

# La absoluta desprotección del menor desde que se produce la ruptura parental hasta su judicialización

*The lack of child protection from the  
moment of parental break-up to when  
it is brought before the courts*

por

INMACULADA VIVAS TESÓN  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho*

RESUMEN: La legislación española actual y la aplicación práctica de la misma proporcionan, cuando se produce una ruptura parental (matrimonial o no) conflictiva, una deficiente atención a los miembros del grupo familiar más frágiles: los hijos menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada. Ello es debido a que no está prevista protección alguna hasta que no recaiga un pronunciamiento judicial al respecto, el cual debe ser solicitado a instancia de parte, lo que provoca que durante cierto tiempo, en concreto, desde que se produce la ruptura de los progenitores hasta que esta resulta judicializada (que pueden ser varios meses, durante los cuales existe un auténtico «limbo jurídico») los derechos de los hijos sean absolutamente ignorados y las relaciones paterno-filiales con el progenitor no custodio *de facto* injustamente mutiladas por el otro. En definitiva, es urgente ofrecer una respuesta normativa adecuada a la defensa de los derechos del hijo menor de edad y mayor con capacidad judicialmente modificada y de su bienestar psíquico y emocional,

así como lograr una profunda sensibilización de jueces, fiscales y abogados en esta materia.

*ABSTRACT: In the case of parental break-up (marital or not), current Spanish legislation and its application in practice provide inadequate support to the most vulnerable members of the family, i.e. minor children and adult children with disability. This is due to the fact that there are no provisions for protection until a court ruling is issued on the issue *ex parte*. This means that during a certain period, from the moment of the break-up of the parents to when the issue appears before the courts (this possibly being several months, during which there is a real «legal limbo»), the rights of the children are completely ignored and parent-child relations with the parent who does not have custody *de facto* unfairly damaged by the other parent. It is thus of imperative importance that there be a legal response in order to protect the rights of minor children and adult children with disability and their psychological and emotional welfare, and that a profound awareness amongst judges, prosecutors and lawyers in this area be brought about.*

**PALABRAS CLAVE:** Ruptura parental. Menor de edad. Mayor de edad con capacidad judicialmente modificada. Desprotección. Limbo jurídico.

**KEY WORDS:** Parental break-up. Minor children. Adult children with disability. Lack of protection. Legal limbo.

**SUMARIO:** I. LA ABSOLUTA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN CASO DE RUPTURA FAMILIAR.—II. LA CUSTODIA *DE FACTO* DEL MENOR DESDE LA RUPTURA PARENTAL HASTA LA EXISTENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL: 1. LA CUSTODIA *DE FACTO* Y EL LIMBO JURÍDICO EN EL QUE SE ENCUENTRA EL MENOR. CRÍTICAS Y PROPUESTAS. 2. LA EXPLORACIÓN DEL MENOR. 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. LA EVENTUAL VALIDEZ DEL CONVENIO REGULADOR NO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EN RELACIÓN A LAS MEDIDAS RELATIVAS A LOS HIJOS. 5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO PENAL REQUIERE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA RUPTURA PARENTAL.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA ABSOLUTA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN CASO DE RUPTURA FAMILIAR

Cuando era estudiante de 4.<sup>º</sup> curso de la Licenciatura de Derecho (hace ya muchos años, mejor no precisar cuántos) el profesor que impartía la asignatura

Derecho Civil IV, Familia y Sucesiones, en la lección del temario que trataba «*Los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*», explicaba que, en los supuestos de ruptura matrimonial, la adopción de medidas provisionales podía solicitarse<sup>1</sup> al momento de interponer la demanda del correspondiente proceso matrimonial o, incluso, antes, conociéndose, en tal caso, como medidas provisionales previas o «*provisionalísimas*»<sup>2</sup>.

La petición de adopción de las medidas provisionales previstas en el artículo 104 del Código Civil, redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y que tiene su correlativo procesal en el artículo 771 LEC, no exige, hoy día, el requisito de urgencia (sí, en cambio, bajo la legislación rituaria anterior, por aquel entonces, en vigor) para que sea admitida a trámite<sup>3</sup>.

De este modo, se nos ilustraba magistralmente a los alumnos que ocupábamos las viejas bancas de madera de una de aquellas aulas masificadas de la hispalense Real Fábrica de Tabacos, que podía solicitarse al juez que decidiera sobre distintos aspectos que debían atenderse mientras se daba inicio y sustanciaba el procedimiento de nulidad, separación o divorcio, con el objeto de proporcionar la mayor normalidad y estabilidad posible a la nueva situación familiar<sup>4</sup>.

Tales cuestiones familiares, con excepción de las que no requerían pronunciamiento judicial por producirse *ope legis ex* artículo 102 del Código Civil (entre otras, el cese de la presunción legal de convivencia conyugal, la revocación de todos los consentimientos y poderes, así como la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, a las cuales podemos añadir el cese de la presunción de paternidad)<sup>5</sup>, eran (y son) las contempladas en el artículo 103 del Código Civil, entre ellas, quién debía permanecer en la vivienda habitual, a qué progenitor se le atribuía la guarda y custodia y a cuál las visitas de los hijos comunes, así como la fijación de una pensión alimenticia a favor de los descendientes y, en su caso, del cónyuge.

Así las cosas, los efectos del artículo 102 del Código Civil se producen automáticamente<sup>6</sup> o por ministerio de la Ley, en tanto que para las medidas del artículo 103 del Código Civil rigen los principios de rogación y de disposición, al depender de la voluntad de la parte (o, en su caso, el Ministerio Fiscal) que las inste, necesitando, como presupuesto de su eficacia, un pronunciamiento judicial. Por tanto, las medidas previas requieren solicitud de parte y necesitan estar recogidas en una resolución judicial, bien aprobando el convenio de los cónyuges al respecto (con los mismos criterios del artículo 90 del Código Civil, esto es, que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges)<sup>7</sup>, bien adoptándolas el Juzgador *a quo* en caso de desacuerdo o no aprobación de aquél, en tanto que los efectos del artículo 102 del Código Civil se producen *ex lege*. Son, por tanto, medidas judiciales, de ello que se haya afirmado que el artículo 103 del Código Civil es una norma dirigida,

fundamentalmente, al juez, a quien se indican las materias sobre las que pueda tomar las medidas oportunas y los criterios para adoptarlas<sup>8</sup>.

Tras ello, nuestro profesor nos advertía, a través de la detenida lectura del párrafo 2.º del artículo 104 del Código Civil, que la subsistencia de la eficacia de las medidas provisionales previas adoptadas quedaba condicionaba al inicio del proceso principal, de modo que, para ello, disponíamos de un plazo de treinta días (de carácter procesal, esto es, días inhábiles excluidos)<sup>9</sup> desde que fueran adoptadas (entiéndase, desde la notificación de la resolución judicial a las partes)<sup>10</sup> para presentar la demanda (no, necesariamente, por el cónyuge solicitante de las medidas) ante el juez o Tribunal competente, pues, de lo contrario, las medidas dejarían de surtir efecto<sup>11</sup>. Además, tales medidas terminarían cuando fueran sustituidas por las de la sentencia estimatoria o se pusiera fin al procedimiento de otro modo (v.gr. desistimiento o caducidad)<sup>12</sup>, según contemplaba (y contempla) el artículo 106.1.º del Código Civil<sup>13</sup>. En consecuencia, las medidas provisionales tienen eficacia transitoria y condicionada al procedimiento matrimonial principal<sup>14</sup>.

Bajo la vigencia de la LEC-1881, la doctrina era unánime al entender que el artículo 106 del Código Civil se refería a la sentencia estimatoria «firme» en la que se decretase la separación «o divorcio» de los cónyuges y se sustituyeran las medidas previas o provisionales por las definitivas, de tal manera que resultaban excluidas las sentencias definitivas dictadas en primera instancia que no fueran firmes. Pero, aun sin haberse modificado la redacción del artículo 106 del Código Civil, sí ha variado su significado, ya que debe ser interpretado a la luz de los específicos preceptos que, en esta materia, introdujo la LEC-2000. De este modo, de los artículos 771 a 774 LEC-2000, se desprende la introducción de un nuevo sistema basado en las medidas únicas que a lo largo del proceso se van adaptando a las nuevas circunstancias que, en cada sucesiva fase procesal, puedan aparecer, de tal manera que cada posterior medida sustituya a la anterior. Y así, las medidas previas ordinarias se convierten o son sustituidas por las medidas provisionales, a su vez las medidas provisionales se convierten o son sustituidas por las medidas definitivas adoptadas en la sentencia que se dicta en la primera instancia y, de interponerse recurso de apelación, las medidas definitivas se convierten o son sustituidas por las medidas firmes acordadas en la sentencia de la Audiencia Provincial resolutoria de aquel.

La impresión que nos causaba la lectura (y consiguiente explicación) de los artículos 102 a 106 del Código Civil y los correlativos de la legislación procesal (por aquel entonces, la LEC-1881, en concreto, sus arts. 1881 a 1885, hoy arts. 769 a 775 LEC-2000), de carácter indudablemente tuitivo, es que existía cierta celeridad en la adopción judicial de unas primeras medidas, transitorias e instrumentales, lo que revestía especial importancia en el supuesto de existencia de hijos menores de edad<sup>15</sup> o mayores judicialmente incapacitados (hoy, con capacidad judicialmente modificada) y ello, sin duda alguna, nos reportaba

una absoluta tranquilidad. El legislador estaba a la altura de las circunstancias al ofrecer soluciones inmediatas ante una ruptura familiar (con el paso de los años hemos descubierto todo lo contrario).

Desde entonces, normativamente, nada de lo antes descrito ha sufrido un cambio sustancial.

No obstante, nos parece importante reseñar, en relación directa con la problemática en estudio y sin ánimo de exhaustividad, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, la creación de los Juzgados de Violencia de Género sobre la Mujer por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio<sup>16</sup>, la cual abre la posibilidad de solicitar directamente el divorcio sin necesidad de pasar previamente por la separación matrimonial ni alegar causa alguna, las distintas regulaciones autonómicas de las parejas de hecho (por ello, que aludamos en estas páginas a la ruptura parental y no solo a la matrimonial)<sup>17</sup>, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, que, en su DF. 1.<sup>a</sup>, apdo. 2.<sup>º</sup>, modificó la redacción del artículo 154 del Código Civil para añadir que la patria potestad se ejercerá «*con respeto a su integridad física y psicológica de los hijos*»<sup>18</sup> y, eso sí, trascendentales cambios procesales de la mano de la LEC-2000, de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y, recientemente, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Igualmente, destacamos la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Es preciso hacer hincapié en que el actual Derecho de Familia, a diferencia del existente varias décadas atrás, tiene como objetivo proteger, en las relaciones (horizontales y verticales) familiares, ya no el interés superior de la familia, sino el interés de la persona en la familia. Dicho de otro modo, el anterior modelo familia-institución (presidido por el «*principio de unidad jurídica de la familia*»<sup>19</sup>) ha sido sustituido por el de familia-comunidad, en el cual los intereses merecedores de protección se identifican con los intereses individuales y solidarios de sus componentes<sup>20</sup>.

Así las cosas, vivir en familia conlleva, necesariamente, respeto por los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes (ya sean grandes, medianos o pequeños): dignidad, libre desarrollo de la personalidad, honor, intimidad, integridad física y psíquica, libertad de expresión y religiosa, etc. Por ello, el legislador no puede quedarse al margen de la familia, como antaño, bajo el entendimiento (hoy erróneo) de que no debía entrar en la esfera de los

sentimientos, en la intimidad familiar o del hogar (de puertas para adentro), lo que provocaba que el Derecho Civil prestase escasa o ninguna atención a la protección de los derechos de los hijos.

Nuestro decimonónico Código Civil partía, claramente, de una concepción patrimonialista de la familia: la mujer y los hijos eran propiedad del marido-padre.

En relación a los hijos, recordemos que la patria potestad sobre ellos la ostentaba el padre y, en su defecto, la madre. Además, los malos tratos se justificaban en que la patria potestad era un poder que comprendía, dentro del deber de educación y formación, las facultades paternas de *«corregir y castigar moderadamente a los hijos»* (art. 155.2.º del Código Civil anterior a la reforma de 1981), de modo que era una práctica constante el uso, sobre todo, de castigos corporales, con el fin de *«corregir»* a los hijos.

La Constitución Española, en su artículo 10<sup>21</sup>, no nos reconoce derechos fundamentales inviolables *«salvo en familia»*, ni tampoco con distinta intensidad a unos más que a otros (p. ej. a los mayores de edad más que a los menores<sup>22</sup>), pues se habla de *«persona»*, cualquiera que sea su edad, orientación sexual, etc.

Partiendo de tal premisa, nuestro actual sistema normativo ha acogido los principios internacionales de protección del menor y, de este modo, la Carta Magna, en su artículo 39.4, señala que *«los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos»*. Sin embargo, durante mucho tiempo, incluso en época constitucional, ha existido la convicción social de que se debía exclusivamente *«respeto»* de los hijos hacia los padres, pero no al revés, como si la situación de dependencia de los menores de edad fuera incompatible con el respeto de sus derechos y su individualidad, inexistentes en el interior de la familia.

