

Intervención judicial en las situaciones familiares

(Notas al Código Civil)

POR

ANTONIO REVERTE NAVARRO

S U M A R I O

PARTE PRIMERA.—INTERVENCION JUDICIAL EN DERECHO DE FAMILIA.

I. INTRODUCCION. II. ORDENAMIENTO JURIDICO Y FAMILIA. III. EL JUEZ EN LA REALIZACION DEL DERECHO DE FAMILIA. IV. DISCRETIONALIDAD JUDICIAL. V. DISCRETIONALIDAD Y VALORACION DE LA PRUEBA. VI. IMPORTANCIA DE SU FUNCION. VII. LINEAS GENERALES DE LA INTERVENCION. VIII. RECAPITULACION.

PARTE SEGUNDA.—INTERVENCION JUDICIAL EN LAS SITUACIONES FAMILIARES CONCRETAS.

CAP. PRIMERO.—PROMESA DE MATRIMONIO. I. RUPTURA SIN JUSTA CAUSA: DAÑOS INDEMNIZABLES Y DETERMINACION DE CUANTIA. II. JUSTAS CAUSAS DE RUPTURA DE LA PROMESA.

CAP. SEGUNDO.—AUTORIZACION JUDICIAL PARA CONTRAER MATRIMONIO. I. AUTORIZACION JUDICIAL SUBSIDIARIA. II. MOTIVO DE LA DENEGACION DE LA LICENCIA.

CAP. TERCERO.—DOMICILIO FAMILIAR. I. DEBER DE VIDA EN COMUN DE LOS ESPOSOS: DOMICILIO FAMILIAR. II. CRITERIOS PARA LA FIJACION DEL DOMICILIO.

CAP. CUARTO.—SEPARACION JUDICIAL Y NULIDAD DEL MATRIMONIO. I. EFECTOS CIVILES PRELIMINARES A LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA. A.—Medidas en relación a la mujer. B.—Medidas en relación a los hijos. C.—Medidas eco-



nómicas. II. EFECTOS CIVILES DURANTE EL PROCESO. A.—Medidas en relación a los cónyuges. B.—Medidas en relación a los hijos. a.—Ejercicio de la patria potestad. b.—Sobre su tutela. c.—Régimen de visitas. C.—Otras medidas. a.—Relativas a la administración de bienes. b.—Relativas al deber de mantenimiento. c.—Litis expensas. III. EFECTOS CIVILES DE LA EJECUTORIA DE SEPARACION. IV. EFECTOS CIVILES DE LA EJECUTORIA DE NULIDAD.

CAP. QUINTO.—DISPENSA DE IMPEDIMENTOS EN EL MATRIMONIO CIVIL.

CAP. SEXTO.—FILIACION. I.—EL HECHO DE LA POSESION DE ESTADO DE HIJO LEGITIMO. II.—APROBACION JUDICIAL EN EL RECONOCIMIENTO. III. DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD E INVESTIGACION DE PATERNIDAD.

CAP. SEPTIMO.—DEUDA DE ALIMENTOS. I. CONCEPTO SOCIOLOGICO-ECONOMICO DE LOS ALIMENTOS. II. ALCANCE Y LIMITES DE LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL JUEZ. A.—Importancia, a estos efectos, de la distinción entre alimentos civiles y naturales. B.—Varios obligados: determinación del sujeto pagador. C.—Determinación de su cuantía. D.—Variabilidad de los alimentos fijados. E.—Elección en la forma de prestarlos. F.—Las causas de extinción.

CAP. OCTAVO.—PATRIA POTESTAD. I. INTERVENCION DEL JUEZ EN EL AMBITO PERSONAL. A.—Examen del artículo 156 del Código civil. B.—Examen del artículo 157 del Código civil. C.—Límites a la actuación judicial. II. INTERVENCION DEL JUEZ EN EL AMBITO PATRIMONIAL. A.—En la formación de inventario de los bienes en administración y usufructo paterno. B.—En la enajenación de bienes. a.—Condiciones de la intervención judicial en la enajenación de bienes del artículo 164 del Código civil. b.—Efectos de la intervención judicial. C.—En el nombramiento del defensor judicial. a.—Designación del defensor. b.—Apreciación del interés contrapuesto. D.—En el artículo 166 del Código. III. EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD: EXAMEN DEL ARTICULO 171 DEL CODIGO CIVIL.

CAP. NOVENO.—EMANCIPACION JUDICIAL. I. SUPUESTOS DE LA INTERVENCION JUDICIAL. II. CRITERIOS PARA CONCEDERLA. III. CONTENIDO Y EFECTOS DE LA EMANCIPACION.

CAP. DECIMO.—ADOPCION. I. EN LA FASE JUDICIAL O EXPEDIENTE. A.—Valoración de la edad.—B.—Valoración del dato legal de "tener familia". C.—Valoración de las declaraciones de voluntad. D.—Valoración del hecho del abandono. II. INTERVENCION JUDICIAL EN LA ADOPCION CONSTITUIDA.

CAP. UNDECIMO.—AUSENCIA. I. EN LA DEFENSA DEL DESAPARECIDO. A.—Esfera personal. B.—Esfera patrimonial. II. EN LA AUSENCIA LEGAL. A.—La designación del representante. a.—Calificación de la persona del atribuido por la ley. b.—Nombramiento del representante dativo. B.—Actuación del representante. a.—Garantías. b.—Administración. c.—Disposición. d.—Remuneración.

CAP. DUODECIMO.—TUTELA. I. FUNCION DE LA AUTORIDAD JUDICIAL. II. FASE DE PROMOCION. III. INSPECCION Y FISCALIZACION. IV. EJERCICIO DE LA TUTELA Y RECURSOS. V. DELACION DEL CARGO DE TUTOR.

CAP. DECIMOTERCERO.—HABILITACION DE EDAD.

CAP. DECIMOCUARTO.—REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. I.—LA ADMINISTRACION Y LA DISPOSICION DE LOS BIENES GANANCIALES. II.—SEPARACION JUDICIAL DE BIENES. III. TRANSFERENCIA DE LA ADMINISTRACION A LA MUJER, EN DETERMINADAS SITUACIONES.

INDICE DE BIBLIOGRAFIA.

INDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

PARTE PRIMERA

INTERVENCION JUDICIAL EN DERECHO DE FAMILIA

I. INTRODUCCION

Para la mejor satisfacción de los fines e intereses familiares la norma jurídica concede a los jueces un «ámbito de confianza», de discrecionalidad, de arbitrio, para completar ciertos presupuestos de la misma o graduar sus consecuencias.

Las normas contienen una voluntad hipotética. De manera que tal voluntad, dirigida a los fines que las normas pretenden, existe antes de que empiece el proceso, e independientemente del mismo. Cuando surge el conflicto, el recurrir a los Tribunales no supone que las partes quieran que nazca a su favor una concreta voluntad de la Ley, sino obtener una declaración y un mandato, dirigido a la otra parte con el fin de concretar coactivamente un deber jurídico.

El juez no está facultado para elegir a su arbitrio la solución del conflicto, sino para *concretar* la norma, *mandando lo que la ley quiere*. Indagar la voluntad de la norma es un fenómeno jurídico anterior al conflicto.

Por eso ordena a las partes observar, como norma concreta, la voluntad abstracta de la norma, nacida antes del conflicto. De manera que el juez, aunque esté facultado para seguir en la solución un proceso lógico, ha de ajustarse a la norma conforme al viejo principio: *Iudes secundum scriptum legem iuste iudicent, non secundum arbitrium suum*, lo que modernamente, a veces, se traduce en un principio constitucional.

Sucede, sin embargo, que en ocasiones la facultad decisoria, según la norma, no es posible sin completar ciertos presupuestos que se confían al juzgador, atribuyéndole una conducta *in judicando*, con tal de que se ajuste a un cómo deber juzgar, o sea, que actúe —*in procedendo*— como marca la ley.

Con ese margen actúa el *arbitrio o discrecionalidad judicial*. Cosa distinta de su *libertad en la apreciación de la prueba* de los hechos,

que constituyen los *presupuestos de aplicación* de la ley, en todo caso.

El juez tiene un mayor o menor margen de libertad, según la manera como se le manda proceder; es decir, según le vinculen los «datos» normativos. Y así, en cuanto los posea, *procede* según la ley. Esto ocurre cuando la norma le manda proceder, por ejemplo, teniendo presente «las circunstancias del caso» (art. 68, 4.º, Código civil) o «razones de utilidad o necesidad» (art. 164 del mismo cuerpo legal), el «interés del menor», «del pupilo» o «de la familia» (arts. 58, 68, 4.º, 292), sin especificar el contenido de estos datos.

En este trabajo se pretende seleccionar y examinar aquellas situaciones familiares donde la norma, sea o no de forma explícita, ha concedido al juez la prerrogativa al comienzo aludida, e indagar el ámbito de la facultad conferida y los límites que la condicionan; límites que unas veces vienen expresados y otras habrá que deducirlos de la *ratio* del precepto. Es sugestivo el camino que abren estas prerrogativas judiciales, que conducen, en la práctica, a la solución del conflicto familiar y a la apreciación del interés que la norma estima más digno de protección.

II. ORDENAMIENTO JURIDICO Y FAMILIA

El Derecho de familia actúa sobre relaciones y situaciones que tienen una particular complejidad, no tanto por su contenido profundamente —y a veces dramáticamente— humano como porque se producen en el ámbito del grupo básico de la Sociedad organizada.

La exigencia de comportamientos y conductas éticas de los individuos de la familia no permite, la mayoría de las veces, encerrarla en unas normas rígidas porque no la penetran. La norma, cuando del Derecho de familia se trata, ha de buscar la realización de un equilibrio en el carácter íntimo de la familia, su «interna corporis», y la realización de los derechos individuales que la propia norma toma en consideración.

La familia, como grupo o comunidad natural, tiene su propia organización y derecho internos que la ley debe respetar. La intervención del Estado es admisible para remediar los abusos, proteger a los concretos miembros o a los más débiles o el interés de la familia, en general, en determinados casos, e intervenir las situaciones familiares de crisis o anormales (1).

