuerdo se presume que el juez determinará el uso de la vivienda familiar, así como de los objetos contenidos en la misma al menor y al cónyuge que ostente la patria potestad. Cabe destacar que la patria potestad de todos los hijos menores puede no ser concedida al mismo cónyuge. En caso de ser así el juez analizará

---

<sup>110</sup> Circular 3/1968, *Op., Cit.*, p. 9.

<sup>111</sup> Serrano Molina, A., *Op. Cit.*, p. 336.



la situación y resolverá lo que considere en función de su criterio (art. 96 CC). En cualquier caso, se mantiene el criterio de la protección, así lo manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de abril de 2011, en su FD 3<sup>o</sup><sup>112</sup>:

*“El artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden esta es una regla taxativa que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pudiera producir ningún perjuicio.*

*El principio que aparece protegido en esta disposición es el interés del menor, y que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad coma y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC)”.*

---

<sup>112</sup> STS (Sala de lo Civil) núm. 221/2011, de 1 de abril [versión electrónica – base de datos Westlaw. Ref. (RJ) 2011, 3139]. Fecha última consulta: 3 de enero de 2023.

## CONCLUSIONES

El presente trabajo ha puesto de manifiesto la línea procedimental clara regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil y el mismo Código Civil, a la que se adhieren las actuaciones del Juez y Ministerio Fiscal.

1ª. La tutela judicial efectiva es el requisito primero de un Estado de Derecho. Todos los ciudadanos han de gozar de la posibilidad de que la justicia les brinde acceso a la misma en cuanto se trata de garantizar sus derechos, más aún cuando concurren personas en situación de vulnerabilidad.

2ª. Las crisis familiares, en cuanto afectan a una institución social básica, tienen una gran relevancia, en el que se deben conjugar los intereses particulares con el inexcusable interés público, especialmente en caso de personas vulnerables (por ejemplo, menores de edad). Por ello, el Derecho de Familia regula las crisis familiares para salvaguardar todos los derechos e intereses concernidos, atendiendo prioritariamente la problemática humana subyacente.

El papel del Juez, y del Fiscal en su caso, trasciende el plano teórico y legal. Jueces y fiscales deben centrar su actividad en adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de aquellas personas que, como consecuencia de una crisis, se hallan en una posición desventajosa o de debilidad con respecto de otros, y procurando paliar las situaciones de desamparo que puedan darse.

3ª. El intervencionismo judicial ha quedado debilitado, relegado a un segundo plano, con la introducción de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la que se plasma una nueva visión: la autonomía de la voluntad como principio rector. Pese a que su principal objetivo era la descarga de trabajo al Juez, cuyo cometido puede ser realizado por otros operadores jurídicos, ha tenido repercusión en otros ámbitos, como las situaciones jurídico-familiares.

4ª. Las corrientes predominantes actuales abogan por un énfasis en la libertad de los miembros de la familia, de su capacidad para regular sus propias situaciones internas. Se pretende que las actuaciones sean conformes a su deseo, a su voluntad. Esta prevalencia de la autonomía privada se refleja en las instituciones del matrimonio y

divorcio, con el gran aumento de estos últimos años de los divorcios practicados ante Notario, por ejemplo.

5ª. Con todo, el papel judicial no ha de ser preterido, ni desconocerse que actúan como garante del equilibrio de las soluciones y con especial cuidado de las personas vulnerables. La máxima protección será siempre otorgada por una persona imparcial, que, con una formación complementaria de carácter humanística, vele por los derechos y bienestar de la totalidad de los miembros de la familia, de manera individual.

6ª. Respecto de la especialización de los órganos judiciales y de los miembros de la carrera fiscal se ha descrito la creación de la especialización de órganos judiciales en Derecho de Familia. Sin embargo, su implantación es limitada. Aparte de que debe procurarse no solo la formación técnico-jurídica idónea sino también el complemento de la formación humanística antes referido.

la creación de un orden jurisdiccional relativo al Derecho familiar, siendo conocedores de todo asunto relativo a este ámbito. Sin embargo, su creación ha sido en vano para ciertas áreas sociales, quienes se ven discriminadas por razón de su lugar de residencia, entre otros aspectos, no pudiendo acceder a los mismos, y habiendo conformarse con acudir a un Tribunal no especializado. La especialización es una necesidad si se pretende garantizar una tutela judicial efectiva, un acceso correcto a la jurisdicción y una valiosa defensa de los derechos de los ciudadanos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LEGISLACIÓN**

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

Código Civil, Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).