Hoy día se reconoce normativamente, de manera explícita, que la situación de dependencia de los menores de edad no es incompatible con el respeto de su yo. No puede decirse lo mismo de las personas con discapacidad, a las que el artículo 49 CE sigue denominando *«disminuidos»* y nuestro Ordenamiento jurídico no da, lamentablemente, adecuada protección, en comparación con la que sí ofrece, aunque deficientemente, al menor de edad<sup>23</sup>. No obstante, es preciso subrayar que la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, directamente aplicable en España<sup>24</sup>, está ya dando frutos normativos muy importantes, en los cuales no nos resulta posible detenernos ahora.

Tras el transcurso de los años, la experiencia profesional y el estudio en profundidad de la materia, junto a la asistencia a foros jurídicos especializados (necesariamente multidisciplinares) en la misma, he podido comprobar que la realidad cotidiana es muy distinta a las anotaciones que, en su día, tomara en clase, no porque no fueran rigurosas, que lo eran, sino porque la aplicación práctica de las normas relativas a las consecuencias inmediatas de una ruptura

parental, a día de hoy, cumplen deficientemente su objetivo, dejando jurídicamente desprotegido al menor de edad, abandonado no a su suerte, sino a los intereses, preferencias o comodidades puramente egoístas de sus padres, lo que resulta de todo punto inadmisible.

Es el menor, dada su especial fragilidad (doble, si tiene algún tipo de discapacidad), considerablemente incrementada por la inestabilidad provocada por la crisis parental, quien debería centrar todas las miradas para evitar ser instrumentalizado en la ruptura por sus propios progenitores. El menor no es, ni mucho menos, patrimonio de sus padres y casi siempre es la víctima del enfrentamiento entre ambos, en el seno del cual sufre la más absoluta indefensión. Y en dicha situación de absoluta desprotección, ¿quién vela por él y por el respeto de sus derechos y de su personalidad mientras, si se nos permite la expresión, sus padres se tiran los trastos a la cabeza?

Ello está aconteciendo, paradójicamente, cuando recientemente hemos celebrado a bombo y platillo el 25.º aniversario de la Convención ONU sobre los Derechos del niño de 1989, Tratado internacional que en su artículo 3.1 establece que el interés superior del niño constituye la «*consideración primordial*» al adoptar cualquier medida que afecte a los niños y que «*tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos*»<sup>25</sup>.

Al respecto, repárese en que la Observación general Núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)<sup>26</sup>, subraya el concepto tridimensional del interés superior del menor: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. En este sentido, contempla expresamente que «*el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada*».

No podemos dejar de hacer mención a la reciente publicación del Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996<sup>27</sup>, por el que España se compromete a cumplirlo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.4 del citado Convenio, en las siguientes categorías de procesos:

- Procesos que versen sobre nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos.
- Procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- Procesos de filiación, paternidad y maternidad.
- Procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

- Procesos que tengan por objeto la adopción de medidas de protección sobre los menores en los supuestos contemplados en los artículos 158 y 216 del Código Civil.
- Procesos que tengan por objeto la adopción de medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.
- Procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores (art. 156 del Código Civil).
- Procesos relativos al acogimiento de menores y la adopción (arts. 1825 a 1832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).
- Nombramiento de tutor o curador (arts. 1833 a 1840 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).
- Y, en general, cualquier proceso de familia en el que los derechos del menor puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

Es indudable que gracias, fundamentalmente, a los esfuerzos internacionales, se ha producido un importante avance en el reconocimiento y protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia<sup>28</sup>, pero aún queda mucho por hacer en cuanto a la efectiva tutela de los menores de edad, al reconocimiento explícito de la autonomía decisional del niño y del adolescente, a su participación activa en proporción a la capacidad de discernimiento y madurez progresivamente adquirida y a la no discriminación por razón de edad en la familia. En definitiva, ha de alcanzarse el pleno y eficaz goce de los derechos humanos inviolables e inherentes a la persona, con independencia de cuál sea su edad<sup>29</sup>.

Cuando una pareja (casada o no) se rompe, es evidente que las cosas no funcionan como debieran, siendo las únicas víctimas de ello los hijos menores de edad. Nuestra preocupación por la absoluta desprotección jurídica del menor, especialmente vulnerable, justifica estas apretadas páginas, en las cuales se reclaman, con urgencia, cambios normativos, que garanticen la integridad física y moral del niño y del adolescente en el seno de una ruptura familiar. No se trata más que de dar cumplimiento a los mandatos internacionales y constitucionales. Pese a los numerosos cambios normativos recientemente operados, la desprotección del menor ante la quiebra de la familia sigue siendo la misma. Su tutela judicial es, claramente, insuficiente.

Es preciso subrayar que no todas las rupturas familiares son iguales, ni todas las familias, ni todos los hijos. De entrada, la edad del hijo puede cambiar el sentido de algunas de las afirmaciones que, a continuación, realizaremos, las cuales, en consecuencia, requerirían ser debidamente matizadas. Es lógico: no existen familias iguales ni hijos iguales y, por tanto, no caben soluciones estandarizadas. Todo lo contrario. Tan es así, que cada pronunciamiento judicial debería ser «*un traje a medida*» y, por tanto, único (de algunos Autos de medidas previas no podríamos afirmar que lo fueran). Tampoco todos los operadores jurídicos

están sensibilizados de igual manera. Es por ello por lo que intentaremos apuntar algunas cuestiones que resultan controvertidas en la mayoría de los casos (no en todos) y que reclaman una inmediata respuesta por parte del legislador.

Tal vez convenga situarnos ante la problemática utilizando datos estadísticos recientes, si bien, cuando se trata de menores de edad, poco o nada importan los números en sí mismos.

Según la Nota de prensa del INE de Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios de 15 de septiembre de 2015<sup>30</sup>, en 2014 se dictaron un total de 105.893 sentencias de nulidades, separaciones y divorcios, lo que supuso una tasa de 2,3 por cada 1.000 habitantes, experimentándose un incremento del 5,4% respecto al año anterior.

Por tipo de proceso, se produjeron 100.746 divorcios, 5.034 separaciones y 113 nulidades, de modo que los divorcios representaron el 95,1% del total de las rupturas, las separaciones el 4,8% y las nulidades el 0,1% restante. Según estos datos, en relación al año anterior, el número de divorcios aumentó en un 5,6%, el de separaciones en un 2,7% y el de nulidades también en un 2,7%.

El 76,5% de los divorcios y separaciones en el año 2014 fueron de mutuo acuerdo, mientras que el 23,5% restante fueron contenciosos. Del total de divorcios, el 76,1% fueron de mutuo acuerdo y el 23,9% contenciosos. Por su parte, el 85,5% de las separaciones fueron de mutuo acuerdo y el 14,5% contenciosos.

Atendiendo a la tipología de los procedimientos de divorcios y separaciones, la duración media de los procedimientos de mutuo acuerdo fue de 2,8 meses, mientras que la de los procedimientos contenciosos alcanzó los 9,6 meses. El 72,1% de los procedimientos de mutuo acuerdo se resolvió en menos de tres meses y el 18,3% en un tiempo de tres a seis meses. Por su parte, el 43,4% de los procedimientos contenciosos se resolvió en un tiempo de entre seis y 12 meses, y un 23,5% en 12 o más meses.

El 42,6% de los matrimonios correspondientes a las sentencias de separación o divorcio no tenían hijos (menores o mayores dependientes), el 48,1% tenían solo hijos menores de edad, el 4,3% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 5,1% hijos menores de edad y mayores dependientes. El 27,2% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente).

A tales datos habría que sumarse los de las rupturas de las parejas de hecho con hijos comunes, los cuales nos son desconocidos.

## II. LA CUSTODIA *DE FACTO* DEL MENOR DESDE LA RUPTURA PARENTAL HASTA LA EXISTENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

Desde que se produce la ruptura parental hasta la primera intervención judicial puede llegar a pasar mucho tiempo. A ello ha de sumarse que, como acabamos de ver, el 43,4% de los procedimientos contenciosos se resolvió en un tiempo de entre seis y doce meses, y un 23,5% en doce o más meses.

¿Quién defiende y vela por el respeto de los derechos del menor de edad durante todo el tiempo en el que se encuentra en una especie de «*limbo jurídico*» (lamentablemente, no es el único existente en nuestro Ordenamiento) en tanto la ruptura no resulte formalmente judicializada?

Es indudable que los derechos de los hijos menores de edad deben ser tutelados de forma inmediata tras la ruptura y al margen del conflicto y la pugna de intereses que guían a sus progenitores.

Sin embargo, la realidad nos hace ver que cuando la unidad familiar se fragmenta, no solo los padres desprecian los derechos de los hijos menores de edad (niños y adolescentes), sino que, incluso, se atreven a utilizarlos, al considerarlos de su propiedad, como auténticas armas arrojadizas contra el otro para resultar vencedor (desde el punto de vista emocional y, más frecuentemente, patrimonial).

Es como si, además de la pareja, hubiera también quebrado la relación paterno-filial y, por tanto, hubieran cesado automáticamente los deberes de los padres hacia los hijos, entre ellos, el de velar por ellos, ostentando la patria potestad (art. 154 del Código Civil) o no (art. 110 del Código Civil). El fin de la relación conyugal o convivencial no implica, obviamente, la extinción del vínculo paterno-filial, que debe permanecer inalterado (sí, en cambio, adaptado a la nueva situación familiar), siendo precisamente sus representantes legales, los padres, quienes han de seguir actuando en beneficio de los hijos.

Los derechos del menor no pueden quedar en un escalón inferior a los de los padres. El interés superior del menor no puede subordinarse al de sus progenitores, sino justo al revés<sup>31</sup>. No obstante, ello es posible que acontezca porque el legislador deja en manos de los padres la decisión de cómo serán sus vidas y las de sus hijos menores de edad a partir de su ruptura. De un lado, deja a su autonomía de la voluntad la configuración concreta del ejercicio de la patria potestad y, en caso de desacuerdo (probablemente, no en dicho aspecto, sino en otros, con frecuencia, los económicos, los cuales suelen hacerse depender directamente de aquél), deberán recurrir a la autoridad judicial<sup>32</sup>.

Y en este punto, volvemos a preguntarnos, mientras se negocia el contenido del convenio regulador y ninguno de los progenitores se decide aún por iniciar el procedimiento judicial, bien estratégicamente (tal vez, asesorados profesionalmente en dicho sentido, por ejemplo, para ganar tiempo para la elaboración de la demanda)<sup>33</sup>, bien por encontrarse en una situación de confusión emocional o bien por confiar *sine die* en alcanzar un acuerdo o, incluso, una reconciliación, ¿quién vela por los derechos del menor?

## 1. LA CUSTODIA *DE FACTO* Y EL LIMBO JURÍDICO EN EL QUE SE ENCUENTRA EL MENOR. CRÍTICAS Y PROPUESTAS

Para comenzar, tras producirse la ruptura parental de hecho, uno de sus integrantes ha de tomar la decisión de solicitar las medidas previas. A veces,

ello lleva cierto tiempo, el mínimo indispensable para interiorizar y asimilar la ruptura (que no es poco y varía según las personas) y dar por imposible una reconciliación, en la cual se confía, en no pocas ocasiones, por el bien de los hijos. En el terreno de los sentimientos no existen plazos, pero lo cierto es que, en relación a la adopción judicial (en defecto de una convencional) de una medida sobre la guarda de los hijos, partimos de la obligada instancia de parte. Hasta que no se solicite, no habrá un régimen jurídico establecido respecto a los hijos, razón por la cual si el progenitor que, *de facto*, se hace custodio de los niños desde el momento que se produce la crisis parental puede, con absoluta (pero cruel) tranquilidad (pues nada está incumpliendo), impedir al otro progenitor verlos y estar en su compañía durante varios meses o, en cambio, hacerlo, pero a su puro antojo. Evidentemente, no tendrá prisa alguna en judicializar la situación si cuenta con un colchón económico (quizás, se lo ha ido procurando concienzudamente durante los meses anteriores a la decisión de romper la convivencia) que le permita adueñarse de sus hijos durante cierto tiempo con el fin de ejercer presión en el otro progenitor y, de este modo, alcanzar una suculenta propuesta de convenio regulador.

En la práctica, no es infrecuente esperar a que sea el otro quien dé el primer paso judicial, para provocar que, de algún modo, sea a él a quien los hijos puedan imputar (dicho coloquialmente, «culpar»), de por vida, la ruptura familiar. Al respecto, por dicho motivo o por cualesquiera otros, las estadísticas indican que el hombre es algo más reacio que la mujer a interponer la demanda. Según la citada Nota de prensa del INE sobre Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios de 2014, en lo que concierne a la presentación de la demanda, en el 56,8% de los casos esta fue presentada por ambos cónyuges, en el 27,5% por la esposa y en el 15,7% por el esposo.