(1) Hace medio siglo se afirmaba la conveniencia del intervencionismo estatal: «El movimiento intervencionista no puede menos de ser aprobado en tanto

La intervención del Estado no crea «Derecho de familia» sino las condiciones necesarias del bienestar *familiar* (normas fiscales, vivienda, etcétera) (2). La intervención judicial es distinta, porque intenta restablecer situaciones jurídicas o encauzar el bienestar individual dentro de la familia como comunidad de vida donde se realiza la persona.

Unos defienden el principio de autarquía familiar; consideran que debe huírse de toda intromisión del Estado en la vida de familia y robustecer los vínculos que de ella nacen y ampliar la esfera de sus atribuciones. Otros, por el contrario, creen que cada día ha de ampliarse más la esfera de acción del Estado, y que éste ha de realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, y, sobre todo, que la misión más alta, la del cuidado de los hijos, no puede dejarse en absoluto encomendada a la actuación familiar, pues «el Estado tiene un interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para él hom-

se inspire en un pensamiento de protección hacia los miembros más débiles de la sociedad. Únicamente es de desear, en primer lugar, que tenga el Estado órganos capaces de ejercer ese derecho de intervención y, después, que no se deje arrastrar por la tentación de aumentar sus atribuciones en detrimento de la autoridad paterna, olvidando que la familia es una sociedad natural, de la que el padre es el jefe» (PLANTOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, tomo II, París, 1926, pág. 4).

(2) La familia es núcleo fundamental de la población, uno de los elementos esenciales del Estado, con el territorio y la soberanía. Es tan natural como el municipio y adquiere singular y equivocada relevancia en las concepciones racistas (v. EISENER, *Rasse und familie*). Es un núcleo esencial y primario de la sociedad como lo define el tópico ciceroniano del «quasi seminarium rei publicae». De hecho, en todas las sociedades, la familia tiene la función de conservar la especie humana, y por tanto es manifiesto que «sociedad y familia encontrándose en relación de efecto a causa deben estar íntimamente ligadas entre sí, de tal modo que las formas más elevadas de la estructura familiar dependen de la situación de la sociedad y del estado de civilización que ésta ha alcanzado en un determinado período» (LESSONA, voz «Famiglia», *Enciclopedia Giuridica Italiana*, de Mancini, Milano, 1900).

La importancia de la familia *justifica* la intervención estatal hasta el punto que este hecho ha sido la concepción de Cicu para sacar el orden familiar del Derecho Privado.

Esta intervención se realiza de diversos modos y formas: Atendiendo a la constitución de la familia: a) favoreciéndola: ventajas a la nupcialidad (fiscales, financieras, préstamos) o desventajas para los célibes (recargos fiscales, recuerdo de las Leyes Julia y Papia Popea), etc.; b) vigilándola: para controlar la descendencia (certificado prenupcial sanitario), medidas restrictivas por seguridad del Estado (matrimonio de militares o de diplomáticos, etc.); c) creando familias artificiales: prohijamiento, colocación de hijos abandonados, adopción, etc. En cuanto a la subsistencia y conservación de la familia: a) a través del aumento de recursos económicos (patrimonios familiares, exenciones fiscales, salario y subsidio familiar, preferencia en viviendas arrendadas, protección de arrendatarios rústicos, etc.); b) bien mediante la suplencia en atenciones internas: cuidados maternos (guarderías infantiles), insuficiencia paterna (auxilio de la autoridad gubernativa en el derecho de corrección), obligatoriedad de la educación de los hijos (sanciones a los padres de tipo gubernativo, enseñanza obligatoria, tribunales tutelares de menores en función gubernativa, etc.). Sobre intervención estatal en familia, cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*. Discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1955.



bres útiles, y no tiene garantía suficiente de que, por la sola actuación de sus familiares, puedan llegar a serlo» (3).

Se ha mantenido, con una concepción individualista (4), que el Derecho sólo debe proteger y tutelar al sujeto en el ámbito familiar y limitar en lo posible su intervención para que no coarte o falsee las naturales exigencias humanas, morales y religiosas de las personas integradas en la familia.

La institución de la familia no puede desarrollarse solamente mediante la protección de cada cónyuge o de cada hijo aisladamente, sino en relación con la función social que cada componente de la familia está llamado y destinado a cumplir. Todo ello hace que «la metodología que ha de utilizar el intérprete, en general, y el juez, en particular, en los procesos del Derecho de familia sea muy diversa de la que utiliza en los procesos patrimoniales» (5).

El ordenamiento jurídico no penetra, por regla general, en la «interna corporis» de la familia. Dicta reglas para las situaciones de conflicto o establece guías abstractas de las conductas o del comportamiento familiar (deber de vida en común y de respeto mutuo de los esposos, de reverencia y respeto de los hijos, etc.), por lo que la aplicación —y consiguiente interpretación— de las normas, cuando los conflictos trascienden, se valoran a través de criterios muchas veces cambiantes, según las circunstancias.

Motivaciones y condicionamientos de tipo sociológico son los que han transformado la familia «extensa» o «patriarcal» en una «nuclear» o «conyugal», constituida por padres e hijos (6); pero a nuestro sentir

(3) DE BUEN, *Derecho civil español común; para oposiciones de Judicatura*, volumen II, 2.ª edición, págs. 7 y s.

(4) BIANCA, voz «Famiglia», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, págs. 72 y siguiente.

(5) GARCÍA CANTERO, *El Derecho de familia y el proceso*, Santiago de Compostela, 1971, cit. tomada de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo V (vol. 1, Madrid, 1976, pág. 55).

(6) Esta transformación, entre otras, se ha debido a que la familia «estricta» permite una mayor movilidad física; la influencia de la migración campo-ciudad o las realizadas al extranjero; el proceso que ha sufrido la educación: ahora es más fácil para los hijos el encontrar empleo para vivir y no depender tanto de su familia; el matrimonio entre miembros de distintas naciones; la reducción de la familia nuclear cada vez más al hogar; el cambio del status relativo a los componentes de la familia: la tendencia a la igualación del status de la madre, con el del padre y la propia realización, sin condicionamientos, de los hijos; el cambio de los amores sexuales: hay más relaciones prematrimoniales y menos prostitución; la mayor cantidad de rotura de hogares por separaciones de hecho o de derecho; el abandono de los ancianos, aunque en teoría exista una mayor atención, por falta de espacio, de economía, de movilidad por trabajo, etc.

Sobre las transformaciones sociológicas de la familia, v. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia, vol. I, Barcelona, 1974*, págs. 18 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1976, págs. 36 a 43, y bibliografía allí citada; SPROIT, *Grupos humanos*, Buenos Aires, 1973, págs. 62 y s. Sobre el modelo bur-

este profundo cambio ha contribuido, de alguna manera, a mantener, a su vez, más cerrado el «núcleo familiar» a toda ingerencia extraña. Cuanto más reducido sea el grupo familiar más fácil es huir de normas legales que disciplinen su gobierno y solucionen sus conflictos.

En los tiempos actuales la conciencia social no desea intromisión en el gobierno y dirección de la familia, ni la forma de actuación de sus componentes; sino que desea conservar la familia en su esencia, aunque acomodada y adecuada al momento histórico por la fuerza del impulso generacional, por el cambio ideológico y por la mutación de las condiciones del medio económico. No es dable al legislador (7) imponer un ordenamiento que contraste con el modo de sentir de la mayoría, o al intérprete y al juez, en particular, buscar la aplicación del existente fuera de aquel sentir. La realidad humana, cambiante como el hombre, es la que impregna las situaciones e instituciones del Derecho de familia, o al menos de muchas de ellas, y no es posible crear una armadura jurídica que la regule «in omne» y con rigurosa y agotadora normativa; se hace necesaria la remisión a las facultades discrecionales decisorias del juez.

La prerrogativa legalmente concedida no debe *sustituir* el poder-deber que correspondiera a la persona (8) en una concreta situación familiar, sino *acomodarlo* a las exigencias y realidades de la moderna familia.

III. EL JUEZ EN LA REALIZACION DEL DERECHO DE FAMILIA

En el Derecho de familia es donde con mayor intensidad se percibe la llamada que hace la ley al juez en la actuación y realización del Derecho. La propia ley señala los principios directivos y deja al juez la prudente apreciación y justa valoración de las circunstancias; le atribuye una potestad para constituir, modificar o perfeccionar relaciones jurídicas entre las partes; o bien subordina la aplicación de los principios a conceptos inciertos u oscilantes de contenido y valor social que

gués de familia, cfr. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, 1973.

(7) La familia no se reforma a golpes de leyes... en una reforma legislativa no es posible que el derecho antiguo sobreviva más o menos tiempo en los sentimientos y en la práctica, mientras no cambien las costumbres, mientras que la derogación sociológica no coincida con la jurídica (CARBONNIER, *Derecho flexible*, traducción de DÍEZ PICAZO, Madrid, 1974, pág. 158).

(8) BERTI (en «La riforma del diritto di famiglia», *Quaderni della Rivista de Diritto civile*, Padova, 1967, pág. 137) muestra su temor de que la discrecionalidad judicial pueda sustituir al poder-deber del familiar investido de la función protectora. Vid nota 1.

hacen posible el contacto entre el Derecho y la vida (9). Así, en el ámbito familiar existen normas que facultan al juez a decidir según las circunstancias del caso, según las justas causas, según los graves motivos o motivos especiales, etc. (cfr. arts. 44, 67, 4.º, 70, 6.º, 74, 2.º, 85, 173, 164, 181, 184, etc.).

También se dan normas que completan la legalidad de ciertos actos (cfr. arts. 164, 165, las de representación del menor o incapaz, etc.). Otras veces las normas operan con conceptos flexibles y elásticos y resumen concepciones de la vida social (10). Nos referimos a los conceptos de formación moral (art. 73), buena fe (arts. 69, 70), inocencia o culpa (art. 73), interés (art. 292), interés de la familia (art. 58), conveniencia (art. 173, in fine), solvencia o buenos antecedentes (arts. 181 y 184), buen padre de familia (art. 264, 4.º), caudal y necesidad (artículo 164), posición social de la familia o con arreglo a su condición (arts. 142, 264, 1.º); grave riesgo (art. 1.413); utilidad o necesidad (artículo 164); etc. (11).