Circular 3/1968, de 15 de diciembre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio. FIS-C-1986-00003.

Circular 1/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores (BOE 17 de noviembre de 2015)

Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de menores y las Secciones de Menores (BOE 30 de julio de 2008)

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 de enero de 1982).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).

Preámbulo Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección al a infancia y la adolescencia (BOE 23 de julio de 2015).

Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia (BOE 8 de julio de 1981).

### **JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 46/1982, de 12 de julio. (versión electrónica – base de datos Vlex). Fecha de última consulta: 1 de diciembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1a, núm. 17/2006 de 30 de enero de 2006, FJO. 5o (RTC 2006/17).

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 4/2001, de 15 de enero. (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 58/2008, de 28 de abril. (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 185/2012, de 17 de octubre (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 1992 [versión electrónica – base de datos Westlaw. Ref. (R) 1992,8083]. Fecha última consulta: 2 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 221/2011, de 1 de abril [versión electrónica – base de datos Westlaw. Ref. (R) 2011,3139]. Fecha última consulta: 3 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, núm. 493/2017, de 13 de septiembre de 2017 (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial Tarragona, sec. 1a, núm. 90/2106, de 16 de febrero de 2016, FJO. 2o (ROJ: SAP T 90/2106-ECLI:ES:APT:2016:90).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 83/1997, de 11 de febrero de 1997 (versión electrónica – base de datos Vlex). Fecha de última consulta: 10 de enero de 2023.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 12, núm. 83/2015 de 17 de febrero de 2015, FJDO. 2o (versión electrónica – base de datos VLex). Fecha de última consulta 22 de marzo de 2023.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24ª), núm. 949/2009, de 1 de octubre. (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 1ª), núm. 381/2006, de 24 de octubre (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22ª), de 28 de febrero de 1997 (versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional de España). Fecha de última consulta: 22 de noviembre de 2022.

## **OBRAS DOCTRINALES**

Abel Lluch, X., *La audiencia del menor de edad en los procesos de familia*, Madrid, 2019

Adan Domènec, F., “Tramitación de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (art.86 LJV)”, 2023.

Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Manual de Derecho Civil: Sistema de Derecho Civil*, volumen IV (tomo I): “Derecho de Familia”. Undécima edición. Ed: Tecnos.

De Otto, Y., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987.

Díez-Picazo, L.: “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia”, en *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, segunda edición, 1989.

Berrocal Lanzarot, A.I., “El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados”, vol.96, n. 779, 2020, pp. 1745-1800.

Guanhon, S. V., “Medidas cautelares en el Derecho de familia”, *AEQUITAS Virtual*, Vol. 5, No. 16, 2011.

Martínez García, C., *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Navarra, 2016.

Minero Alejandro, G., “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de *lege ferenda*”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 42, 2020, pp. 133-168.

Pereña Vicente, M., “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. I.

Pérez Gallardo, L. B., “Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, p. 329-371.

Ragel Sánchez, L.F., “La guarda y custodia de los hijos” en *Revista Derecho privado y Constitución*, núm. 15, 2011, pp. 281-330.

Rubio Llorente, F., El principio de legalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(39), 1993.

Rubio, R., “La misión y la función del juez”, *Anuario de derecho civil*, vol. 1 (2), 1948, p. 415-434.

Salinas Quijada, F., “La autonomía de la voluntad en el art. 90 del Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra: sus concordancias y diferencias”, *Revistas y series UN, Ius Canonicum*, vol. XXII, nº. 44, 1982, pp. 797-818.

Serrano Molina, A., en Martínez García, C., *Tratado del menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Navarra, 2016.

Tárrago Ruiz, A., “La función tuitiva del Ministerio Fiscal. Discurso de ingreso en la Real Corporación”, Granada, 2021

Zamora Segovia, M.L., Nieto-Morales, C., Hernando Ramos, S., Torres Reviriego, M., “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, *Guía de*

*Intervención Familiar en Casos de Separación, Divorcio y Protección de Menores*, Dykinson, Madrid, 2016.

## RECURSOS DE INTERNET

Alfaro, N. S., “Notas para una crítica del principio de legalidad”. *Revista Iberoamericana*, 1(19), 2001, (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=260755>; fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022).

Álvarez, H. Á., “El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho civil: supuestos más relevantes. *Revista Europea de Derechos Fundamentales/European Journal of Fundamental Rights*, 23, 2014, p. 28-51 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945866.pdf>; fecha de consulta: 14 diciembre 2023)

Blasco Gascó, F., “La regulación del matrimonio en el Código Civil”, *La regulación del matrimonio en el Código civil: Requisitos. Nulidad: Causas y efectos. Régimen de derecho internacional privado en la materia*, Tirant. s.f., p.3 (disponible en: [https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema71\\_Todo.pdf](https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema71_Todo.pdf); fecha de último acceso: 28 febrero de 2023).