También es cierto que, una vez asumida la ruptura y descartada absolutamente la reconciliación (lo que, como decimos, puede llevar meses), los intentos de negociación para lograr un convenio regulador satisfactorio para ambas partes requieren tiempo. ¿Qué ocurre con los hijos mientras se cruzan ofertas y contraofertas sus progenitores, quienes, a veces, involucran a aquellos en sus propias mezquindades, a las que, hasta entonces, eran completamente ajenos?

Es preciso solicitar, de inmediato, las medidas provisionalísimas, muy especialmente cuando la ruptura es altamente conflictiva y, además, concurren determinadas circunstancias que podrían agravar la situación familiar y, sobre todo, la del menor.

Imaginemos la ruptura de una pareja mixta con hijos en la que uno de sus integrantes es nacional de un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Si el progenitor extranjero, tras la ruptura parental, decide volver a su país de origen llevándose al niño consigo sin consentimiento del otro, al divorcio contencioso se ha sumado la sustracción internacional de un menor. En tales supuestos, esperar

al señalamiento de la comparecencia de las medidas previas o, incluso, de las contempladas en el artículo 158.1.3.<sup>o</sup> del Código Civil<sup>34</sup> (prohibición de salida del menor del territorio nacional; prohibición de la expedición de su pasaporte o, en su caso, retirada del mismo; y requerir previa autorización judicial para cualquier cambio de su domicilio), ante la lentitud de la justicia, ya puede ser demasiado tarde.

Dejando al margen tales casos, los cuales requerirían un extenso estudio monográfico, en el supuesto de que uno de los cónyuges tomara la decisión de solicitar los efectos y medidas (bien la mujer ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si se ha producido una situación de violencia de género, o bien, en otro caso, cualquiera de los dos ante el Juzgado de Familia-Primera Instancia del domicilio del solicitante)<sup>35</sup>, según dispone el artículo 771.2.<sup>o</sup> LEC, «*a la vista de la solicitud<sup>36</sup>, el Secretario judicial<sup>37</sup> citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes<sup>38</sup>, que señalará el Secretario judicial y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador»<sup>39</sup>.*

Al respecto, subrayamos que el plazo marcado por la ley para la celebración de la comparecencia es corto: diez días. Se trata de un plazo acorde con la naturaleza de las medidas y la necesidad de su resolución inmediata, pero, ¿se cumple?, ¿cuánto tarda, en realidad, el Juzgado en fijar la comparecencia? ¿Y si la solicitud se presenta en el mes de julio? Dado que, como es sabido, agosto es mes inhábil<sup>40</sup>, hasta septiembre no habrá comparecencia ni, por tanto, medida alguna sobre los hijos, de modo que el que hemos llamado «limbo jurídico» se prolongaría durante el periodo de las vacaciones estivales, sin que el progenitor no custodio *de facto* pudiera estar o siquiera ver (en periodo no lectivo, ni siquiera podrá acercarse al centro educativo en los horarios de entrada y salida al mismo) a sus hijos, ignorando, incluso, su paradero. ¿Y si se ha solicitado el nombramiento de abogado y procurador de turno de oficio? Habrá que esperar a las correspondientes designaciones antes del señalamiento de la comparecencia. Y mientras tanto, ¿qué ocurre con los hijos? ¿quién se preocupa (pero de verdad) por su bienestar emocional y psicológico?

El citado precepto de la Ley Rituaria continúa: «*de esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno».*

De este modo, el legislador ha previsto un cauce especial para los supuestos de urgencia que no deben identificarse con violencia familiar (los cuales han de encauzarse por la jurisdicción penal), contemplando la posibilidad de que el juez

acuerde, en el mismo Auto de admisión a trámite de las medidas provisionalísimas, «*si la urgencia del caso lo aconsejare*», los efectos del artículo 102 del Código Civil y aquello que considere procedente en relación con la custodia de los hijos, el uso de la vivienda y el ajuar familiar. Para ello ha de acreditarse debidamente la urgencia de tal petición<sup>41</sup>, y es, precisamente, en dicho término, «*urgencia*», y en su adecuada interpretación y probanza en donde encontramos un importante escollo forense, puesto que, en raras ocasiones, se adoptará una medida relativa a la guarda y custodia de los hijos, prefiriéndose esperar a la comparecencia de las partes.

Ello, de alguna manera, es comprensible, puesto que el órgano judicial poco o nada conoce acerca de la familia rota, contando tan solo, como elementos de juicio, con los datos contenidos en la solicitud formulada por uno de los progenitores (no dispone siquiera de la demanda), pero consideramos que, al igual que una propuesta de convenio regulador que incluya un plan de parentalidad perjudicial para los hijos no puede ser homologada por la autoridad judicial, el perjuicio a aquellos puede provenir también de la absoluta inexistencia de medidas establecidas sobre ellos por causa de la conflictiva situación en la que se encuentran sus padres, de ahí que, a nuestro juicio, sea importante que, siendo aquel conocido y detectado, el órgano jurisdiccional, oído el Ministerio Fiscal, deba adoptar unas medidas de custodia y visitas mínimas e imprescindibles para proteger la integridad psíquica y emocional del menor, pero también la del progenitor (y de su familia extensa) a quien el otro, sin motivo alguno, impide ejercer la patria potestad y sus funciones de responsabilidad parental, siéndole vetado todo vínculo afectivo con sus hijos, alejándolo de ellos y, en definitiva, destruyendo la relación paterno-filial. En un momento vital en el cual el reforzamiento de la comunicación y la estabilidad emocional del hijo son más importantes que nunca, pierde, a causa del enfrentamiento entre sus padres, todo contacto con uno de sus progenitores (y, a veces, con alguno de sus hermanos<sup>42</sup>).

Así las cosas, dado el limitado conocimiento acerca de la familia y la eficacia claudicante de las medidas, el órgano judicial debe ser restrictivo a la hora de adoptarlas (de este modo, por ejemplo, no creemos que, en este momento procesal, pueda decretarse un régimen de guarda y custodia compartida, dada la insuficiente información de la que dispone el juez, razón por la cual es lógico que lo posponga al procedimiento principal, al igual que otros aspectos contemplados en el art. 103 del Código Civil), pero algunas mínimas en relación a los niños (en cuanto al contacto del progenitor con sus hijos adolescentes, este resulta más fácil que con los que no tienen autonomía por razón de la edad) ha de establecer, sin dejar que la situación en la que, desgraciadamente, se encuentran se demore.

Recuérdese que lo importante y decisivo es solo y exclusivamente el interés más necesitado de protección: el de los hijos comunes menores de edad<sup>43</sup>. Y

si nos paramos a pensar, el artículo 102 del Código Civil establece un *status jurídico* entre los cónyuges en cuanto se rompe la pareja mediante la previsión de efectos que se van a producir automáticamente entre ellos, en tanto ¿cuál es el *status jurídico* de los hijos hasta que se produzca un pronunciamiento judicial? Ninguno.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 771.3.<sup>º</sup> LEC, si en el acto de la comparecencia no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o si dicho acuerdo, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que estos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio<sup>44</sup>. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el Secretario judicial señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.

Llegado el día de la celebración del acto de comparecencia, el progenitor demandado puede que no asista a la misma. Al respecto, en su párrafo 2.<sup>º</sup>, el 771.3.<sup>º</sup> LEC, prevé que «*a falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial*».

Repárese en que, según lo así dispuesto, la incomparecencia injustificada de alguno de los cónyuges no suspenderá el proceso, pudiendo (el precepto lo contempla como una facultad judicial) el Tribunal determinar como hechos ciertos los alegados por el cónyuge presente, en todo lo concerniente a sus peticiones sobre medidas «*de carácter patrimonial*» (esto es, las cuestiones regidas por el principio dispositivo), no, por consiguiente, las de índole personal, de modo que el cónyuge custodio *de facto* continuaría con dicha guarda, sin que el otro tuviera amparo judicial alguno para poder reclamar siquiera ver a sus hijos, de los cuales aquel ha decidido adueñarse y apartarlos, sin más, del otro progenitor.

Sin embargo, el citado precepto contempla el supuesto de falta de asistencia «*con causa justificada*». ¿Cómo ha de ser interpretada esta expresión legal? ¿Cuándo nos encontramos con una incomparecencia debidamente justificada? ¿Un certificado médico de una enfermedad? ¿de qué tipo? ¿un simple resfriado sería suficiente para su suspensión? ¿Y una operación de cirugía estética en un centro privado, programada voluntariamente para el mismo día señalado para la celebración del acto de comparecencia? ¿Y un viaje de placer intencionadamente planeado para no comparecer? En estos dos últimos casos, no parece que existiera una justificación suficiente para posponer la comparecencia, menos aun cuando hay hijos menores de edad y no se ha adoptado, desde la ruptura parental, medida alguna en relación a ellos.

Sin embargo, la realidad supera la ficción y cuando el abogado que asiste al cónyuge interesado en dilatar, a su conveniencia y con motivos espúreos, la situación familiar presenta un escrito de falta de asistencia de su cliente solici-

tando, en consecuencia, la suspensión de la comparecencia, nadie, absolutamente nadie (ni el secretario judicial, ni el juez, ni siquiera el fiscal de menores) repara en leerlo detenidamente y ver cuál es la causa de la no asistencia y si es o no justificada. Los juzgados, recuérdese, están colapsados (no tanto por las demandas de divorcio sino por las solicitudes de modificación de medidas, como consecuencia de la crisis económica en la que estamos inmersos desde hace unos años) y una comparecencia menos es gratamente bienvenida, pues permite que la mañana laboral no se eternice en exceso. No importa que los derechos de unos menores estén en juego. Suspendida una comparecencia, a continuación toca fijar otra fecha para la siguiente. Consultada la agenda del juez, podría celebrarse varios meses después de la inicialmente prevista y suspendida sin suficiente justificación.

No obstante, preciso es decir que no todo lo que sucede en el foro encuentra siempre necesaria justificación en el colapso judicial.

Mientras tanto, el cónyuge no compareciente está tomando el sol en una preciosa playa o bien, tras la ruptura, ha decidido comenzar una nueva vida sometiéndose a una operación estética de rinoplastia o liposucción (no es infrecuente pensar en un cambio de look en este tipo de situaciones). ¿Y los menores de edad? Puede que también en la playa o puede que, ante el postoperatorio del cónyuge custodio *de facto*, bajo la compañía de un familiar (tal vez, no idóneo para el cuidado de los menores), pero no del otro progenitor, a quien le sigue resultando imposible, jurídicamente, ver a sus propios hijos (salvo en la puerta del centro escolar) y, puede que cualquier intento al respecto venga, incluso, acompañado de amenazas. La situación, además de trágica, es absurda, pero absolutamente real.

Mientras tanto, hasta que llegue la segunda fecha del acto de comparecencia, ¿qué derechos tiene el cónyuge solicitante de las medidas? Ninguno. El progenitor custodio *de facto* nada está incumpliendo, dado que ningún régimen relativo a los hijos ha sido judicialmente establecido al respecto. ¿Y los derechos de los hijos? ¿Quién piensa en su bienestar psicológico y afectivo, el cual pasa, indudablemente y más aún en una difícil situación para ellos, por estar bajo la compañía de sus dos progenitores? ¿En qué situación jurídica se encuentran? En un auténtico y tremendo «limbo jurídico», durante el cual el progenitor a quien resulta imposible relacionarse con sus hijos no puede explicarles lo sucedido, en tanto que el que se ha apropiado de ellos tiene ocasión de hablar largo y tendido sobre lo ocurrido, darles su particular visión de las cosas e, incluso, alienarles (en ocasiones, con la inestimable ayuda de sus familiares) contra el otro progenitor, cuyas relaciones paterno-familiares han sido injusta y repentinamente mutiladas (así como las de otros parientes y allegados), por la simple decisión unilateral del otro. No hay guarda y custodia, ni visitas y, probablemente, ni siquiera, comunicaciones. A estas alturas, indudablemente el daño emocional irrogado al menor es ya irreversible.

Consideramos que el interés superior del menor (el cual debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, según establece el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo tenor literal ha sido recientemente modificado) debería obligar al órgano judicial a valorar adecuadamente la causa alegada para la incomparecencia del progenitor demandado (probablemente, el custodio *de facto* de los hijos, quien, de este modo, «mercadea» con aquellos y cree tener la sartén por el mango para presionar al otro con el fin de obtener el acuerdo más favorable a sus intereses) y, en caso de inconsistencia de aquella y, consiguiente, imputabilidad al cónyuge de su inasistencia, celebrar la comparecencia y, en su caso, adoptar *inaudita parte* unas medidas mínimas relativas a los hijos menores y mayores con capacidad judicialmente modificada, quienes tienen necesidades perentorias inaplazables que no pueden ser entorpecidas con argucias o artimañas dilatorias, debiéndose, además, apreciar la mala fe de la parte no compareciente con vistas al proceso principal.