El legislador no ha enmarcado la actividad interpretativa en unos cauces estrechos (12), pues como mantiene la Exposición de Motivos del nuevo texto del Título Preliminar del Código, en ningún caso es recomendable una fórmula hermética cerrada y rígida, y con mayor motivo en aquellas normas, como gran parte de las familiares.

(9) Cfr. FERRARA, FRANCESCO, «Potere legislativo e funzione del giudice», en *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1954, pág. 29 (extracto de la *Rivista di Diritto civile*, 1911).

(10) Para la manera de operar del fenómeno jurisprudencial, llenando de contenido estos conceptos, llamados por POLACCO órganos respiratorios del sistema positivo, cfr. DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil* (prólogo), vol. I, Madrid, 1966; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, 1977, págs. 174 y s. Este último autor cita, según la doctrina, como conceptos indeterminados los contenidos en los artículos 44, 58, 85, 145, 147, 1.103, 1.124, 3.º, 1.592, 1.594, etc., del Código civil, artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908, y artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Cfr., igualmente, REVERTE NAVARRO, *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1975, págs. 83 y s.

(11) Es posible que la incorporación de los conceptos válvulas o indeterminados al cuadro general del ordenamiento obedezca en el fondo a una especie de toma de conciencia de que vivimos una etapa de crisis de adaptación de las instituciones a los nuevos planteamientos socio-económicos, que exigirá una difícil revisión de la legislación obediente a unas directrices definitivas aún no precisadas, mientras se percibe, simultáneamente, que la opinión común intuye y siente, ya, de manera que no coincide en muchos aspectos con el clima social vigente cuando la norma se produjo (ROCA JUAN, *Comentarios a las reformas del Código civil*, art. 7, 2.º, vol. I, Madrid, 1977, pág. 383).

TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código civil*, art. 3, 1.º, vol. I, Madrid, 1977, pág. 165. La idea de equidad «aparece con frecuencia implicada en situaciones de tensión social, de cambio: en nombre de la equidad se lucha por un Derecho más justo».

(12) TORRALBA, *Comentarios a las reformas...*, ob. cit., pág. 165.

IV. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN DERECHO DE FAMILIA

Las facultades atribuidas legalmente al juez entran en el ámbito de discrecionalidad que ha de moverse en los *límites* o *datos* establecidos en la ley. El juez no actúa con facultades delegadas, pues no actúa *en lugar* del legislador, sino que debe completar los presupuestos, en cada caso, de las normas.

Ante el conflicto familiar el juez se enfrenta a un fenómeno real y verdadero decidiendo sobre un caso concreto, propio de la función judicial, debiendo, en consecuencia, buscar (de no existir en la ley explícitas prohibiciones y expresos límites) la solución más idónea y éticamente más adaptada para regular la conducta humana en sus contingentes hechos y comportamientos. El «bonus iudex», mantiene Cogliolo (13), no es el que decide con arreglo a una mal entendida piedad, sino «el juez práctico que adapta la norma a las exigencias de la vida», a la necesidad práctica o del caso.

Al juez se le provee normativamente de facultad discrecional para acomodar la decisión a la ley; es un «arbitrio de juicio» y no un «arbitrio de actuación» (14).

La incidencia judicial en el Derecho de familia puede presentar dos alternativas. Una, que su decisión venga expresamente determinada y reglada sin que pueda darse otro proceder que el predeterminado; el juez actuaría sin margen alguno de libertad para conformar la situación familiar. La otra alternativa le viene dada al remitir, implícita o explícitamente, la solución a su discrecionalidad o arbitrio, como el mejor instrumento para la reintegración del Derecho; la remisión a la discrecionalidad supone que el juez ha de proceder dentro de los márgenes que la propia norma determina. Cuando la norma no señale límite legal alguno la actuación judicial deberá acomodarse al fin de la norma, que obrará como límite genérico. De lo contrario la discrecionalidad se convertiría en arbitrariedad.

Los límites expresamente impuestos al juez varían según los supuestos en que incide su actuación. Los márgenes de ésta son más o menos amplios según la *materia* familiar: no tienen la misma trascendencia decisiones que afecten a las personas que a bienes; ni cuando versen sobre bienes muebles que sobre inmuebles. Lo mismo se puede afirmar del *momento* en que el juez intervenga: reviste mayor importancia la

(13) COGLIOLO, *Scritti vari di Diritto Privato*, vol. II, Torino, 1917, pág. 25, y en el mismo volumen «El bonus pater familias e l'arbitrium boni virii», pág. 156.

(14) Cfr. para esta distinción LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de GIMBERNAT, Barcelona, 1966, págs. 235 y s., y en especial pág. 240.

constitución de una situación jurídico-familiar (vgr.: adopción o tutela) que la llamada legal para intervenir en su desarrollo. Los márgenes de libertad son mayores para aprobar, por ejemplo, la adopción, que para intervenir en la enajenación de bienes de los menores o autorizar al cónyuge aquellos actos que excedan de la mera administración.

Bajo la expresión común de «discrecionalidad» se suelen comprender fenómenos que son en sí esencialmente diversos, como ha señalado Betti (15); de manera que la norma atribuye uno u otro tipo de discrecionalidad con la finalidad de la mejor satisfacción de los intereses protegidos.

a) DISCRECIONALIDAD ABSOLUTA

Referida ésta al poder legislativo no puede predicarse del judicial, al menos en la aplicación de las normas jurídicas familiares, pues aun cuando el juez «al desarrollar una valoración comparativa de los intereses concurrentes deduzca de las exigencias de la equidad la máxima de la decisión haciendo de legislador en el caso concreto» (16), en el ámbito familiar es la norma, y no el juez, la que determina aquella valoración de los concurrentes intereses al subordinar el particular al familiar (17).

b) DISCRECIONALIDAD PURA O CONDICIONADA AL INTERES A CONSEGUIR

Discrecionalidad en este supuesto es el margen de apreciación del interés superior para decidir la oportunidad de obrar o el contenido de la actividad cuando los límites dados por la norma a la potestad de obrar sean imprecisos, o lo que es lo mismo, cuando se señale una determinación imprecisa del interés jurídicamente protegido.

Es decir, margen de libertad, más o menos limitada, para apreciar el interés concreto suficiente para justificar su actuación, según criterios de oportunidad y conveniencia práctica, dentro del límite mínimo determinado por la ley. La ley establece la indicación del interés mí-

(15) Cfr. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción de J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, 1975, pág. 143.

(16) BETTI, *Interpretación de la...*, ob. cit., págs. 144 y 145.

(17) Cfr. así RUGGIERO y MAROI, *Istituzioni di Diritto civile*, vol. I, Milano-Messina, 1961, pág. 243.

El «interés de la familia» que el artículo 57 del Código ordena a tener en cuenta para la actuación de marido y mujer ha de ser, también, criterio interpretativo en toda actuación o intervención judicial. El ámbito contractual es más propicio para la valoración de los concurrentes intereses y de entre los iguales concurrentes, decidiendo en equidad, podrá hacer el juez de legislador para la solución del conflicto.

nimo, cuya existencia, al menos, exige para justificar una actuación concreta. Pero la intención de la ley no es exigir sólo la existencia de un interés mínimo, sino la existencia de un interés *suficiente* para desde un punto de vista de oportunidad y conveniencia práctica justificar la intervención de los Tribunales y sus decisiones.

En el fenómeno de la discrecionalidad administrativa el espacio de libertad, es decir, la elección entre las alternativas posibles, tampoco ha de hacerse arbitrariamente. Debe procederse según un «criterio de racionalidad teleológica para la mejor idoneidad de los medios o fines inmediatos, constituidos por líneas de conducta, para realizar la superior exigencia del interés público; precisamente, a través de una apreciación de racionalidad teleológica, la autoridad administrativa pone de su parte la máxima actuación, colocándose en el mismo plano que el legislador al valorar qué es lo que exige el interés público en la situación dada» (18), siendo propio de la potestad discrecional «la pluralidad de soluciones justas posibles, como consecuencia de su ejercicio» (19).

En la discrecionalidad judicial el juez no opera con criterios de oportunidad sino de Justicia y «ésta exige que los casos similares sean enjuiciados de manera igual» (20); en algunos supuestos del Derecho de familia al juez no le está vedado este tipo de discrecionalidad, pues ésta no varía por su esencia sino por la especie o naturaleza de los intereses que trate de satisfacer.

Si la discrecionalidad administrativa toma como premisa la conveniencia o la oportunidad, no significa que la judicial no tenga que recurrir a la conveniencia para satisfacer la Justicia (21).

(18) BETTI, *La interpretación de las leyes*, ob. cit., pág. 145; cfr. ALESSI, *Sistema institucional del Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960, págs. 207, 208, 210.

(19) GARCÍA ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo». *Cuaderno Civitas*, Madrid, 1974, pág. 35.

(20) Que la Administración en «un caso haga un determinado uso de su arbitrio no excluye que en otro caso, aunque sea análogo, haga un uso diferente. . . mientras que la Justicia exige que los casos similares sean enjuiciados de manera igual. Todo enjuiciamiento establece aquí, en principio, una medida, un «ejemplo» para futuros enjuiciamientos, reduciéndose así el espacio libre de juicio para el futuro, mientras que cuando se trata de un «arbitrio de actuación», el campo del arbitrio continúa siendo el mismo para todos los casos futuros... la decisión dentro del espacio libre para juzgar del juez «actúa interpretativamente» —es decir, sigue complementando el concepto también para casos futuros—, mientras que la decisión dentro del espacio libre de actuación, no» (LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pág. 240).