Cánovas Leonhard, P., Sahuquillo Mateo, P., “La protección del menor en las familias”, *Edetania* 44, diciembre 2013, (disponible en: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=LA+PROTECCI%C3%93N+DEL+MENOR+EN+LAS+FAMILIAS+p%C3%A1gina+94&ie=UTF-8&oe=UTF-8>; última consulta 28 enero de 2023).

Carrascosa Medina, M., “El procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo”, en *Iberley*, 2020. (disponible en: <https://www.iberley.es/temas/procedimiento-separacion-divorcio-mutuo-acuerdo-56841>; fecha de consulta: 2 de febrero de 2023).

Carvajal de la Torre, P., “El nuevo procedimiento de divorcio ante notario” (disponible en: <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-nuevo-procedimeinto-de-divorcio-ante-notario/>; fecha de consulta 2 de marzo de 2023).



Consejo General del Poder Judicial (España). Comisión de Estudios e Informes, Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, 2004, (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-separacion-y-divorcio>; fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

Consejo General del Poder Judicial, Informe (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios--INE-/>)

Consejo General del Poder Judicial, Juzgados Especializados (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Demarcacion-y-Planta-Judicial/Juzgados-especializados/>)

De la Rosa Fernández, R., *La filiación en las parejas homoparentales*, Librería Bosch, Barcelona, 2020, p. 86 (disponible en: <https://app.vlex.com/#!/vid/reconocimiento-juridico-relaciones-pareja-844797726>; fecha de última consulta: 11 de febrero de 2022).

Durán-Chávez, C. E., y Fuentes-Aguila, M. R., “El estado de indefensión y su relevancia en el derecho. Aspectos constitucionales y penales”. *Dominio de las Ciencias*, 7(3), 2021, págs.1442-1460 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8229711.pdf>; fecha de consulta: 20 de febrero de 2023)

Faus Pujol, M. “Práctico de Derecho de Familia”, 2023. (disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/13128>; fecha de última consulta 10 de noviembre de 2022)

García Presas, I., “El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, Coruña, 2011 (disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/83571173.pdf>; fecha última consulta: 23 de noviembre de 2022).

Jorge Arévalo, E., La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad, *REVISTA IUS*, 9(36), 2016,

p.63 (disponible en: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/94/89>; fecha de consulta: 10 de febrero de 2023).

López Cardoso, G., Vázquez, O., “Actuación oficiosa del juzgado. Breve análisis de la cuestión del desplazamiento y morigeración del principio dispositivo en los procesos de familia”, s.f., p.1 (disponible en: <https://fundejus.org/wp-content/uploads/2018/09/DESPLAZAMIENTO-Y-MORIGERACION-DEL-PRINCIPIO-POSITIVO-EN-LOS-PROCESOS-DE-FAMILIA-FUNDEJUS-1.pdf>; fecha de consulta: 28 de enero de 2023).

Lora-Tamayo, I., y Pérez Ramos, C., “Prólogo”, en la obra *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Reus, 2016.

Pascualini, G., “Ética: la palabra devaluada”, en José, Burucúa, *La Ética del Compromiso*, Gea, Buenos Aires, 2003.

Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* (disponible en: <https://dpej.rae.es/> ; fecha de consulta: 5 de enero de 2022)

Reverte, A., “Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código Civil)”, *Revistas UM*, pp. 4-140 (disponible en: <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/download/105431/100351/421411>; fecha de acceso: 3 de marzo 2023).

Sillero Croveto, S., “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 769, p. 2788 (recuperado de: <https://app.vlex.com/#/vid/782196961>; fecha de consulta: 3 de marzo de 2023)

Vázquez Iruzubieta, C. “Comentario al artículo 87 CC”, *Código Civil: comentarios, notas y jurisprudencia*, DIJUSA, Madrid, 2007, (disponible en: <https://app.vlex.com/#/vid/59544139>)

Vázquez Iruzubieta, C., “Matrimonio, separación y divorcio” en *Código Civil: Comentario, Notas y Jurisprudencia.*, Dijusa, Madrid, 2007 (disponible en:

<https://vlex.es/source/matrimonio-nulidad-separacion-divorcio-comentario-codigo-civil-4608>; fecha de última consulta: 2 de febrero de 2023)