En el supuesto de que la comparecencia se celebrara, el artículo 771.4.º LEC, dispone que finalizada esta o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquella, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante Auto, contra el que no se dará recurso alguno.

Por tanto, otro plazo breve: el Auto de medidas debe ser dictado en el plazo de tres días, el cual no es recurrible, de modo que las medidas son ejecutables inmediatamente<sup>45</sup>.

Como dispone el apartado 5.º del artículo 771 LEC, en concordancia con lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 104 del Código Civil, los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción (como ya vimos, a partir de la notificación del Auto) se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio.

A la vista de todo lo hasta aquí expuesto, hemos de señalar que es, sin duda, loable que el legislador tenga la intención de dar máxima celeridad a la resolución de la solicitud de medidas provisionalísimas (plazos cortos, imposibilidad de interponer recursos, etc.), pero los conceptos jurídicos indeterminados<sup>46</sup> y las lagunas legales detectadas son un portillo abierto a tretas y artimañas varias para dilatar, lo máximo posible, la fijación de medidas, a las que se suman las dificultades del día a día existentes en la práctica forense.

La vida de un menor no puede hacerse depender de las normas de reparto judicial, ni de la existencia de días y horas inhábiles, ni de la puesta en marcha de la lenta maquinaria judicial, ni de la mayor o menor sensibilidad de nuestros jueces y fiscales hacia la materia, ni de las triquiñuelas dilatorias del procedimiento matrimonial.

Por ello, por una parte, creemos susceptible de aplicación a aquellos supuestos en los existan hijos menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada cuyos derechos estén siendo gravemente vulnerados por uno de sus progenitores como consecuencia de una ruptura parental y los asuntos estén pendientes de reparto judicial, el artículo 70 LEC, según el cual *«los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable»*, si bien volvemos al requisito de la instancia de parte, al cual ya nos hemos referido. Hasta que no se judicializa la ruptura parental, los hijos parecen no existir.

Por otra parte, para la solicitud de medidas provisionales previas no pueden existir días ni horas inhábiles. Si, tras romperse la pareja (supongamos que en el mes de enero), pasa un tiempo hasta que uno de los dos progenitores se decide por formular la solicitud de medidas y lo hace, como hemos apuntado antes, en el mes de julio, hasta septiembre no podrá celebrarse el acto de comparecencia, lo que supondrá, tal vez, que el progenitor no custodio *de facto* (y sus parientes) pase unos siete u ocho meses (puede que, incluso, más, si se suspendiera el acto de comparecencia) sin poder ver ni estar en compañía de sus hijos. Creemos que la aplicación del artículo 131.2.<sup>o</sup> LEC, de conformidad con lo previsto en su apartado 1º, el cual dispone que *«se considerarán urgentes las actuaciones cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial»* permitiría, de alguna manera, evitar situaciones como estas, auténticos dramas humanos.

Además, en su caso, de una posible reclamación de responsabilidad civil patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia si concurren los presupuestos para ello, creemos viable jurídicamente el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual *ex artículo 1902 del Código Civil* tanto por el menor de edad como por el progenitor no custodio *de facto* por los daños ocasionados en sus relaciones paterno-filiales con anterioridad a la judicialización de la ruptura familiar con el fin de resarcirlos o compensarlos (difícilmente, repararlos)<sup>47</sup>.

Por último, se desconoce que, conforme al Tercer Protocolo facultativo de la Convención ONU sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones<sup>48</sup>, ratificado por el Estado español, el menor puede denunciar individualmente ante el Comité de los Derechos del Niño que están siendo violados sus derechos humanos y los mecanismos nacionales son insuficientes, como, a nuestro entender, es el caso objeto de nuestro análisis. La misma posibilidad está prevista en el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>49</sup>. Es lógico que tales posibilidades requieren que el menor o mayor con discapacidad denunciante tenga madurez suficiente para entender que sus derechos están siendo vulnerados y la trascendencia de

la presentación de su denuncia, razón por la cual no todos tendrán a su alcance la posibilidad de decidir dar dicho paso.

Por consiguiente, los derechos del menor y del mayor con capacidad judicialmente modificada, reconocidos explícitamente, deben ser tutelados y garantizados no solo nominalmente, sino de manera eficaz. En nuestro Ordenamiento jurídico existen mecanismos para ello, pero, tal vez, la dinámica deba ser otra distinta a la actual para lograr que la tutela judicial del menor sea verdaderamente efectiva.

## 2. LA EXPLORACIÓN DEL MENOR

El menor de edad tiene derecho a ser oído en un procedimiento judicial que le afecte *ex artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, precepto que ha recibido nueva redacción por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: «*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 como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación 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.*

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias 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.*

*2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

*Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*

*No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.*

*3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».*

Así las cosas, el juez tiene el deber de ofr siempre a los hijos menores o con capacidad judicialmente modificada, si tuvieran suficiente madurez, en todos los procesos en que deba adoptar pronunciamientos sobre medidas que les afecten y conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.

Al respecto, dada su enorme importancia práctica, es preciso dedicar unas líneas, aun de manera sucinta, a dicha audiencia, que se denomina exploración del menor<sup>50</sup>, la cual se realiza ante el órgano judicial y el Ministerio Fiscal, reservadamente conforme a los artículos 138 y 140 LEC<sup>51</sup>, sin asistencia de las partes ni de sus representantes o defensores y sin grabarse<sup>52</sup>, documentándose en ocasiones (no siempre) en un acta del cual no suele darse traslado a las partes, ocultando, incluso, a veces, la sentencia lo que el menor declaró.

Cierto es que la exploración del menor no es un medio de prueba, puesto que, con ella, no se trata de fijar ningún hecho controvertido a los efectos del proceso, sino de que el tribunal obtenga elementos de juicio con los que decidir, de la forma más adecuada, las cuestiones que afectan al interés de los hijos menores (aparte de que esa actuación pueda ser también el medio por el que estos últimos ejerçen el derecho a ser oídos), pero estimamos que contradice lo previsto en los artículos 140, 146 y 148 LEC, que regulan el deber de documentación de las actuaciones judiciales y el acceso a la información que contienen.

Si bien el artículo 770.4.º, párrafo 2.º LEC dispone que «en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oido en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario», ello no siempre se cumple en la práctica forense. En ocasiones, dicha exploración judicial del menor se realiza en condiciones incómodas, indignas y traumáticas, desde el punto de vista emocional, para el niño (en la misma Sala de vistas tras finalizar la comparecencia, con los progenitores dándole instrucciones en la puerta sobre lo que debe o no debe declarar, con el juez togado, etc.). Con el nuevo artículo 9 de

la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor se ha perdido una magnífica ocasión en cuanto a la necesaria regulación de cuándo, cómo y dónde ha de llevarse a cabo la exploración del menor.

Además del impacto psicológico sobre el menor (que no ha de pasarse por alto), la documentación resultante de la exploración del menor no se ajusta a la legalidad, impidiendo que las partes puedan acceder a su contenido y, en consecuencia, imposibilitándolas para valorar convenientemente la correspondiente motivación del procedimiento judicial, lo que dificulta también la labor del Tribunal de apelación al ahora de realizar un adecuado control jurisdiccional de la resolución dictada, absoluto hermetismo que conlleva una inadmisible indefensión jurídica<sup>53</sup>.

Y cuando se trata de un menor con discapacidad, ¿se intenta, en la práctica, conocer su voluntad, sus deseos? ¿se dedica el tiempo suficiente a que comprenda la situación vital por la que atraviesa a raíz de la ruptura de sus padres y a conocer su opinión acerca de aquella? El derecho del menor a ser oído y escuchado no puede ser cercenado por el hecho de tener una discapacidad.

Estimamos muy urgente regular convenientemente las condiciones idóneas de cómo ha de llevarse a cabo la exploración judicial del menor (tipo de dependencia, prohibir conversaciones de las partes con el menor antes de practicarse la diligencia, el modo en que han de ser formuladas las preguntas, grabación en soporte digital sin que el menor sea consciente de la misma, asistencia de un técnico del gabinete psicosocial cuando fuere necesario, documentación, etc.), de manera que aquellas no dependan de la mayor o menor sensibilidad del órgano judicial (y, por tanto, las normas de reparto resultan, sorprendentemente, determinantes para la vida de un menor) y se logre su uniformidad en la práctica forense, al tiempo que resulten debidamente garantizados el principio de contradicción y el derecho de defensa.

### 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

La legitimación para solicitar las medidas provisionalísimas corresponde, exclusivamente, a los progenitores del menor. Sin embargo, importante es tener en cuenta que el propio hijo, el juez (de oficio), cualquier pariente (p. ej. los abuelos) o el Ministerio Fiscal tienen la vía del artículo 158 del Código Civil<sup>54</sup>, el cual, hoy día, en la práctica, se ha convertido en la principal norma protectora del menor y en la cual se sustenta jurídicamente el derecho de relación hijo-progenitor no custodio ante la obstaculización de su ejercicio por parte del otro progenitor.

Las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil<sup>55</sup> se caracterizan por su carácter apremiante y necesario ante circunstancias excepcionales de peligro para el menor, pudiendo ser adoptadas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Así, como recientemente ha señalado el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Pamplona en el FJ 1.º de su Auto de 10 de febrero de 2015, cuando algún progenitor, pariente o tercero detecta una situación que puede comprometer o compromete el bienestar de un menor, puede dirigirse al juzgado con el objeto de que este, con carácter urgente, dictamine sobre la misma. Pero la utilización de esta vía debe hacerse con moderación, dado que la misma lo que no puede amparar es una modificación provisional de las medidas vigentes (para lo que se encuentra el cauce del art. 775.3 LEC<sup>56</sup>) o aplicarse para solucionar conflictos entre los progenitores respecto de una decisión que afecte a la descendencia menor de edad (para lo que se encuentra el cauce del art. 156 del Código Civil).

La actuación al amparo del artículo 158 del Código Civil debe regirse, por tanto, bajo los criterios del interés del menor, la urgencia y la inminencia de un peligro o perjuicio para aquél, debiendo limitarse su uso a los supuestos fácticos que exijan dicha respuesta tuitiva y urgente. Si no se dan estas tres premisas, no debe acudirse a la vía de dicho precepto, reservado para casos de necesidad y urgencia y no para aquellos que puedan ser resueltos por otra vía.

Pues bien, claro lo anterior, en caso de inasistencia del acto de comparecencia de medidas del progenitor custodio *de facto*, suspensión del mismo y fijación de una nueva fecha meses después, el no custodio podrá acudir a este cauce para reclamar auxilio judicial a fin de evitar perjuicios a sus hijos menores derivados del irregular ejercicio de la patria potestad. Diríamos que, a día de hoy, es la única posibilidad procesal que le queda al progenitor solicitante de medidas relativas a la custodia y visitas de sus hijos de obtener una decisión judicial, aun de carácter cautelar, que, por fin, oficialice, de alguna manera, la ruptura familiar, judicialización que el otro progenitor pretende, estratégicamente, dilatar lo máximo posible.

Papel crucial juega en estos casos, a nuestro entender, el Ministerio Fiscal, a quien corresponde «*intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provea de los mecanismos ordinarios de representación*» (art. 3.7.º de Ley 50/1981, 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)<sup>57</sup>.

#### 4. LA EVENTUAL VALIDEZ DEL CONVENIO REGULADOR NO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EN RELACIÓN A LAS MEDIDAS RELATIVAS A LOS HIJOS

Es evidente que, en estas páginas, estamos centrando la atención en los supuestos de rupturas parentales contenciosas, si bien, en las consensuadas o amistosas, también podemos plantearnos qué sucede con las medidas acordadas para los hijos menores o mayores con capacidad judicialmente modificada en un convenio regulador que no llega a ser judicialmente<sup>58</sup> homologado.

El interrogante que nos planteamos podría formularse del modo siguiente: ¿tienen validez las medidas de guarda y visitas de los hijos acordadas voluntariamente por los progenitores en un convenio regulador notarial que, con posterioridad, no resulta ratificado en el juzgado por uno de ellos?

La jurisprudencia ha venido caracterizando al convenio regulador como un negocio jurídico de Derecho de familia (arts. 1255 y 90 del Código Civil), de carácter contractual<sup>59</sup>, cuya eficacia se halla supeditada a la aprobación judicial, siendo la sentencia la que dota al convenio de las ventajas procesales al otorgarle carácter ejecutivo (art. 90, pfo. 2.º *in fine* del Código Civil: «desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio»)<sup>60</sup>. De este modo, la homologación judicial constituye la «*conditio iuris*» de la eficacia del convenio regulador y determina que las obligaciones derivadas del mismo se incorporen a la sentencia que se dicte, de forma que su contenido sea directamente ejecutivo, sin que sea preciso instar un procedimiento judicial en que recaiga sentencia que reconozca la eficacia del negocio jurídico suscrito y condene a los pactos asumidos.