(21) Discrecionalidad judicial pura puede encontrarse en los supuestos: de la adopción (aunque concurren *todos* los requisitos legales el juez la aprobará si la estima conveniente al adoptado); en los alimentos (la fijación del quantum queda a la proporcionalidad que fijara el juez a la vista de otros datos legales); en la separación y nulidad del matrimonio (para determinar concretas medidas en beneficio de los hijos); en la patria potestad (para autorizar la emancipación del artículo 168 o para el visto bueno en la detención de los hijos); en la ausen-

c) DISCRECIONALIDAD BASADA EN DATOS TÉCNICOS

Este tipo de discrecionalidad es la que opera sobre la base de un presupuesto de hecho apreciable, según datos técnicos.

Dependerá de los datos técnico-médicos la extensión de la tutela, o de cuestiones técnico-económicas la «utilidad» de la enajenación de bienes de menores.

Aún demostrada y probada, sin embargo, la utilidad, el juez podrá denegar la autorización cuando estime que, aún así, no se protegería el interés del menor. De lo contrario podría pensarse que en este supuesto no habría discrecionalidad del juez, pues su actuación estaría *condicionada* a que se demostrara y probara técnicamente la «utilidad» de la enajenación y, en consecuencia, proceder forzosamente a la autorización. Este planteamiento es erróneo, pues el juez realiza una valoración de la *oportunidad* (propia de la actividad discrecional) a través de la apreciación de que sea *justificada la causa* —en interés del menor— la enajenación.

d) INTERVENCIÓN CORRECTORA DEL JUEZ

Existen supuestos donde al juez se conceden facultades discrecionales para examinar si la oportunidad y conveniencia de la actuación familiar es idónea para alcanzar el fin normativamente tutelado. Pensamos en los supuestos de los artículo 292 (poder examinar los Registros y adoptar determinaciones para defender los intereses de las personas sujetas a tutela), 155 y 171 (examinar el grado del castigo paterno) del Código civil.

e) INTERVENCIÓN JUDICIAL FRENTE A LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS

Por último, en la gran mayoría de situaciones, la norma faculta al juez para llenar de contenido los conceptos indeterminados y que condicionan de algún modo las consecuencias jurídicas al completar discrecionalmente el presupuesto de hecho. En estas situaciones la actividad judicial, no desprovista de libre apreciación, realiza más bien una actividad interpretativa; ha de procurar aclarar conceptos, como «conveniencia del adoptado», «utilidad» o «necesidad» de la enajenación de bienes de menores, «defensa de los intereses» de las personas sometidas a tutela, «intereses de la familia», etc., recurriendo al estado actual de

cia (nombramiento de defensor, designación de representante en persona solvente); etc.

la «conciencia jurídica de una sociedad», las «necesidades de la vida», las nociones vigentes de «la moral», la «naturaleza de las cosas», la «realidad social», la «igualdad», etc. (22). En la actuación del juez dentro del Derecho de familia es donde con mayor intensidad se aprecia la unión de la «tutela de los intereses» y el «fin de la norma».

No hay un solo tipo de discrecionalidad concedida al juez para incidir en las distintas situaciones familiares. La norma ha estimado aconsejable delegar en el juez diversa prerrogativa según la materia, el contenido, el ámbito personal o patrimonial o el carácter normal o anormal de la situación familiar (o matrimonial) para que se pueda en cada momento, atendiendo a criterios de oportunidad, conveniencia o circunstancias especiales, proteger el interés que la norma tomara en consideración.

La discrecionalidad judicial supone siempre una actividad más o menos reglada. Lo discrecional y lo reglado no puede definirse «a priori», ni por la naturaleza del acto, sino confrontando con la legislación vigente cada uno de los *elementos* constitutivos de dicho acto (23). La prerrogativa que ostenta el juez ha de moverse forzosamente en nuestro sistema continental de Derecho dentro del *marco legal* (24), por lo cual es objeto de control por los Tribunales superiores (25).

(22) Cfr. PERITCH y BLAGOLEVITCH, «Sulla limitazione dei poteri del giudice», *Rivista Diritto Privato*, tomo IX, 1939, pág. 230; STEIN, *El conocimiento privado del juez*, traducción de DE LA OLIVA, Pamplona, 1973, págs. 58 y 182.

(23) Cfr. desde el plano del Derecho Administrativo, ARIAS DE VELASCO, «Lo discrecional y lo reglado en los actos administrativos», *Rev. de Derecho Público*, febrero, 1932, especialmente págs. 37 y s.

(24) Toda actividad interpretativa ha de realizarse en atención a la finalidad de la norma. La prerrogativa concedida al juez no es ni puede ser usada según su capricho o arbitrariedad. Mantenía ESCRICHE (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz «arbitrio judicial», tomo 1.º, pág. 323) que el arbitrio judicial no es ni puede ser un arbitrio libre y absoluto; es un arbitrio regulado por la Ciencia del Derecho.

(25) TORRALBA, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, mantiene respecto de los conceptos indeterminados (dado que la constatación de los mismos implica un proceso de juicio o estimación que cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación; parece posible afirmar que la apreciación de la existencia o no de un concepto indeterminado, así como la determinación valorativa de un concepto normativo, realizada por los Tribunales inferiores, debe poder ser examinado por el Tribunal Supremo a través de la casación. Como dice PRIETO CASTRO, es cuestión jurídica el trabajo de integración de la norma indeterminada, flexible o que contiene una cláusula general; por ello, añade, debe ser objeto de control por el Tribunal Supremo. (TORRALBA, *Comentarios a las reformas...*, ob. cit., pág. 178. Las citas que hace de García de Enterría y Prieto Castro se pueden encontrar en: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Madrid, 1974, pág. 38, y *Derecho Procesal civil*, tomo II, Madrid, 1956, pág. 361, respectivamente).

V. DISCRECIONALIDAD Y VALORACION DE LAS PRUEBAS

A propósito de la determinación de la cuantía de los alimentos se ha puesto de relieve (26) la necesidad de diferenciar y considerar separadamente la convicción del juez acerca de los hechos de la libre apreciación de las pruebas, lo que supone ya completar una situación *ad arbitrium iudicis* como consecuencia de la valoración de esos datos de hecho...; así el poder discrecional versa aparentemente sólo sobre este extremo, porque la comprobación de los datos de hecho no es más que la normal aplicación del principio general de libertad en la apreciación de las pruebas. Pero el autor, Roca Juan, se plantea la duda de que acaso esa diferenciación descansa solamente en algo más aparente que real, a pesar de la trascendencia que tiene, porque la ley al incorporar tales expresiones al texto positivo las «convierte en verdaderas nociones legales, ya que constituyen elementos de la norma y participan de su carácter» (27), y continúa que como tales expresiones no son definidas en ella, y encierran significados diversos y movedizos, «el criterio que el juez adopte acerca de su significado parece que va más allá de la simple constatación de los hechos, y cae también de lleno en el área del poder discrecional».

La observación puede aplicarse a otras expresiones legales; por ejemplo, la «conveniencia del adoptado» es expresión legal que entra de lleno en el área del poder discrecional de los jueces. No se llegaría al mismo resultado de entenderse que conveniencia del adoptado es equivalente a vivir en familia, o que lo sea en una que tiene descendencia, si es tener holgados medios de subsistencia el adoptante o proporcionarle un hogar al adoptado, con el beneficio espiritual de vivir en una familia aunque el adoptante obtuviera provecho de la adopción; es también conveniente la adopción cuando sea medio de constituir una situación jurídica «familiar», que de otra forma no podría operarse, etc.

Cuando se trate de necesidad o «utilidad» como causa justificada para la enajenación de bienes de menores se podría decir otro tanto: «utilidad» puede significar lo equivalente a obtener mayores rentas, permutarlo por un bien más productivo o de más difícil depreciación o de mayor revalorización, etc.; «necesidad» es sólo aquella que se cubre con la enajenación de forma inmediata, o también las que son cu-

(26) ROCA JUAN, *Notas sobre...*, ob. cit., Anales de la Universidad de La Laguna, 1971, págs. 8 y 9.

(27) ROCA JUAN, *Notas sobre...*, ob. cit., pág. 9, según citas que hace de MARTY (*La distinction du fait et du droit devant la Court de Casation*, Toulouse, 1929, página 115) y BOLAND («La notion d'urgence dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique», en *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, pág. 187).

biertas a largo plazo (vg.: estudios universitarios); puede ser necesidad la que atiende al titular de los bienes, pero también, en casos, a otro miembro de su familia, etc. (28). De forma semejante procede el juez en otras situaciones familiares: patria potestad, tutela, etc.

En conclusión, tiene que existir un margen de libertad o una esfera de discrecionalidad cada vez que la ley atribuya al juez la potestad de decidir basándose en presupuestos flexibles y, por tanto, dejándole la posibilidad de determinar su decisión en atención a la peculiaridad del particular caso para la mejor satisfacción de los fines, según principios de Justicia, a través de la apreciación de la certeza de los hechos controvertidos o alegados en el proceso (29).

Podría objetarse que el margen de libertad judicial está marcado por la certeza de los hechos probados, pero también es verdad que en los procesos del Derecho de familia la libertad dejada a los jueces y Tribunales no lo es sólo para apreciar la prueba con arreglo a los principios de la libertad de apreciación (30) propios de todo proceso contencioso o no, sino para lograr el *resultado material* que la norma desea y persigue en cada una de las concretas situaciones familiares, la *ratio iuris* del precepto legal (31). La prueba ha de enfocarse como

(28) La discrecionalidad del juez, en estos casos, no significa que pueda o deba prescindir de los criterios deducidos de la Ciencia económica. La Ciencia económica puede demostrar la «utilidad» de la enajenación del bien del menor, pero la decisión judicial no queda vinculada por ello; si así fuera nos moveríamos en el campo de la prueba y no de la discrecionalidad. En ésta, el proceder judicial junto al hecho probado ha de poner el dato legal de la justificación de la causa de enajenación a fin de emitir su decisión, que por lo mismo se mueve en el ámbito de la discrecionalidad: podrá haber utilidad, pero no por ello vendrá justificada la enajenación.