Siendo ello así, hemos de tener en cuenta que, en ocasiones, una separación o un divorcio pueden comenzar siendo amistosos pero transformarse, ulteriormente, en contenciosos. ¿Tiene algún valor el convenio regulador no ratificado ante el juez en relación con los hijos o ha de esperarse hasta que se dicte el correspondiente pronunciamiento judicial, lo que puede llegar a tardar, en muchas ocasiones, más de un año?

Sabemos que dicho convenio regulador no tiene carácter ejecutivo alguno y, por tanto, no es vinculante, aunque sí, «*como negocio jurídico*»<sup>61</sup> con eficacia *inter partes* en cuanto a su contenido patrimonial, en virtud del principio de autonomía privada de la voluntad y del de buena fe contractual (y, en conexión con ella, la doctrina de los actos propios), pero no, en cambio, para las cuestiones de orden público, como las atinentes al régimen de guarda de los hijos, las cuales no son susceptibles de la libre disposición de las partes.

*Quid iuris* si suscrito el convenio regulador pero no homologado judicialmente, si en tanto dicha homologación se produce las partes comienzan a dar cumplimiento a las medidas relativas a los hijos pero uno de los progenitores cambia, repentinamente, de actitud (por ejemplo, tras descubrir que el otro tiene una nueva pareja) y el acuerdo amistoso deja de serlo impidiendo, desde dicho momento, al otro todo contacto con sus hijos?

Si bien nos gustaría responder, por el bien de los hijos y el principio del respeto a la palabra dada, que dicho documento debería tener eficacia jurídica (y, por tanto, fuerza vinculante y ejecutiva) en cuanto a las medidas acordadas relativas a las relaciones paterno-familiares que ya, incluso, han comenzado a llevarse a cabo voluntariamente por parte de los progenitores, la exigencia legal del control judicial homologador, junto a que tales cuestiones son materia indisponible (no así, en cambio, las de índole económica o patrimonial) nos lo impide, si bien tales pactos, actuaciones y actitudes estimamos que deberían

gozar de cierta consideración y peso al momento de adoptarse judicialmente las correspondientes medidas.

En relación a esta última idea, destacamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga de 27 de septiembre de 2012, en cuyo FJ. 2.<sup>º</sup> se contiene la cuestión a dilucidar por dicho órgano judicial: la naturaleza jurídica del acuerdo mediado que alcanzan las partes y su eficacia jurídica en un procedimiento de divorcio, habida cuenta que dicho acuerdo no fue trasladado al convenio regulador a que se refiere el artículo 90 del Código Civil ni el proceso tramitado por la vía consensual del artículo 777 LEC. A este respecto, el Juzgado señala que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en lo que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos Civiles y mercantiles llama «acta final» (art. 22-3) o «acuerdo de mediación» (art. 23) deben ser equiparados, en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente, siéndoles de aplicación la abundante jurisprudencia sobre la materia (por todas, STS de 15 de febrero de 2002). No obstante, ha de tenerse presente que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación tienen un «plus» de obligatoriedad, pues el artículo 23.3 de la precitada Ley 5/2012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación. Pero, sobre todo, esa obligatoriedad «reforzada» vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se desarrolla en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e, incluso, la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente. Esa «pureza» negocial puesta en relación con las numerosas referencias del Código Civil al «acuerdo de las partes» a la hora de fijar las medidas de los artículos 91 y siguientes en los procesos de familia (arts. 91, 92.5, 96 y 97.1.<sup>º</sup>), supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el juez de las medidas a que se refieren. O dicho de otra forma, que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acrelide, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores al proceso mediacional que justifiquen el que lo pactado por las partes, entonces, no debe ser ahora ratificado judicialmente.

## 5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO PENAL REQUIERE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA RUPTURA PARENTAL

En el ámbito civil, como acabamos de comprobar, se abandona al menor de edad a su suerte (o mejor, a la del progenitor custodio *de facto*) en tanto la ruptura parental no resulta formalmente judicializada.

Si acudimos al ámbito penal, el artículo 618.1 CP disponía, hasta su derogación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran».

Y continuaba en su apartado 2.º: «el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».

Por su parte, el artículo 622 CP, asimismo recientemente derogado, establecía: «los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».

Ante la posible confusión que generaba la redacción de ambos preceptos, la SAP de Cantabria (Sección 1.ª) de 15 de abril de 2010 aclaraba: «conforme al Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de esta Audiencia Provincial de seis de julio de dos mil seis, el artículo 618.2 del Código Penal castiga los incumplimientos de las obligaciones familiares distintas de los que conllevan el régimen de custodia de los hijos menores establecido por autoridad judicial o administrativa que son sancionables, incluidos los relativos al derecho de visitas, por el artículo 622 del Código Penal. Por tanto la conducta de impedir al padre la comunicación con su hijo, el incumplimiento del régimen de visitas sería sancionable por el artículo 622 del Código Penal y no por el 618.2 del Código Penal. Además, aunque está en el mismo Título del Código Penal que la castigada en el artículo 618.2, difícilmente puede ser considerada homogénea con esta, a los efectos de la doctrina de la pena justificada, pues si el artículo 618.2 castiga la vulneración de obligaciones relacionadas con las necesidades de los hijos, en el artículo 622 se castigan incumplimientos relacionados con el régimen de custodia, siendo distintos los bienes jurídicos protegidos y el artículo 622 contiene una pena más grave que la del artículo 618.2».

Así las cosas, la entrega de un menor por parte del progenitor no custodio al día siguiente de cuando debió hacerlo conforme al convenio regulador aprobado judicialmente era un hecho constitutivo de la falta prevista en el hoy derogado artículo 622 CP, en tanto que la conducta del progenitor custodio que impedía el régimen de visitas al no custodio era sancionada por el artículo 618.2 del mismo Cuerpo legal<sup>62</sup>.

Como puede comprobarse, también en el ámbito penal se partía de una ruptura parental judicializada, bien mediante convenio regulador judicialmente aprobado o bien mediante resolución judicial.

A lo anterior, ha de sumarse la reciente supresión de las faltas de nuestro CP<sup>63</sup>, de manera que ni aún judicializada la ruptura parental, existe, hoy día, reproche penal por tales incumplimientos (salvo lo previsto en el nuevo art. 172.3.º CP, en relación al delito de coacciones<sup>64</sup>), lo que hace que la situación de indefensión jurídica de un menor como consecuencia de la ruptura de sus progenitores, sea, si cabe, más preocupante todavía.

Al respecto, lo único que nos queda, en este ámbito, es acudir a lo dispuesto por el artículo 4.2.º CP: «*2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.*»

En definitiva, es absolutamente necesario que nuestros jueces y Tribunales actúen reclamando una adecuada protección de los derechos del menor. A ello ha de sumarse el papel crucial que ha de desempeñar en esta materia el Ministerio Fiscal, así como los abogados y los psicólogos.

### III. CONCLUSIONES

I. La legislación española actual y la aplicación práctica de la misma proporcionan, cuando se produce una ruptura parental (matrimonial o no) conflictiva, una deficiente protección a los miembros del grupo familiar más frágiles: los hijos menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada. Ello es debido a que no está prevista tutela alguna hasta que no recaiga un pronunciamiento judicial al respecto, el cual debe ser solicitado a instancia de parte, lo que provoca que durante cierto tiempo, en concreto, desde que se produce la ruptura de los progenitores hasta que esta resulta judicializada (que pueden ser varios meses, durante los cuales existe un auténtico «limbo jurídico») los derechos de los hijos sean absolutamente menospreciados y las relaciones paterno-filiales con el progenitor no custodio *de facto* injustamente mutiladas por el otro. La aplicación práctica de las normas relativas a las consecuencias inmediatas de una ruptura parental, a día de hoy, cumplen deficientemente su objetivo, dejando desprotegido jurídicamente al menor de edad, abandonado no a su suerte, sino a los intereses, preferencias y comodidades puramente egoístas de sus progenitores, lo que resulta de todo punto inadmisible. En definitiva, es urgente ofrecer una respuesta normativa adecuada a la defensa de los derechos del hijo menor de edad y mayor con capacidad judicialmente modificada y de su bienestar psíquico y emocional, así como lograr una profunda sensibilización

de los distintos operadores jurídicos y, en especial, de los jueces y fiscales y un consiguiente cambio de la dinámica judicial seguida hasta ahora (pues no todo lo que sucede en el foro encuentra siempre necesaria justificación en el colapso judicial). Los derechos del menor y del mayor con capacidad judicialmente modificada, reconocidos explícitamente, deben ser tutelados y garantizados no solo nominalmente, sino de manera eficaz.

II. El menor no es, ni mucho menos, patrimonio de sus padres y siempre es la víctima del enfrentamiento entre ambos, en el seno del cual sufre la más absoluta indefensión. Y en dicha situación de desprotección, hasta que se dicta el Auto de medidas provisionales ¿quién vela por él y por el respeto de sus derechos y de su personalidad mientras, si se nos permite la expresión, sus padres se tiran los trastos a la cabeza? Nadie, causándosele perjuicios de difícil o imposible reparación. La desprotección del menor de edad en la crisis parental no judicializada (puede no estarlo por diversos motivos) es preocupante y requiere que se articulen una serie de instrumentos y mecanismos eficaces para mantener, desde el mismo momento en que se rompe la pareja, las relaciones verticales (las paterno-filiales) y evitar posibles interferencias y manipulaciones en ellas.

III. El artículo 102 del Código Civil establece un *status jurídico* entre los cónyuges en cuanto se rompe la pareja mediante la previsión de efectos que se van a producir automáticamente entre ellos, en tanto ¿cuál es el *status jurídico* de los hijos hasta que se produzca un pronunciamiento judicial sobre la misma? Ninguno. Ha de cubrirse, urgentemente, el vacío de protección del menor actualmente existente en nuestro Ordenamiento jurídico. El interés y los derechos del hijo menor de edad o mayor con capacidad judicialmente modificada constituyen un bien jurídico protegido.

IV. Tras solicitar la adopción de medidas provisionales, si se tratara de un caso de urgencia, en el mismo Auto de admisión a trámite de las medidas provisionalísimas deben determinarse, incluso *inaudita parte*, los aspectos mínimos e imprescindibles relativos a la guarda y custodia de los hijos, a la fijación de un régimen de visitas y a su subsistencia, posponiendo para el procedimiento judicial las cuestiones previstas en el artículo 103 del Código Civil.

V. Fijada la fecha del acto de comparecencia de las partes para la adopción de medidas previas, ha de valorarse adecuadamente la «*causa justificada*» alegada por uno de los progenitores para no asistir a la misma con el fin de suspenderla y, de este modo, debe indagarse si lo que verdaderamente se pretende con ello es dilatar estratégicamente el procedimiento, lo que no perjudica más que a los hijos, cuyos derechos han de primar sobre los concretos intereses perseguidos por el progenitor no compareciente.

VI. La vida de un menor no puede hacerse depender de las normas de reparto judicial, ni de la existencia de días y horas inhábiles, ni de la puesta en marcha de la lenta maquinaria judicial, ni de la mayor o menor sensibilidad de nuestros jueces y fiscales, ni de las triquiñuelas dilatorias del procedimien-

to matrimonial. Por ello, por una parte, creemos susceptible de aplicación a aquellos supuestos en los existan menores de edad o mayores con capacidad judicialmente modificada cuyos derechos estén siendo gravemente vulnerados por uno de sus progenitores como consecuencia de una ruptura parental y los asuntos estén pendientes de reparto judicial, el artículo 70 LEC; por otra, el artículo 131.2.<sup>º</sup> LEC, que permitía evitar auténticos dramas humanos.

VII. Además, en su caso, de una posible reclamación de responsabilidad Civil patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia si concurren los presupuestos para ello, creemos viable jurídicamente el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual *ex artículo 1902 del Código Civil tanto por el menor de edad como por el progenitor no custodio de facto por los daños ocasionados en sus relaciones paterno-filiales con anterioridad a la judicialización de la ruptura familiar con el fin de resarcirlos o compensarlos (difícilmente, repararlos).*

VIII. Conforme al Tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, el menor puede denunciar ante el Comité de los Derechos del Niño que están siendo violados sus derechos humanos y los mecanismos nacionales son insuficientes. La misma posibilidad está prevista en el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

IX. Estimamos muy urgente regular convenientemente las condiciones idóneas de cómo ha de llevarse a cabo la exploración judicial del menor (tipo de dependencia, prohibir conversaciones de las partes con el menor antes de practicarse la diligencia, el modo en que han de ser formuladas las preguntas, grabación en soporte digital sin que el menor sea consciente de la misma, asistencia de un técnico del gabinete psico-social cuando fuere necesario, documentación, etc.), de manera que aquellas no dependan de la mayor o menor sensibilidad del órgano judicial (y, por tanto, las normas de reparto resultan, sorprendentemente, determinantes para la vida de un menor) y se logre su uniformidad en la práctica forense, al tiempo que resulten debidamente garantizados el principio de contradicción y el derecho de defensa.