Sobre discrecionalidad basada en datos técnicos, cfr. MORTATI, voz «Discrezionalità», en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo V, Torino, (1960, pág. 1108; PIRAS, «Discrezionalità amministrativa», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XIII, Milano, 1964, página 87; ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960, págs. 210 y s.

(29) Cfr. MORTATI, «Discrezionalità», *Novissimo Digesto italiano*, tomo V, Torino, 1960, pág. 1109. En este interesante trabajo (páginas 1098 a 1110) se intenta acoger un concepto unitario de discrecionalidad que sirva para explicar actividades de los particulares, de los órganos judiciales y actividades normativas de rango secundario (administrativas).

(30) SENTÍS MELENDO (*Valoración de la prueba*, libro homenaje a ROCA SASTRE, volumen III, Madrid, 1976, págs. 862 y 863) afirma que no se trata que el juez posea «profundos conocimientos de derecho, de conciencia jurídica, de ese juez especialista en cuestiones de Derecho... se trata del juez con buen criterio, de aquel juez en quien predomina la rápida intuición humana sobre las dotes de inteligencia, el juez que posee el sentido de la justicia, mediante el cual se aprecian los hechos y se siente rápidamente de qué parte está la razón; el juez debe ser no hombre mediocre, pero sí hombre medio... eso es lo que debe ser el juez, más aún que alto jurista, para llegar a apreciar las pruebas de acuerdo a reglas de sana crítica».

(31) Como mantienen Díez PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1975, pág. 186), la interpretación objetiva constituye el sistema más idóneo para completar y facilitar el progreso del ordenamiento jurídico. Sólo esta

medio o camino que establecen los presupuestos; la discrecionalidad ha de estudiarse desde el *fin o la meta* que persigue la norma.

Prueba, interpretación y decisión están fusionadas en el mismo proceso lógico, como actos de la aplicación del Derecho y búsqueda de la verdad material (32).

En el ámbito familiar se hacen más visibles las afirmaciones de Díez Picazo (33) al destacar que «la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* no se produce casi nunca de una manera absoluta, ya que al interpretar la *questio facti* se está llevando a cabo muchas veces una operación de valoración jurídica, lo mismo que al interpretar las normas no pueden perderse de vista los hechos... pues la escisión entre los he-

interpretación es capaz de hacer frente a problemas planteados por fenómenos y situaciones que el legislador histórico no ha conocido ni ha tenido por qué conocer. El intérprete debe adaptar incesantemente el ordenamiento jurídico, que está él mismo en incesante renovación, pues dentro de él cada nueva disposición irradia una fuerza nueva sobre las anteriores y, en definitiva, sobre el entero conjunto».

La Ley, mantiene COGLIOLO (*Scritti varii di Diritto Privato*, vol. I, Milano, 1917, página 43), debe ser interpretada según el pensamiento que ella revela y según las razones de Derecho que en ella se contienen. En el Derecho vigente la Ley contiene su pensamiento vivo: la palabra del legislador está viva y actual.

(32) La búsqueda del interés familiar, por la esencia de la función judicial, se realiza a través de la interpretación. Es decir, a través de un procedimiento de juicio y valoración y no volitivo. El juez concretiza en su sentencia la norma general y abstracta. Acomoda la abstracción de la decisión o sentencia judicial, como norma concreta, se ha de referir a la misma realidad que la contenida en las normas generales y abstractas a través de la propia naturaleza de las cosas y en particular de la situación familiar. Toda la síntesis de lo abstracto y de lo concreto se percibe a través de la «valoración», juicio de valor, que acompaña a toda interpretación. El fin de los valores abstractos están presentes en el caso concreto (cfr. ANDRÉ-VICENT, I., «L'abstrait et le concret dans l'interprétation», en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo XVII, París, 1972, págs. 145 y 146). Como afirmaba PUGLIATTI (*Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, pág. 51), el acto legislativo es un pasado, que el juez debe hacer presente, para dictar su decisión, y debe hacerlo presente en relación al caso concreto de la vida sometido a su decisión y a la realidad social en el momento en que se desarrolla y que debe de valorar y de juzgar.

El juicio de valor desarrollado por el juez debe hacerse, ante todo, referido «a las concepciones dominantes en la conciencia social de la época en que la norma fue promulgada y así volver a encontrar la valoración legislativa en ella inmanente y latente; después de tener en cuenta las modificaciones de las orientaciones normativas surgidas en el ambiente en que la norma ha tenido vigor, sólo así estará en grado de entenderla y aplicarla según su espíritu; por ministerio de los órganos jurisdiccionales se opera a un tiempo por vía de integración y con la aplicación del Derecho la indispensable autointegración del orden jurídico» (BETTI, *Interpretación de la Ley y de los negocios jurídicos*, traducción de DE LOS MOZOS, Madrid, 1975, págs. 129 y 130).

(33) Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, 1973, páginas 201 y s.

La apreciación de la prueba pertenece al fondo y no a la forma del juicio, cfr. CARETTE, *Diccionario de Jurisprudencia argentina*, tomo IV, Buenos Aires, 1910, pág. 232; SENTÍS MELENDO, *Valoración de la prueba*, en libro homenaje a ROCA SASTRE, tomo III, Madrid, 1976, pág. 822.

chos y la norma nunca se produce por completo y los hechos son tenidos en cuenta desde el punto de vista de las normas».

Los órganos jurisdiccionales en lugar de valorar en términos generales tipos de situaciones, han de hacerlo (frente a la operatividad de valorar tipos de situaciones hipotéticas en términos generales como hace el legislador) en términos concretos de situaciones reales particulares, aunque, como afirma Recasens Siches, mientras el legislador dispone de un ámbito de libertad relativamente amplio para elegir las finalidades y propósitos, por el contrario, el juez debe atenerse a los criterios estimativos adaptados por el Derecho Positivo formalmente válido y además vigente. Sin embargo, el juez debe atenerse no tanto al texto de la regla —lo cual frecuentemente le llevará a desatinos y a injusticias—, sino sobre todo y principalmente a las valoraciones efectivas sobre las cuales la regla está de hecho fundada —más o menos correctamente—; y debe emplear esas mismas valoraciones en su decisión sobre el caso particular» (34).

El juez, sobre todo cuando de Derecho de familia se trata, ha de interpretar sus normas de manera que lleve a la individualización más justa entre todas las posibles, pues de la equidad ha de hacerse uso siempre, como modo de determinar una interpretación más adecuada a las concretas circunstancias del caso. La interpretación por equidad, en sentido aristotélico, se impone no sólo en aquellos casos en que la norma pertinente llevaría a un resultado incorrecto o injusto, sino en todos y cada uno de los casos, como regla universal que cabe ser observada siempre y sin excepción (35-37).

(34) RECASENS SICHES, «La "lógica de lo razonable" en las decisiones políticas y jurídicas», en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, 1972, volumen III, págs. 229, 209, 210.

Portalís en su Discurso preliminar del Code civil decía que «las leyes no son actos de poder sino actos de justicia, de sabiduría y de razón...». Que la ley deje un cierto campo por llenar en que quepa un espacio de libertad para la valoración «discrecional» del juez de la concreta situación del caso no justifica las «lagunas de la ley». Este margen o espacio de libertad judicial está concedido por la norma ante la imposibilidad lógico-jurídica o la inoportunidad político-legislativa de concretar una solución conforme a las exigencias de justicia del particular y concreto supuesto de la vida social, sometido a litigio.

V. BETTI, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*. Traducción de De los Mozos, Madrid, 1975, en especial págs. 133 y 134.

(35-37) RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1970, página 216 y s.; cfr. TORRALBA, *Comentarios a las reformas...*, ob. cit., art. 3, 2.º, páginas 165 y s.

A través del criterio equitativo el legislador ha querido que sea el juez el que decida directamente y no a través de las especificaciones legislativas. Cfr. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, págs. 168 y 169. Hablar de poderes equitativos significa hablar de poderes *discrecionales* (cfr. GAZZONI, ob. cit., página 165).

VI. IMPORTANCIA DE SU FUNCION

La tutela de los intereses según el Derecho se actúa a través de la realización y cumplimiento de actos jurídicos; pero cuando se trata de los familiares, por su trascendencia social, por su importancia o por afectar a situaciones de estado, se hace necesaria una especial protección, no tanto en aquellos casos en que no hay persona capaz o legitimada para proveer al cumplimiento de aquellos actos, sino también trascendencia de sus efectos, y hace necesaria su vigilancia o su asistencia.

Una garantía de actuación, conforme a la ley, de cualquier negocio jurídico o de toda situación es imposible; pero, como mantiene Carnelutti (38), cuando los negocios comprometen intereses de particular importancia y pueden lesionar intereses ajenos, de manera que el riesgo de la desobediencia a la ley presenta mayor gravedad, la intervención del juez a los fines y con las formas del proceso voluntario es manifiestamente útil, por no decir necesaria, para la tutela del orden social y del orden familiar en particular (39) (cfr. arts. 173, 49, 164, 165, etc.). La carencia, en principio, de control recíproco de las partes sobre las respectivas alegaciones (jurisdicción contenciosa) justificaría, ya de por sí, los poderes concedidos al juez en materia de jurisdicción voluntaria (40).

(38) CARNELUTTI, *Derecho y proceso*. Traducción esp. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, pág. 445.

(39) Patrocinando el recurso al juez, pero a un juez mediador o conciliador, no autoritario, que desenvolvería su actividad en proceso no contencioso, vid. SANTOSUSSO, «Il giudice della famiglia», *Iustitia*, 1965, págs. 70 y s.; también en *Quaderni de Justicia*, núm. 17 (Persona e famiglia), Milano, 1966, págs. 253 a 298; para un modelo del juez sugeridor o indicativo, cfr. MOSCARINI, *Parità coniugale e governo della famiglia*, Milano, 1974, págs. 146 y s.

(40) El juez en jurisdicción voluntaria no está obligado a observar las reglas legales de prueba. Debe de llegar a la convicción por cualquier medio, apreciar libremente las declaraciones y motivos de los solicitantes y los documentos y justificaciones que se le ofrecieren (cfr. art. 1.816 L.E.C.; vid. HENRY, A., *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, Paris, 1913, especialmente págs. 47 y 68).

Prieto Castro (*Derecho procesal civil*, vol. II, Madrid, 1969, págs. 141 y 142) al examinar el proceso mantiene que se debe buscar la verdad material, por lo que las normas de prueba legal —la ley da un valor tasado— no siempre será aplicable; se ajustan estos procesos de jurisdicción voluntaria al principio inquisitivo y a la forma inquisitiva, en cierto grado, pues el impulso para la iniciación no siempre proviene de los sujetos interesados y la aportación de los hechos y de las pruebas pueden pertenecer a las facultades del órgano jurisdiccional.

En el Derecho la familia es predominante, por no decir exclusiva, la jurisdicción voluntaria respecto a la contenciosa. El mayor número de sus instituciones (adopción, filiación, licencias, autorizaciones, etc.) entran en el ámbito de actuación. La contenciosa se mueve en relación a un interés protegido por el ordenamiento, es decir, a un derecho subjetivo; mientras que la jurisdicción voluntaria

La naturaleza propia de las normas de Derecho de familia, el hermetismo propio del grupo familiar, la celeridad como han de ser solucionados los conflictos profundamente humanos que en él se dan y las graves repercusiones que puede acarrear, especialmente sobre los hijos, ha suscitado en la doctrina la necesidad o al menos el deseo de proveer a una adecuación de las normas adjetivas o procesales a las materiales o sustantivas. Para ello se ha mantenido la posibilidad de atribuir a una jurisdicción especial o especializada el conocimiento de aquellos asuntos que perteneciendo al ámbito del Derecho de familia hayan de llegar hasta los Tribunales (41).

En España, partiendo de la especial metodología que ha de utilizar el intérprete o el aplicador de las normas del Derecho de familia, hay quien patrocina la especialización del órgano jurisdiccional (no especial) aun manteniendo el principio de unidad de jurisdicciones (42); y siguiendo tal línea se ha creído necesario (43) la creación de unos jueces

desenvuelve su actuación en la voluntad de los sujetos (SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1959, pág. 600).

(41) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 9.ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero, pág. 55, y las opiniones recogidas por Castán Vázquez, de GELSI BIDART (*Enfoque procesal de la familia*, Montevideo, 1958) y ACHARD ("La adopción", en el volumen *Cursos de especialización de jueces de menores*, Montevideo, 1973).

CARBONIER (*Droit civil*, tomo I, parágr. 89), después de destacar los rasgos propios del Derecho de familia (derecho imbuído de la moral, carácter natural y biológico de las relaciones de derecho, carácter de orden público de sus normas o del mayor número de ellas, el hecho de que las teorías generales del Derecho civil no se aplican a priori), destaca sobre el plano procesal la existencia de procesos especiales que deben ir dirigidos a preservar el secreto y la intimidad de la familia.

(42) GARCÍA CANTERO, *El derecho de familia y el proceso*, Santiago de Compostela, 1971, cit. por CASTÁN, ob. cit., págs. 57 y 58; con ello se conseguiría: ofrecer un criterio sistemático de clasificación a la L.E.C. y al Código civil; plantear la posibilidad de un proceso especial por razón de la materia; unificar, simplificar y perfeccionar la jurisdicción voluntaria en este campo y permitir la implantación de la tutela de autoridad que podría atribuirse al juez de familia, que lo serían tanto los órganos de la Justicia Municipal como los jueces de Primera Instancia; o bien transformar los actuales Tribunales Tutelares de Menores en Tribunales de familia, aunque esta última solución exigiría alterar sustancialmente el criterio que hizo nacer a aquéllos. En cualquier caso, la especialización del órgano debe ser lograda no sólo a través de un estudio profundo de los aspectos civiles, penales, canónicos, procesales, internacionales, etc., sino mediante amplios conocimientos auxiliares de Sociología y Medicina, que hoy resultan imprescindibles en esta rama del Derecho civil.

(43) V. en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 9.ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero, tomo V, vol. I, Madrid, 1976, págs. 55 y siguientes. El epígrafe: «Cuestión acerca de la jurisdicción del Derecho de familia», íntegramente redactado por Castán Vázquez.

Sobre juez de la familia, cfr. SAROSUOSSO, "Il Giudice della famiglia", en *Quaderni di iustitia*, dedicados a «persona e famiglia», Milano, 1966, págs. 253 y s.; CIVIDALI, «Prospettive per una concreta realizzazione del Tribunale per la famiglia», *Riv. Trim. de Diritto e Procedura civile*, 1970, tomo 24, págs. 583 y ss.; MORO, *Valori della famiglia e riforma della legislazione vigente*, Brescia, 1970, en especial págs. 340 y s.

o Tribunales especializados; pero en consideración también al interés familiar, y habida cuenta de la delicadeza de los conflictos que en el interior de la familia surgen, hace conveniente que la actuación de esos eventuales órganos se reduzca a los casos de imprescindible intervención, procurando que en los restantes el conflicto se solucione en la misma esfera interna de la familia y sin rupturas irreversibles.

El ilimitado recurso al juez en el ámbito familiar y en el gobierno de la familia es un medio inoportuno y poco eficaz. En materia familiar mal se concilian, por la naturaleza y peculiaridad de sus relaciones, la intervención autoritaria y formal de un tercero con el gobierno de la familia y de los hijos (44). Si la equiparación jurídica de los esposos (45) supone acuerdo entre ellos, parece que mal podría llegarse a éste si está pendiente la controversia judicial (46). El recurso al juez, en las situaciones familiares, puede dar al traste con la vida matrimonial y familiar y acentúa la crisis de la familia (47). En palabras de Jemolo, que no pierden actualidad, la familia ha de ser como una isla que el mar del Derecho debería acariciar solamente; su esencia es metajurídica (48). Pero la norma jurídica llama al juez en las situaciones matrimoniales y familiares porque es consciente de que más allá de las relaciones, situaciones y posiciones que tipifica existen elementos de otro género —afectivos, económicos, etc.— que a menudo escapan a la regulación abstracta de las normas (pero no a su ratio), y en el conflicto de intereses sólo pueden encontrar justa valoración en el recurso al juez.

El juez, en principio, es un instrumento jurídico que la norma toma en consideración para proteger el interés familiar (49). Su intervención

(44) Cfr. JEMOLO, «Il diritto nella vita dell'uomo», *Riv. italiana per le scienze giurid.*, 1958, págs. 38 y s.

(45) Para ver la distinción entre «igualdad orgánica» e «igualdad mecánica» de los esposos, cfr. DÖLLE, «L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de famille», *Riv. intern. diritto comparato*, 1950, págs. 250s y s. SANTORO PASSARELLI, «Il governo della famiglia», en *Saggi di diritto civile*, tomo I, Nápoles, 1961, págs. 403 y s.

(46) CICALA, «Il giudice, organo di ogni famiglia italiana», *Giustizia civile*, parte IV, 1973, pág. 135.

(47) Por ello, OPPO (en *La Riforma del Diritto di famiglia*, Padova, 1972, página 171) justifica la intervención del juez sólo cuando no exista familia: separación o divorcio, aunque en algunos supuestos puede «evitar lo peor».

(48) JEMOLO, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, pág. 241.

(49) Mantiene ROCA JUAN, *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. II, Madrid, 1977, art. 57, págs. 901 y 902, que con la expresión «actuarán siempre en interés de la familia» se está exprenando una limitación: la de que no se actuará contra el interés común de los cónyuges y de los hijos; limitación de *flexible aplicación* tanto en el área patrimonial como en la puramente moral. (Lo subrayado es nuestro.)

Ya en la Ley francesa de 22 de septiembre de 1942 se hace de la noción «interés de la familia» el eje de la reglamentación de los efectos del matrimonio.

no debe considerarse como una irrupción en la intimidad del grupo familiar, con objeto de imponer su criterio, al estar investido de autoridad por el Estado, sino como un imparcial vigilante cuando la *desunión* o el *desacuerdo* del grupo ponga en peligro su unidad representada por el interés familiar, elemento configurador de la misma unidad. Es, por tanto, un elemento de solución jurídica del conflicto familiar y de protección y defensa del concreto interés de cada uno de los componentes del grupo (particularmente del de los hijos menores de edad) en función del más elevado y supraindividual interés familiar (50).

VII. LINEAS GENERALES DE LA INTERVENCION JUDICIAL

En dos direcciones se dirige el estudio de la intervención del juez en la familia; una, manteniendo la independencia de la familia y su autonomía decisoria, de tal suerte que no hay posibilidad de intervención heterónoma; la otra, admitiendo tal posibilidad (51).

El cambio de la conciencia social (o, si se prefiere, de la realidad) (52) exige que se protejan el interés y los derechos de cada una de las per-

V. AULAGNON, «L'intervention du juge a propos de l'exercice des droits des epoux» en *Etudes offertes á Georges Ripert* (Le droit privé français au milieu du xx siècle), tomo I, Paris, 1950, págs. 390 y s.

(50) Los intereses familiares como interés del grupo no puede entenderse en un criterio absoluto. El interés familiar tiene que encontrar su límite en la tutela y garantía de los intereses y atributos fundamentales de todo individuo como persona.

Para ver las distintas concepciones propuestas por el pensamiento católico y por la del socialismo laico de la valoración jurídica del grupo familiar como una comunidad, v. BASILE, «La famiglia: comunità chiusa o aperta?», en *Studi sulla riforma del Diritto di Famiglia*, Istituto di Diritto Privato de la Universidad de Messina, Milano, 1973.

La intervención del juez conseguirá «salvaguardar la autonomía de los miembros de la familia, pues tal autonomía es consecuencia de la posibilidad de participación en función de igualdad» (LETE DEL RÍO, «Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1976, pág. 136).