X. Los acuerdos relativos a los hijos contenidas en un convenio regulador no homologado judicialmente solo tienen eficacia *inter partes*, si bien tanto los pactos como las actuaciones y actitudes estimamos que deberían gozar de cierta consideración y peso al momento de adoptarse judicialmente las correspondientes medidas.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

##### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 311/2000, de 18 de diciembre

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 31 de diciembre de 1982
- STS de 2 de mayo de 1983
- STS de 22 de abril de 1997
- STS de 27 de marzo de 2001
- STS de 15 de febrero de 2002
- STS de 9 de julio de 2003
- STS de 4 de noviembre de 2013
- STS de 29 de abril de 2013
- STS de 20 de octubre de 2014
- ATS de 18 de marzo de 2015
- STS de 10 de julio de 2015

TRIBUNALES SUPERIOR DE JUSTICIA

- Auto del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>) de 7 de febrero de 2013

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Castellón (Sección 1.<sup>a</sup>) de 14 de septiembre de 2001
- SAP de Tarragona (Sección 3.<sup>a</sup>), de 11 de abril de 2002
- SAP de Cantabria (Sección 3.<sup>a</sup>) de 12 de febrero de 2004
- AAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 20 de abril de 2004
- SAP de Almería (Sección 2.<sup>a</sup>) de 12 de noviembre de 2004
- AAP de Tarragona (Sección 1.<sup>a</sup>) de 7 de febrero de 2005
- SAP de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 2005
- SAP de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>) de 26 de octubre de 2005
- AAP de Zaragoza (Sección 5.<sup>a</sup>) de 15 de diciembre de 2005
- SAP de Badajoz de 8 de febrero de 2006
- SAP de A Coruña (Sección 6.<sup>a</sup>) de 15 de marzo de 2006
- SAP de Madrid (Sección 7.<sup>a</sup>) de 30 de septiembre de 2009
- SAP de Cantabria (Sección 1.<sup>a</sup>) de 15 de abril de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>) de 11 de febrero de 2013
- SAP de Toledo (Sección 1.<sup>a</sup>) de 23 de mayo de 2013
- SAP de Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2014
- SAP de Málaga (Sección 6.<sup>a</sup>) de 5 de febrero de 2015
- SAP de Madrid (Sección 20.<sup>a</sup>) de 23 de marzo de 2015

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI núm. 5 de Málaga de 27 de septiembre de 2012
- AJPI núm. 6.º de Valdemoro (Provincia de Madrid) de 3 de julio de 2014
- AJPI núm. 8 de Pamplona (Provincia de Navarra) de 10 de febrero de 2015

V. BIBLIOGRAFÍA

- BOSISIO, R. (2005). La percezione dei diritti nell'infanzia e nell'adolescenza. Una ricerca empirica, en *Sociologia del Diritto*, pp. 137-165.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª (1993). Comentario al artículo 102 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Madrid: Tecnos.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho Civil IV*. Madrid: Marcial Pons.
- LUNA SERRANO, A. (1990). *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, y RAMS ALBESA). Barcelona: Bosch.
- NAVAS NAVARRO, S. (2012). Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán), en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54 (BIB 2013, 14834).
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.). Madrid: Lex Nova.
- PICONTÓ NOVALES, T. (2009). Derechos de la infancia: Nuevo contexto, nuevos retos, en *Derechos y Libertades*, núm. 21, 57-93.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario a los artículos 102, 103 y 104 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- VIVAS TESÓN, I. (2011). La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares, en *RDPat.*, núm. 26, 335-347.
- (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales, en *RCDI*, núm. 745, 2510-2552.

NOTAS

<sup>1</sup> Si bien una interpretación literal del artículo 104 del Código Civil permite deducir que únicamente «*el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio*» puede pedir las medidas previas, lo cierto es que, a tenor del contenido de los artículos 748 y 770.6 LEC-2000, los efectos y medidas de los artículos 102 y 103 del Código Civil pueden ser solicitados por cualquiera de los progenitores (no necesariamente cónyuges) en aquellos supuestos en los que se solicite exclusivamente la guarda y custodia o alimentos en relación con menores, matrimoniales o no matrimoniales, por ello que en el presente trabajo prefiramos referirnos a «ruptura parental».

Asimismo, de lo dispuesto por el artículo 770.6 LEC se desprende que se tramitarán conforme al procedimiento matrimonial contencioso que en él se regula las pretensiones que

versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores habidos de uniones *more uxorio* o sobre alimentos reclamados por los progenitores en nombre de tales hijos, cuando no exista acuerdo entre las partes. En cuanto a las pretensiones de naturaleza patrimonial basadas en las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de una pareja de hecho, estas han de sustanciarse por el procedimiento declarativo correspondiente.

Al respecto, la SAP de Almería (Sección 2.<sup>a</sup>) de 12 de noviembre de 2004 afirma que «en el ámbito de los procesos especiales del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tan solo se contemplan, respecto de las relaciones extramatrimoniales, aquellas cuestiones que versen ‘exclusivamente’ sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados», de modo que, en el supuesto de ruptura de una pareja de hecho o *more uxorio*, no es admisible la demanda de medidas provisionales previas a una demanda relativa al uso de la vivienda, debiéndose, en tal caso, acudir al proceso ordinario.

En caso de modificación judicial de la capacidad (nueva terminología que sustituye a la «incapacitación») de uno de los cónyuges, está legitimado procesalmente su representante legal, tal y como reconoció el Tribunal Constitucional, en su sentencia 311/2000, de 18 de diciembre, al otorgar amparo a la madre y tutora de su hija incapacitada (casada y separada de hecho) en el ejercicio de la acción de separación matrimonial. Tras graves enfrentamientos entre la madre y su yerno por el uso que hacía este de los bienes de la incapaz, la primera, en calidad de tutora, presentó escrito en solicitud de autorización judicial para formular demanda y medidas de separación contra el esposo de la tutelada, la cual le fue concedida. Interpuesta demanda de separación en nombre de su hija solicitando la adopción de medidas provisionales, el Juzgado declaró no haber lugar a la adopción de las medidas provisionales al entender que la tutora no estaba legitimada para cursar tal pretensión, al constituir un acto personalísimo derivado de un derecho del mismo carácter, a lo que la madre formuló oposición, que fue desestimada. Paralelamente, fue dictada sentencia de separación, por la que se estimó la excepción procesal de falta de personalidad de la actora, alegada por el yerno, toda vez que «nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de carácter personalísimo en que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges». Desestimado el recurso de apelación, se interpone demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional con base en la vulneración de los artículos 14 y 24 CE (el artículo 49 no goza de amparo constitucional), reconociéndose que es cierto que la acción de separación matrimonial, como la de divorcio, es calificada por regla general como personalísima y así se viene entendiendo también por la doctrina del Tribunal Supremo, pero dicha calificación no puede ser absoluta si se pretende vincular con el respeto a otros derechos y bienes más acucentados e imperativos como son el beneficio del tutelado, el principio de igualdad, buena fe, equidad, tutela efectiva y protección de los más débiles en un Estado de Derecho. El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la estimación del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional otorga el amparo a la recurrente.

La citada sentencia es acompañada por un voto particular formulado por el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, cuya lectura resulta muy interesante, pues aborda, con mayor detenimiento que el propio fallo, la legitimación procesal indirecta del tutor en este supuesto, señalando que el artículo 104 del Código Civil, al referirse a la legitimación de los cónyuges no incluye la palabra «exclusividad» y abordando el concepto de «acción personalísima».

<sup>2</sup> Según la SAP de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>) de 26 de octubre de 2005, FJ. 1.<sup>o</sup>, «no se pueden pedir medidas provisionales previas a la demanda principal sobre materia ya regulada y resuelta con resolución firme; el régimen de visitas está tratado y convenido por las partes y aprobado dicho convenio regulador por sentencia firme de separación matrimonial; otra cosa, pero que no es el caso, es pedir medida provisional previa sobre materia no regulada anteriormente», aclarando, asimismo, que cuestión distinta es la modificación de una medida definitiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 775 LEC.

<sup>3</sup> La no exigibilidad actual de la nota de urgencia es destacada, entre otras, por la SAP de Castellón (Sección 1.<sup>a</sup>) de 14 de septiembre de 2001 y por la SAP de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 2005, así como por el Seminario «Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia», celebrado

los días 17 a 19 de noviembre de 2003 en Madrid, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Española de Abogados de Familia, en cuya conclusión 29.<sup>a</sup> se establece: «no puede exigirse el requisito de la urgencia para admitir a trámite la petición». Como señala PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). «Comentario al artículo 104 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.). Madrid: Lex Nova, p. 213. «se cuestiona en la práctica si actualmente los cónyuges tienen plena libertad para solicitar las medidas previas o sigue exigiéndose una causa justificada de urgencia para la adopción de las medidas. El criterio mayoritario en la práctica judicial es que si dentro del artículo 771 LEC ya se regula la situación de urgencia, la conclusión no puede ser otra que la obligatoriedad de que el tribunal admita todas las peticiones de medidas previas que se presenten sin que tenga que valorar si existe o no urgencia para su adopción».

<sup>4</sup> Para LUNA SERRANO, A. (1990). *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia* (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, RAMS ALBESA). Barcelona: Bosch, p. 259, tales medidas están destinadas a garantizar la conservación y gobierno de los intereses comunes de los esposos en discordia, las legítimas atenciones personales de cada uno y el cuidado de las personas y bienes de los hijos. Para el citado autor, se trata de medidas provisorias muy próximas a las cautelares, considerando que, sin dejar de tener un evidente aspecto cautelar, tienen un significado más profundo y de mayor alcance material y tuitivo, lo mismo en cuanto a la situación de los hijos que al domicilio y los bienes conyugales, estableciéndose respecto de estos últimos un sistema de goce y tenencia provisional para su duración, pero plenamente eficaz mientras rige.

Por su parte, señala VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 421. siguiendo a RIVERO, «este artículo solo requiere que se tenga la intención de demandar al otro cónyuge de nulidad, separación o divorcio, con una razón que le lleve a ello... La finalidad de esta norma parece ser la de asegurar los intereses del cónyuge y de los hijos cuando se propone demandar a otro; las medidas a las que se hace referencia deben ser solicitadas por el cónyuge interesado y se adoptarán, en principio, en beneficio del que las haya solicitado, salvo el interés de los hijos que debe ser siempre respetado».

<sup>5</sup> Como explica PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.). Madrid: Lex Nova, p. 209. en el artículo 102 del Código Civil el legislador entiende que «a partir de que se admite a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio las relaciones entre los cónyuges deben sufrir una modificación de forma automática y sin necesidad de que exista previa petición de parte. Los aspectos más importantes de estos efectos automáticos son la revocación de consentimientos y poderes y posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

<sup>6</sup> Para VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario al artículo 102 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 413, «los efectos que regula este artículo no se aplican en todo caso, no son de *ius cogens*, pues pueden ser sustituidos o modificados a iniciativa de los esposos por otras consecuencias o medidas que mejor atemperen a sus necesidades, como la misma norma prevé para alguno de ellos (deber de convivencia y vinculación de bienes privativos por el ejercicio de la potestad doméstica), sin que se pueda inducir una regla contraria sobre el que guarda silencio».

<sup>7</sup> El artículo 90 del Código Civil ha recibido nueva redacción por parte de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>8</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (1993). Comentario al artículo 103 Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 417, quien precisa al respecto: «en este punto se observa el reconocimiento de un amplio arbitrio judicial, que no se debe confundir con arbitrariedad (ya que no está exento de límites), pues el juez, además de seguir las prescripciones que contiene este artículo, ha de sujetarse a los principios que inspiran cada una de las relaciones sobre las que puede incidir y a las normas imperativas que las regulan».

Interesante resulta, en cuanto al régimen de visitas, la SAP de Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2014: «Téngase en consideración que los regímenes de visitas se fijan en el ámbito judicial siempre desde lo general, en aras a asegurar el mantenimiento del vínculo afectivo y apego al no custodio, siendo en todo caso de mínimos, o lo que es lo mismo, se regula lo indispensable al fin dicho, sin judicializar la totalidad de la problemática, ni hacerla extensiva a todos, a cada uno y a los más nimios detalles, y, por supuesto, en coyuntura de desacuerdo, sin que sea dable inflexibilidad que derive de quedarse en la literalidad de las palabras si concurrieran factores que justifiquen otros criterios de desarrollo, a los que ahora no se puede responder, pues dependerán en exclusiva de la casuística, debiendo en todo lo que no venga previsto, en lo que sea marginal o exceda de la sentencia, invitarse a los adultos, en situación de absoluta normalidad, pues en ninguno se aduce siquiera patología, al diálogo y consenso, alcanzando extrajudicialmente cuantos pactos consideren oportunos al respecto, en interés y beneficio de Justo y Segismundo, sus propios hijos» (FJ. 4.<sup>o</sup>).