(51) Para ver las distintas concepciones que en el Derecho italiano ha planteado la doctrina sobre la distinta misión y función del juez en el ámbito de la familia, apoyando posiciones decisorias o simplemente indicativas y sugeridoras, cfr. SANTORO PASARELLI, «Il significato attuale del diritto nell'organizzazione in ella vita della famiglia», en *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, páginas 11 y s., y TRABUCCHI, «Il governo della famiglia», en *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, págs. 50 y s., y para apoyar la tesis del juez conciliador de intereses familiares, cfr. MONTESANO, «Eguaglianza dei coniugi e interveniente del giudice», en el tomo *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1973, que contiene las relaciones presentadas en el Convenio de Nápoles de 14 y 15 de diciembre de 1973.

(52) El Código civil (en su art. 3.º, párr. 1.º), después de la modificación del título preliminar, introduce como elemento de interpretación de las normas «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Ante las interrogantes de cuándo y dónde se puede entender que ha variado este elemento dinámico de interpretación, TORRALBA (*Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid,

sonas que componen el grupo familiar. La norma civil no se confía en todo momento a dejar al grupo la posibilidad de su propia conciliación, sino que da entrada a la autoridad judicial para intervenir, con medidas terapéuticas o represivas, preventivas o sustitutorias (53), en aquellos supuestos de disfunción de la misión y potestades que la norma confiere a la familia.

En una etapa anterior de la evolución jurídica la intervención judicial operaba en supuestos excepcionales y actuaba en un plano secundario, fruto de construirse la estructura jurídica de la familia con arreglo a las ideas político-sociales de los tiempos de la Regente María Cristina, reflejadas en un Código civil «de matiz liberal, individualista y moderado» (54).

De tal suerte se plasmaría una familia bajo la firme autoridad del marido, que se manifestaba a través de la licencia marital, llegando la mujer a configurarse, por parte «de nuestra doctrina tradicional, como una incapaz, como un verdadero menor de edad» (55).

El juez intervendría en caso de ausencia o imposibilidad de hecho del marido (sustituyendo a éste en la función protectora de la mujer) o en supuesto de abuso grave en la denegación de la licencia marital; la sumisión de la mujer se patentizaba en el deber de obediencia y en la obligación de seguir al varón donde quiera que fijara su residencia, y sólo por causas justas o traslado a Ultramar se hacía intervenir a los Tribunales.

Al padre confía nuestro Código civil la vigilancia, educación, etc., de sus hijos, atribuyéndole el instituto jurídico de la patria potestad, que sólo por defecto puede ostentar la madre. El juez, excepcionalmente era llamado cuando el Derecho estimaba que había base suficiente para que quebrara aquella confianza que depositó en el progenitor

1977, vol. I, pág. 163) responde que se opera el cambio de la realidad social cuando cambia la conciencia social: «la realidad social, que interesa al jurista, no cambia por el solo hecho de que se modifiquen las estructuras económicas, ni tampoco porque se produzcan grandes innovaciones técnicas. El cambio se produce sólo cuando dichas modificaciones e innovaciones influyen en la conciencia y en las valoraciones de las gentes, esto es, cuando cambia la conciencia social».

(53) DE LA CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 259: «La familia para sobrevivir necesita mucho más de la medicina preventiva que de la curativa. Si la vida familiar evoluciona hacia situaciones gravemente patológicas, la enfermedad no tiene casi nunca remedio. Los estudiosos del Derecho hemos de conformarnos con buscar soluciones justas para supuestos, no queridos, pero irreversibles. En presencia de estos supuestos, es lícito afirmar, aunque la frase suene a paradoja, que el Derecho de familia empieza cuando la familia acaba.»

(54) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, pág. 207, y *Compendio Derecho civil*, tomo I, vol. II, 1.º, Madrid, 1964, pág. 54.

(55) Cfr. las citas que hace DE CASTRO..., ob. cit., pág. 244.



Pero es que aún en aquellas situaciones jurídicas, no derivadas de la sangre, la posición del juez ha sido muy secundaria.

En los tiempos actuales la realidad social y jurídica está cambiando. Ha desaparecido la sumisión formal de la mujer al marido; aquélla desea desempeñar un papel activo en la sociedad y frente a su marido y lograr el desarrollo integral de sí misma; han desaparecido gran número de principios y concepciones morales de hace casi un siglo; el número de separaciones y divorcios —disfrazados de nulidad de matrimonio en muchos casos— aumenta; se suprime la antigua licencia marital; se iguala jurídicamente la capacidad de los cónyuges, etc. La solución ante el desacuerdo no puede ser otra que el recurso al juez.

Cuando se trata de las relaciones paterno-filiales, desde el punto de vista material y social, padre y madre ostentan realmente igual potestad, e incide la preocupación general por la educación y formación de los menores, en cuya adolescencia se plantean peculiares problemas actuales de desarrollo social y económico muy acusados.

La tutela se intenta reconducirla a su anterior fuente: la de autoridad o judicial. La adopción no piensa en la persona del adoptante, sino única y exclusivamente en los beneficios, ventajas o conveniencia que puede reportar al adoptado.

Al paso, evoluciona la valoración de las relaciones extra y premaritales; se transforma el papel de la mujer en sociedad; evolucionan las técnicas educativas y pedagógicas; se intenta el desarrollo de la propia personalidad fuera de la familia, etc. La sociología constata estos hechos, y estadísticamente se demuestra el mayor número de veces que se insta el recurso al juez y cómo ha evolucionado la forma y la intensidad de su intervención. La función encomendada al juez en el ámbito del Derecho de familia ha ido transformándose y evolucionando a la par que lo hacían las instituciones propias del Derecho Privado (56), pero esta transformación ha puesto de manifiesto su mayor intervención, la cual evoluciona cualitativamente (se le exige un papel no secundario y excepcional) y aumenta cuantitativamente.

En este trabajo se estudia la incidencia judicial en determinadas situaciones familiares a la vista de la discrecionalidad de los jueces. Así:

(56) La determinación de la función del juez en la evolución del Derecho privado es un dato que nos viene dado históricamente (cfr. PUNZI, «La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del Diritto privato», en *Studi in onore di Giacomo Scaduto*, vol. V, Padova, 1970, págs. 95 a 118.

A) EN LA SITUACIÓN JURÍDICA MATRIMONIAL

a) La promesa de matrimonio. Se estudia el margen de la autonomía que el ordenamiento concede al juez para fijar los daños a que se refiere el artículo 44 del Código civil y de cuál debería ser el criterio que deba seguir en la determinación de las justas causas para eximir de indemnización. Se ha creído oportuno introducir el estudio del artículo 44 no obstante ser materia propia de la responsabilidad contractual, por entender que, normalmente, es una fase preparatoria de la situación jurídica del matrimonio.

b) La intervención judicial en la fijación del domicilio conyugal viene dada, no tanto por suponer una discrepancia, sino por ir referida a la ruptura que supone el incumplimiento de los deberes que conlleva el matrimonio y la paternidad; entendiéndose que la prevalencia que da el artículo 50 del Código a la patria potestad para la solución es, para el juez, sólo un módulo o criterio orientador que debe conjugarse con el superior del interés de la familia. La norma ha querido conceder un gran margen de discrecionalidad al juez al someter su decisión al interés familiar. Este es parecido a las justas causas de que hablaba la anterior redacción; pero es algo más, pues entra en el gobierno de la familia, como forma de valorar el interés familiar del caso concreto, por un lado, y de mantener la *unidad* de la familia, por otro; no como valoraciones independientes, sino subordinadas.

c) Dispensa de impedimentos en el matrimonio civil; aun cuando corresponda la resolución de la dispensa (art. 85 Código civil) a un órgano administrativo y no judicial, lo incluyo en este trabajo por las razones que en su lugar se manifiestan.

d) Por lo que se refiere al régimen económico matrimonial no pasa desapercibida para el legislador la posibilidad de que haya que remitir al juez determinados conflictos de intereses que no encuentran su solución en la esfera íntima de la familia. En esta materia, nuestro Código deja la intervención judicial sólo para supuestos excepcionales. Por ello se alude solamente a aquellas remisiones que afectan a la administración de los gananciales, a la reparación judicial de bienes y al alcance de las facultades judiciales para transferir la administración a la mujer en situaciones anormales.

e) Mayor discrecionalidad se encuentra en las situaciones donde no existe verdadera y ordinaria familia; la norma, en estos casos, encomienda al juez que provea de la manera que estime más procedente

a fin de proteger el interés familiar más digno de defensa: el de los hijos (57).

Una de las innovaciones más importantes que introdujo la nueva legislación francesa sobre la familia (Ley de 11 de julio de 1975 y Decreto de 5 de diciembre de 1975) y en concreto sobre el divorcio, ha sido la creación del «Juge aux affaires matrimoniales», con una amplitud de poderes, decisiones y atribuciones, que no nos parece desorbitado que se le denomine «el hombre-orquesta» (58); su principal actividad la desarrolla sobre los hijos: decisión sobre su guarda y custodia, pensión alimenticia o su variación, etc., busca la conciliación entre los esposos, decide las cuestiones más urgentes que requiera el caso concreto, decide excepciones de incompetencia, etc. Se le atribuyen facultades tal vez excesivas según parte de la doctrina francesa; pero todas sus decisiones son recurribles en apelación, salvo la homologación del convenio de los esposos para su divorcio por mutuo disenso, artículo 231 *Code* (art. 34 del Decreto de 5 de diciembre de 1975).

B) EN LA SITUACIÓN DE PATRIA POTESTAD

Poco permeable es el instituto de la patria potestad para una intervención del juez. El Código lo regula con arreglo a las concepciones políticas liberales burguesas de finales del siglo XIX. Deja a los padres (desde un punto formal, al padre y, en su «defecto», a la madre) la dirección, gobierno y educación de su prole. Esta tiene la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y reverencia siempre (art. 154 Código civil).