<sup>9</sup> En el ya citado «Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia», los Jueces y Abogados de Familia consideraron que si el Auto de medidas se notificase en el mes de agosto, dicho plazo comenzará a contarse desde el primer día hábil de septiembre (conclusión 32.<sup>a</sup>).

<sup>10</sup> Sobre el cómputo del plazo se pronuncia el AAP de Navarra (Sección 2.<sup>a</sup>) de 16 de noviembre de 1998, en su FJ. 3.<sup>o</sup>: «considerando que, condicionada la validez y eficacia de las medidas provisionalísimas a que se interponga la demanda de separación en el plazo de 30 días, conforme a lo establecido en el artículo 104 párrafo 2.<sup>o</sup> del Código Civil, en el presente caso no se formuló dicha demanda en el indicado plazo, por lo que *ope legis*, dejaron de existir aquellas medidas que se acordaron en el Auto de 8 de octubre de 1997.

Debe señalarse a este respecto que no puede entenderse como día inicial del cómputo del plazo de 30 días el de firmeza del Auto de adopción de las medidas, sino el de dicho Auto o el de su notificación, pues es claro que aun cuando sea recurrido dicho Auto y no firme el mismo de modo inmediato, la demanda de separación deberá interponerse en el plazo de 30 días y no desde que fuere confirmado o revocado el Auto, sino desde la adopción de las iniciales medidas, que, en otro caso, quedarían sin efecto con independencia de la fecha de la firmeza del Auto, a la que, por tanto, no debe atenderse al objeto de inicio del cómputo del plazo que nos ocupa».

Sobre la base de lo dispuesto por el artículo 133.1 LEC-2000 («Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas»), tanto la doctrina (por todo, PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). Comentario al artículo 104 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.). Madrid: Lex Nova, p. 213) como los Jueces y Abogados de Familia en el Encuentro ya citado (conclusión 32.<sup>a</sup>) se inclinan por el inicio del cómputo del plazo desde la fecha de la notificación del Auto, puesto que una notificación tardía del Auto de medidas limitaría el plazo de que disponen las partes para interponer la demanda.

Acerca del carácter improrrogable o no del plazo de treinta días, *vid.*, SAP de Tarragona (Sección 3.<sup>a</sup>), de 11 de abril de 2002.

<sup>11</sup> En el supuesto de ser interpuesta demanda de separación, nulidad o divorcio antes de ser resueltas las medidas previas, se debería archivar este procedimiento y admitir la demanda principal.

<sup>12</sup> En tales casos, señala LUNA SERRANO, A. (1990). *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA). Barcelona: Bosch, p. 259, el precepto restaura automáticamente la situación anterior, produciéndose en su caso, si no vuelven a reunirse los cónyuges que vivían aparte, una situación de separación de hecho.

<sup>13</sup> AAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 20 de abril de 2004.

<sup>14</sup> La eficacia provisional de las medidas previas se confirma en lo dispuesto por el artículo 774.3.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup> LEC: «3. El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas

de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.

4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna».

Como señalan DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV. Madrid: Tecnos, p. 127. «la fase preliminar es brevíssima. Fundada exclusivamente en el propósito de demandar, no debe prolongarse».

<sup>15</sup> A nuestro entender, tal vez debiera revisarse y redefinirse el concepto «*menor de edad*», debiéndose distinguir legalmente entre «*niño/a*» y «*adolescente*», pues existen diferencias especialmente significativas entre uno y otro que impiden reunirlos, sin más, bajo un mismo grupo. Permitasenos apuntar como propuesta que «*niños*» podrían ser considerados los menores de edad hasta los 9 años, en tanto que «*adolescentes*» podrían serlo los chicos y chicas de 10 a 17 años. A tal idea responden, sin duda, la rubrica de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>16</sup> Consideramos importante destacar que dicha Ley modificó los derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho sobre la herencia de su cónyuge. El artículo 834 del Código Civil dispone tras la reforma de 2005: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora» y, por su parte, el artículo 945 del mismo Cuerpo legal, pasa a tener la siguiente redacción: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho».

<sup>17</sup> Según recoge NAVAS NAVARRO, S. (2012). Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán), en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54 (BIB 2013, 14834), «actualmente, son más las uniones de pareja que se extinguen que matrimonios que se separan o divorcian y, por tanto, hay un número mayor de menores que sufren la separación de sus padres no casados entre sí» citando, para respaldar dicha afirmación, a LAING, Karen, «Doing the right thing: cohabiting parents, separation and child contact», 20 International Journal of Law, Policy and the Family, 2006, pp. 169-180, así como a Manning, Wendy D., Smock, Pamela J., Majumdar, Debarun, «The relative stability of cohabiting and marital unions for children», 23 Population Research and Policy Review, 2004, pp. 135-159).

<sup>18</sup> Igualmente se prevé para la tutela, de modo que el artículo 268 del Código Civil pasa a disponer: «los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica».

<sup>19</sup> En relación a la familia fundada sobre el matrimonio, el llamado «*principio de unidad jurídica de la familia*», al cual se adscribía rigurosamente nuestro Código Civil, exigía un estatuto personal único, razón por la cual resultaba más que evidente que fuera la mujer casada la que debiese sacrificar su independencia y libertad por el hecho de casarse o estar casada y seguir la condición de su marido, por ello que le viniera impuesta la nacionalidad y vecindad Civil de este, debiendo adquirir, perder, recuperar o conservar las suyas propias a expensas de las que ostentara su marido, a cuyo favor se establecía asimismo la primacía designativa del domicilio conyugal (originarios artículos 14.4, 22 y 58 del Código Civil, respectivamente).

<sup>20</sup> Sentenza della Corte di Cassazione 10 de mayo de 2005, núm. 9801.

<sup>21</sup> Artículo 10.1 CE: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

<sup>22</sup> De un único derecho a ser protegido por los adultos (progenitores, educadores, instituciones, etc.) se ha pasado al reconocimiento explícito de derechos y libertades, como destaca

BOSISIO, R. (2005). «La percezione dei diritti nell'infanzia e nell'adolescenza. Una ricerca empirica», en *Sociologia del Diritto*, p. 137, «grazie ai nuovi orientamenti sull'infanzia, infatti, nei quali si attribuisce ai bambini un ruolo attivo nel processo di sviluppo, oggi i bambini e gli adolescenti non sono più considerati i meri destinatari del dovere degli adulti di proteggerli e di soddisfare i loro bisogni fondamentali, bensì titolari di diritti specifici».

<sup>23</sup> Como afirmábamos en nuestro trabajo publicado en esta misma Revista, VIVAS TE-SÓN, I. (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales, en *RCDI*, núm. 745, pp. 2511-2512, «basta realizar una mera lectura de algunos preceptos del Código Civil (CC) para darse cuenta del reconocimiento explícito de derechos al menor de edad en atención a su más que segura adquisición progresiva de madurez frente al llamativo silencio en relación a la persona con capacidad de obrar judicialmente modificada (a la que, suele privarse, incluso, con excesiva frecuencia y alegría en la práctica forense, de su derecho al sufragio activo, si bien, por suerte, existen cada vez son más las excepciones), como si el legislador tuviera la absoluta certeza de que no va a recuperar su plena capacidad (pese a estar expresamente prevista la revisión de la sentencia en el artículo 761.1 LEC), posibilidad esta que parece *ab initio* descartada.

Ello, a mi modesto entender, no tiene, hoy día, sentido alguno. ¿Qué justificación existe para reconocer al menor, en exclusividad, el derecho a ser oído siempre antes de adoptar decisiones que le afecten establecido por el artículo 154 Código Civil? ¿Por qué no existe una norma en nuestro Código Civil formulada en idénticos términos para la persona adulta frágil? ¿Y que los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo menor no emancipado resulten explícitamente exceptuados de la representación legal de la patria potestad *ex artículo 162.1 Código Civil*? ¿Y qué decir del principio del interés superior del menor? ¿No debería, a estas alturas, tener reflejo en la legislación Civil el igual de importante principio del superior interés de la persona con discapacidad?

<sup>24</sup> *Vid.*, Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

<sup>25</sup> La Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en artículo 7.2 dispone: «2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño».

Destacamos, asimismo, la nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para, como afirma en su Exposición de Motivos, reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario. Sin embargo, permítasenos poner de relieve que el interés superior del menor pasa a quedar regulado en un precepto, nada más y nada menos, que de dos páginas de extensión (por otra parte, injustificadas), lo que, a nuestro entender, dificulta la interpretación y aplicación de la norma por parte del operador jurídico.

<sup>26</sup> [http://www2.ohchr.org/English/bodies/erc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/English/bodies/erc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf).

<sup>27</sup> BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015.

<sup>28</sup> En este sentido, PICONTÓ NOVALES, T. (2009). Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos retos, en *Derechos y Libertades*, núm. 21, p. 59, para quien «el avance en el reconocimiento y desarrollo de mecanismos de protección de los derechos de los niños y adolescentes tiene todavía muchas tareas pendientes si se quiere pasar del reconocimiento a la efectividad de sus derechos».

<sup>29</sup> Para PICONTÓ NOVALES T. (2009). Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos retos, en *Derechos y Libertades*, núm. 21, p. 89, «en definitiva, tenemos que el avance en el reconocimiento y desarrollo de mecanismos de protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia aún deja muchos cabos sueltos. Carencias dramáticas que aún nos obligan a luchar por la supervivencia de muchas niñas y niños; a remover obstáculos y contextos que favorecen la violencia y la explotación contra los niños y las niñas; a eliminar la pobreza que cercena o limita su bienestar y contribuye a aumentar su vulnerabilidad; la utilización de los menores en conflictos bélicos o el desprecio absoluto de sus derechos ante los mismos;

a remover los nuevos obstáculos que impide la realización de la igualdad de niños y niñas en términos de género y entre los grupos, etc. Son todavía muchas las tareas pendientes si se quiere dar el salto real desde el reconocimiento a la efectividad de los derechos de la infancia y de la adolescencia».

<sup>30</sup> Puede consultarse en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>.

<sup>31</sup> FJ. 3.<sup>º</sup> del Auto del JPI núm. 6.<sup>º</sup> de Valdemoro (Provincia de Madrid) de 3 de julio de 2014.

<sup>32</sup> Como subrayan DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Madrid: Tecnos, p. 135, las medidas adoptadas judicialmente tienen carácter subsidiario respecto de los acuerdos de los cónyuges. Para LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho Civil IV*. Madrid: Marcial Pons, p. 132, la reforma de 1981 ha acentuado el rol de la autonomía privada en esta materia y los acuerdos de los cónyuges sobre las consecuencias de la ruptura serán determinantes con carácter general.

<sup>33</sup> En ocasiones, como destaca LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho Civil IV*. Madrid: Marcial Pons, p. 132, hay Abogados que parecen más interesados en acentuar las desavenencias matrimoniales que en alcanzar un punto de relativo equilibrio y pacificación entre los cónyuges, con las lógicas consecuencias negativas para ellos.

<sup>34</sup> Téngase en cuenta que el artículo 158 del Código Civil ha recibido nueva redacción, aunque no el apartado 3.<sup>º</sup> citado, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en concreto, dicha norma ha modificado el apartado 4.<sup>º</sup> y ha añadido los números 5.<sup>º</sup> y 6.<sup>º</sup>. Asimismo, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, norma que ha introducido el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC-2000, integrado por los artículos 778 *quáter* a 778 *sexies*, bajo la rúbrica «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional».

<sup>35</sup> Según dispone el artículo 771.1 LEC, «para formular esta solicitud no será precisa la intervención de procurador y abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior».

Resulta de interés el Auto del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>) de 7 de febrero de 2013, acerca de una cuestión de competencia acerca del proceso de medidas provisionales previas solicitadas por el padre ante el Juzgado correspondiente al domicilio familiar, siendo el suyo otro distinto al haberse marchado de aquél: «La cuestión de competencia se suscita entre los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 2 de Sta. Coloma de Farners y núm. 19 de Barcelona, en el proceso de medidas provisionales previas deducido por D. Teodulfo contra D.<sup>a</sup> Emma, debiéndose significar que:

A) Las medidas provisionales previas en un proceso de familiar fueron solicitadas por D. Teodulfo, con domicilio actual, en *Vid.*, reres, partido de Sta. Coloma de Farners, contra D.<sup>a</sup> Emma, domiciliada en Barcelona que era el último domicilio conyugal.

B) El artículo 771.1 LEC dispone que será el «tribunal de su domicilio» el Juzgado competente para conocer de las medidas provisionales previas en un proceso de familia. Se trata de un fuero no imperativo, a diferencia de lo previsto para el proceso principal, de conformidad con el artículo 769 LEC. Por tanto, ni pueden plantearse cuestiones de competencia, ni tampoco la parte deducir la correspondiente declinatoria. Ello es lógica consecuencia de la naturaleza urgente de estas medidas y su necesidad de resolución inmediata.

Refuerza esta tesis la propia redacción del artículo 771.1 LEC que establece una norma dispositiva «puede solicitar ante el Tribunal de su domicilio» así como sus antecedentes históricos contenidos en el artículo 1881 de la LEC de 1881 derogada, y

C) No obstante, planteada una cuestión de competencia de oficio, en el presente supuesto, la necesidad de dar una respuesta inmediata a la cuestión suscitada comporta y determina igualmente que sea el Juez del domicilio familiar quien conozca del asunto.

Téngase presente que cuando el artículo 771.1 LEC aboga por la competencia de «su» domicilio se encuentra reglando los supuestos más frecuentes que se dan en la práctica judicial como son la coincidencia de ambos domicilios (el del solicitante y el conyugal) al

hallarse vinculadas estas medidas, en la generalidad de los casos, con el cese inminente de la convivencia conyugal, pero cuando el solicitante se ha marchado del domicilio familiar, se ha ausentado o lo hubiera abandonado —sea por las razones que fuere— lo natural y lógico si es el propio solicitante quien presenta las medidas previas provisionales ante el que fue el domicilio conyugal con objeto de facilitar una rápida y pronta resolución de las medidas que afectan, en el presente supuesto, a ambos cónyuges y los hijos, la respuesta, a criterio de la Sala, no es sino declarar que el Juzgado competente debe ser ante quien se presentó la solicitud que coincide con el domicilio familiar».

Acerca de un conflicto de competencia territorial, *vid.* ATS de 18 de marzo de 2015.

<sup>36</sup> Destacamos la SAP de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 2005, la cual estima el recurso de apelación contra al Auto del JPI que inadmitió a trámite la solicitud de la adopción de medidas provisionales previas a la separación matrimonial *ex artículo 104 del Código Civil* ante la falta de urgencia y necesidad, lo que constituye, a entender del Tribunal, una medida ciertamente desacertada, dado que la procedencia o no de la adopción de medidas tales como la guarda y custodia del menor, la fijación de un régimen de visitas y el establecimiento de una pensión de carácter alimenticio en favor del descendiente y a cargo del otro progenitor, merecían de la admisión a trámite de tal pretensión de iniciación del procedimiento del artículo 771 LEC, debiendo haber citado a las partes a la comparecencia prevista en dicho precepto. Por consiguiente, revoca la resolución apelada, si bien reconoce la escasa trascendencia, en la práctica, del resultado del recurso, dado el inicio del proceso principal de separación matrimonial en donde cabe la adopción de las medidas coetáneas del artículo 103 del Código Civil.

<sup>37</sup> Es preciso tener en cuenta que, conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a partir su entrada en vigor el 1 de octubre de 2015, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales deberán entenderse hechas a Letrados de la Administración de Justicia.

<sup>38</sup> Destacamos la alusión al intento de alcanzar un acuerdo, inciso este añadido por la Ley 15/2005, de 8 de julio y en el que se da un papel activo al órgano jurisdiccional en la mediación entre las partes, limitándose a sugerir dicha posibilidad o, incluso, proponer alguna solución concreta.

<sup>39</sup> Recuérdese que para la presentación del escrito o solicitud inicial no será preceptiva la firma de abogado ni la firma de procurador.

<sup>40</sup> Conforme dispone el artículo 130 LEC, en sus apartados 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> «1. Las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles.

2. Son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, y los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto».

<sup>41</sup> En consonancia con lo dispuesto por el artículo 733.2.<sup>º</sup> LEC.

<sup>42</sup> Nos parece todo un acierto la nueva redacción del artículo 160.2 del Código Civil por parte de Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo tenor literal pasa a ser el siguiente, al contemplar, expresamente, la relación entre los hermanos: «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados...».

<sup>43</sup> De las numerosas sentencias que llaman la atención sobre el carácter todopoderoso del principio inspirador del «*favor filii*», podemos señalar las siguientes: SSTS de 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983, 27 de marzo de 2001, 9 de julio de 2003 y 29 de abril de 2013.

<sup>44</sup> Como señala la SAP de Badajoz de 8 de febrero de 2006, «asimismo conviene recordar que nos encontramos en un proceso cuyo objeto fundamental es establecer medidas relativas a los hijos menores de edad de los litigantes, una vez que se ha producido la ruptura de la relación de convivencia que mantenían los progenitores. En estos casos, el básico principio dispositivo que rige en el proceso Civil, no se aplica de manera estricta, pues en definitiva, lo que está en cuestión es el bienestar de los menores y lo primordial es atender a su mejor

interés; así, en materia de prueba, el Juez puede acordar diligencias incluso no pedidas por las partes, y también, en los procedimientos de separación o divorcio que se tramitan de mutuo acuerdo entre las partes, el Juzgador tiene la posibilidad de no aprobar alguna o algunas de las medidas que, en relación con los hijos menores o incapaces, propongan los padres» (FJ. 2.º).

En este sentido, la SAP de Málaga (Sección 6.º) de 5 de febrero de 2015: «esta Sala tiene reiterado que el carácter tutiivo y protector de los menores que posee nuestra legislación Civil, hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico-privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (arts. 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla *ex officio* a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado, y este carácter de la legislación española se acomoda a la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en cuyo articulado parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño —expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto—, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño”, declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Tales criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» (FJ. 2.º).

<sup>45</sup> Como señala el AAP de Tarragona (Sección 1.º) de 7 de febrero de 2005, en su FJ. 2.º: «el Auto en el que se fijan medidas provisionales es en sí mismo un Auto firme, pues por disposición legal expresa contenida en el artículo 771.2.2.º se excluye contra él todo recurso, lo que obliga a aplicar el artículo 207 LEC según la cual son firmes las resoluciones que no admiten recurso alguno por preverlo la ley».

Por su parte, el AAP de Zaragoza (Sección 5.º) de 15 de diciembre de 2005, en la que se dilucidaba si la ejecución de las medidas debe cumplir lo estipulado en el artículo 548 LEC al imponer la obligación de no despachar ejecución de las resoluciones judiciales hasta transcurridos veinte días desde su notificación al ejecutado, afirma, en su FJ. 1.º: «es de entender que en los supuestos de ejecución de medidas previas (art. 771,4 de la Ley de Enjuiciamiento) o de medidas provisionales (art. 773,3) no ha de guardarse el anterior término llamado de cortesía o de espera en atención a los derechos que quedan afectados y a las singularidades del procedimiento, considerando en primer lugar lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, al señalar que el interés de estos ha de primar sobre cualquier otro, en segundo lugar lo establecido en el artículo 738 de la Ley de Enjuiciamiento sobre cumplimiento inmediato de las medidas cautelares de cuya naturaleza participa sin duda la que se ejecuta en los presentes autos por razón de su misma provisionalidad, y en tercer lugar por lo señalado en los artículos 103 y 148 del Código Civil sobre la urgencia del derecho a recibir alimentos en los procesos matrimoniales, y por lo tanto el cumplimiento de lo acordado no puede tener dilación alguna».

<sup>46</sup> Los conceptos jurídicos indeterminados permiten, sin duda, su adaptación a cualquier situación litigiosa, si bien exigen que nuestros jueces y tribunales sean sumamente cautelosos a la hora de interpretarlos y de llenar de contenido concreto tales términos legales para evitar que, a través de una inadecuada exégesis de los mismos, resulte desprotegido el menor de edad frente a los intereses de los adultos.

<sup>47</sup> Para un mayor estudio acerca de los daños en las relaciones familiares, VIVAS TEÓN, I. (2011). La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares, en *RDPat.*, núm. 26. pp. 335-347.

<sup>48</sup> [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.36\\_Extract\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.36_Extract_sp.pdf).

<sup>49</sup> [https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/IV\\_15a\\_spanish.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/IV_15a_spanish.pdf)

<sup>50</sup> Acerca de ella, *vid.*, SSTS de 4 de noviembre de 2013, 20 de octubre de 2014 y 10 de julio de 2015.

<sup>51</sup> Ambos artículos han sido modificados por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

<sup>52</sup> El artículo 433.3.<sup>º</sup> *in fine* LECrim sí contempla la posibilidad de que el juez pueda acordar la grabación de la declaración del menor.

<sup>53</sup> En este sentido, se pronuncian, entre otras, la SAP de Cantabria (Sección 3.<sup>a</sup>) de 12 de febrero de 2004 y la SAP de A Coruña (Sección 6.<sup>a</sup>) de 15 de marzo de 2006.

En contra, la SAP Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>) de 11 de febrero de 2013 considera, en su FJ. 1.<sup>º</sup>, que la exploración del menor no es un medio de prueba y que, por consiguiente, su no traslado a las partes no produce indefensión alguna: «Al respecto cabe señalar que la exploración de menores no constituye un medio de prueba que deba ser sometida al principio de contradicción, sino una diligencia o actuación judicial que tiene como finalidad satisfacer el derecho del menor a ser oído, derecho que viene reconocido en el artículo 12 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992 (punto 8.14), Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores, adoptada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, art. 6 b), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, artículo 24, entre otros instrumentos internacionales y recogido también en nuestra legislación interna, concretamente en el artículo 211-6.2 del CCC y artículo 7 de la Llei d'Oportunitats i Drets de la Infància i l'Adolescència. Se alega por el apelante la vulneración de los artículos 358 y 359 de la LEC, pero en la exploración de menores, el menor no es el objeto reconocido sino el sujeto que ejerce un derecho. Los preceptos que se alegan como infringidos no son por tanto aplicables. La regulación procesal no contempla ninguna norma que determine cómo se lleva al proceso el contenido de la exploración de un menor, lo que ha dado lugar a distintas prácticas por parte de los Tribunales. En el proceso examinado el Juez no ha documentado el contenido de la exploración pero sí ha hecho referencia a dicho contenido en la sentencia. En cualquier caso, cabe señalar que no tratándose de un medio de prueba como se ha dicho, no es necesaria su valoración por las partes litigantes, lo que conduce a considerar que no se ha producido indefensión alguna por tal actuación».

<sup>54</sup> Según CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.<sup>a</sup> (1993). Comentario al artículo 102 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 554, «el origen de esta norma, nueva en el del Código Civil, está en los trabajos prelegislativos de 1978 en la CGC. Fundada en razones de necesidad —ya que, si no es deseable en principio la intervención judicial en la familia, puede ser necesaria a veces para salvaguardar los intereses del menor—, responde a orientaciones modernas perceptibles en el Derecho comparado».

<sup>55</sup> El apartado 4.<sup>º</sup> del artículo 158 del Código Civil ha recibido, recientemente, nueva redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>56</sup> Precepto cuyo tenor literal, como ya se ha indicado, ha sido modificado por la reciente Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>57</sup> La intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal, según dispone el artículo 749.2 LEC. Al respecto, ha de recordarse que en tales procedimientos el Ministerio Fiscal no es parte en sentido estricto, sino un funcionario o servidor público que

está obligado a intervenir con el fin de tutelar o amparar, de manera objetiva e imparcial, los derechos de quienes carecen de capacidad de obrar y, a tal fin, ha de hacer las peticiones y apreciaciones que estime oportunas.

<sup>38</sup> Téngase en cuenta que, tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tanto la separación como el divorcio de mutuo acuerdo pueden tramitarse extrajudicialmente ante Notario siempre que no haya hijos menores de edad ni con la capacidad judicialmente modificada que dependan de sus progenitores (arts. 82 y 86 del Código Civil).

<sup>39</sup> Según SAP de Madrid (Sección 20.<sup>a</sup>) de 23 de marzo de 2015, en su FJ 3.<sup>º</sup>, el convenio regulador es un negocio jurídico innombrado y atípico, que participa de la naturaleza de la transacción extrajudicial, y que se rige por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo, cuya validez quedará subordinada, no obstante, a que no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público (art. 1255 del Código Civil). En definitiva, nos encontramos ante un convenio que regula las relaciones económicas entre los cónyuges, y que resulta plenamente válido al regular materias perfectamente disponibles por las partes en virtud de los principios de libertad de pacto de los artículos 1255 y 1323 del Código Civil, que no requiere forma especial para su validez. Como todo convenio obliga a los contratantes, ya que el respeto a la palabra dada, *«pacta sunt servanda»*, constituye el eje de nuestro derecho obligacional. Quienes celebran un contrato en ejercicio de autonomía de la voluntad, se someten a una ley privada cuyo contenido determinan (art. 1091 del Código Civil), de tal modo que, en situación de conflicto y por razones de seguridad jurídica, debe protegerse al contratante que actúa confiado en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

<sup>40</sup> Por todas, STS. de 22 de abril de 1997.

<sup>41</sup> Entre otras, SSTS de 22 de abril de 1997 y 15 de febrero de 2002.

<sup>42</sup> SAP de Madrid (Sección 7.<sup>a</sup>) de 30 de septiembre de 2009 y SAP de Toledo (Sección 1.<sup>a</sup>) de 23 de mayo de 2013.

<sup>43</sup> Según el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y Civiles».

<sup>44</sup> Artículo 172.3.<sup>º</sup>, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: «Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho solo será persegurable mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior».

*(Trabajo recibido el 9-6-2015 y aceptado para su publicación el 17-6-2015)*