Dejar el cuidado, la representación, la educación, etc., de los hijos a los padres es exigencia de la propia naturaleza de las cosas. La propia familia es la que debe decidir su «rol» frente a los demás y ante sí misma. La «potestas» que el padre ostenta se convierte de hecho en «soberanía», y como tal incuestionable. Tan sólo cuando la soberanía se convierte «en tiranía» hay una intervención de los órganos estatales. El Código pensaba que apartar al juez de la familia era la única forma de conservar la parcela de intimidad que le corresponde. La Ley

(57) Mantiene MENDIZÁBAL OSES, «Peculiaridades que presenta el examen del menor en los diferentes procedimientos seguidos ante los organismos de la Administración de Justicia», *Pretor, enero-marzo, 1977*, pág. 38, que en las actuaciones procesales de separación (a semejanza del *Codex*, c. 1.648) debía tener una defensa y representación el interés del menor; pues aun cuando se sea un buen esposo (cónyuge inocente —separación— o de buena fe —nulidad—) se puede ser un mal padre.

(58) Cfr. GOSLIERE, «Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce)», *Rev. Dalloz*, París, 1976, págs. 73 y s.

deja al padre el arbitrio para ser el juez de las decisiones que puedan afectar a los que están bajo su potestad; es, pues, el padre el que valorará el interés de sus hijos. Sólo cuando de tal valoración o de una actuación abusiva se perjudicara el interés de los hijos, que debe elevarse a la categoría del interés prevalente, podrá intervenir la «potestas» del Estado. De esta suerte habrán de interpretarse las vigentes normas reguladoras de la relación paterno-filial.

La patria potestad, al ser una función, implica, de alguna forma, la intervención —o el intervencionismo— del Estado, ya auxiliando al padre (corrección), ya sancionando el incumplimiento genérico (abandono de familia), ya limitado y dirigiendo el ejercicio de la misma (autorizaciones). No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico la remisión al juez en asuntos de patria potestad (que no afecten a relaciones patrimoniales) es muy escasa.

La equiparación jurídica de los padres, con plena identidad de obligaciones y derechos en cuanto afectan al mantenimiento, a la instrucción y a la educación, como ocurre en Italia por la Ley de 19 de mayo de 1975 (cuyo artículo 138 modifica el 316 del *Código civile*), ha planteado una mayor intervención del juez, al tener que decidir, en caso de desacuerdo, lo más conveniente «en interés del hijo y de la unidad de la familia» (art. 139 de la Ley italiana de 1975), o bien conferir potestad decisoria a uno de los cónyuges: una «*delegatio potestatis ex iudice*» (59).

En la Ley francesa de 4 de junio de 1970 (que entró en vigor el primer día del año 1971) se transforma la «*puissance paternelle*» al tomar su puesto la «*autorité parentale*» y conferirse conjuntamente al padre y a la madre como una función, cuya finalidad concreta la norma (artículo 371 *Code civil*): «proteger al hijo en su seguridad, salud y moralidad». Cuando a juicio de uno de los progenitores el otro no viniera actuando en interés del menor, podrá recurrirse al juez de tutela, que adoptará la decisión después de intentar conciliar a los padres y dirigirlos hacia un acuerdo conjunto. Igual que en el Derecho italiano, el francés confiere mayores facultades al juez cuando se trata de situaciones matrimoniales anómalas o en crisis.

En el Derecho español vigente hemos dedicado nuestra atención: a la licencia para el matrimonio y la emancipación judicial; a los artículos 156 y 157 (juez auxiliador en la función correcta); y en la esfera patrimonial a otros supuestos, donde de una forma más o menos ex-

(59) Son acertadas las orientaciones que STELLA RICHTER («*Prospettive di riforma del diritto di famiglia*», en *Giustizia Civile*, 1970, parte IV, págs. 270 y 271) vierte como guía de las relaciones con los hijos.

plícita la norma recurre al juez para conformar la relación o para completar la capacidad de obrar. Así, señalamos la intervención judicial en la formación de inventario, en la enajenación de determinados bienes, en el nombramiento del defensor judicial y en la intervención del artículo 166 del Código, sin que pasemos por alto aquella intervención en el ejercicio funcional de la patria potestad a que se refiere el artículo 171 del Código.

C) EN MATERIA DE FILIACIÓN

En estas cuestiones de estado la intervención judicial tiene también reconocida su determinada libertad. Unas veces en el ámbito de la libre valoración de la prueba; otras para determinar la conveniencia, oportunidad o protección del interés del reconocido.

En materia de filiación, sin perder de vista los principios programáticos de la Constitución de 1978, he dedicado el estudio a la posesión constante de hijo legítimo, a la aprobación judicial en el reconocimiento y a la declaración judicial de paternidad.

D) ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

Queda a la apreciación discrecional del juez la determinación de la cuantía de la prestación de alimentos, valorando libremente el caudal, la necesidad y la posición social de la familia. Igualmente, con mayor o menor intensidad, se le reconocen facultades decisorias, basadas en su arbitrio para la variación de los alimentos fijados, forma de prestarlos e, incluso, en la extinción de la obligación.

En los alimentos naturales al acomodar la estructura formal de la decisión judicial al solo dato de la «necesidad del alimentista», la discrecionalidad del juez adquiere, para nosotros, nuevos matices interpretativos.

E) EN LA ADOPCIÓN

En el instituto de la adopción puede apreciarse claramente una notable evolución en la idea que lo preside, así como de su función y estructura. En el Derecho antiguo la adopción fue un medio de conseguir un sucesor, un remedio de su frustración; después ha pasado a convertirse en un mecanismo de integración de la infancia en una familia y, en todo caso, en beneficio del adoptado. La conveniencia de la adopción es dato legal que no encuentra su demostración en un hecho, sino en la discrecionalidad del juez.

F) EN LA TUTELA

Aun no siendo la tutela necesariamente Derecho de familia, y ser en nuestro derecho positivo de organización familiar, el juez lo encontramos con facultades discrecionales en las fases de promoción, inspección y, en casos determinados, en su ejercicio; igualmente queda a la autoridad judicial la extensión de los efectos en algunos supuestos tutelares (60).

La ley no confía en el tutor, protector o Consejo de familia e inspira de una intensa discrecionalidad toda la regulación de la tutela. Regular la tutela en interés del tutelado y ejercerse en su beneficio es el principio inspirador de la intervención judicial: Su razón de ser y a su vez su límite.

G) EN LA AUSENCIA

También hemos estudiado la intervención del juez en la ausencia. Se podrá objetar que el tema de la ausencia entra en el estudio de la parte general del Derecho civil y más concretamente en el Derecho de la Persona. Es cierto; pero es conveniente su inclusión y tratamiento por la implicación que tiene en la esfera del Derecho de familia. Es en dicho ámbito donde hay que localizar al representante, pues la declaración de ausencia ocasiona la alteración de la situación jurídico-familiar: pérdida de la patria potestad, traspaso de facultades dispositivas o administradoras de los bienes de la sociedad conyugal, etc.

Facultades decisorias ostenta el juez en la designación del defensor o en determinados supuestos de la ausencia declarada.

(60) En Francia se operó por Ley de 3 de enero de 1968 (que entró en vigor el 1 de noviembre) una profunda transformación de la tutela de los incapaces mayores de edad que no puedan proceder por sí a sus propios intereses no ya sólo desde el punto de vista orgánico, sino reconociéndose legalmente la posibilidad de que el juez establezca una graduación del instituto con objeto de adecuarlo al caso concreto: no existe el principio de un rígido juicio de incapacidad general sino referido a la realidad para la concreta protección de los intereses de la persona y de un patrimonio a través de la «suavegarde de justice», la tutela o curatela. La primera, como una protección temporal y provisoria, necesitando el incapaz complemento de su capacidad (cfr. art. 491 Code); la segunda, la más plena incapacidad, necesita la actuación a través de representante (cfr. artículo 491 Code); y la curatela, que está entre las dos anteriores y que viene a ser una tutela menor, donde se engloba la prodigalidad (cfr. art. 508 Code).

VIII. RECAPITULACION GENERAL

La remisión al juez es siempre subsidiaria de la decisión de la familia sobre su propio gobierno y dirección, entendiéndose esta afirmación en situaciones normales de matrimonio y paternidad y filiación.

Fuera de estas situaciones, la llamada al juez se hace con la intención de homologar el acuerdo de las personas o de proteger el interés que la norma toma como prevalente para hacerle objeto de protección jurídica. En estos casos la intervención judicial no puede tener carácter subsidiario, sino preferente y principal.

Las prerrogativas del juez, como ya dije anteriormente, no deben confundirse con la libertad de apreciación, según principio de la sana crítica, que rige la prueba (61). Es una vez probados los hechos cuando la prerrogativa o discrecionalidad del juez deba entrar en juego. La norma asigna tal discrecionalidad a datos que se examinarán particularizadamente en la segunda parte de este trabajo. No obstante, a modo de resumen, podríamos mantener que los cauces por donde discurre aquella prerrogativa están impuestos, en unas ocasiones, por la *proporcionalidad* (entre caudal y necesidad, en los alimentos; actitud del hijo y corrección paterna; bienes de los cónyuges y obligaciones familiares, en el supuesto de separación de bienes a que se refiere el art. 1.436); en otras ocasiones por la *justa causa* (como en la licencia para matrimonio del art. 49, en la exoneración de indemnización del artículo 44, o en la dispensa de impedimentos del art. 85); la mayoría de las veces en la consecución de la *conveniencia y protección del hijo o del menor* —o de sus bienes— (adopción, emancipación judicial del artículo 168, tutela, habilitación de edad del art. 322, separación o reconocimiento voluntario) y en otros está limitada su actuación por el *interés familiar* o el interés común de la familia (designación de do-

(61) Cuando se decidan cuestiones de índole familiar no se puede someter la prueba a los rígidos canones establecidos en la ley para su valoración (prueba legal), sino a criterios de libre valoración del juez. Valorar libremente la prueba no quiere decir arbitrariedad, pues el juicio lógico que deba desarrollar el juez debe hacerse sobre la prueba. Mantiene SENTÍS MELENDO (*Valoración de la prueba*, tomo III del libro homenaje a Roca Sastre, Madrid, 1976, pág. 825) que la prueba es libertad, pero es libertad con la prueba, libertad de apreciación de la prueba, en manera alguna prescindiendo de la prueba.

La libre valoración de la prueba en asuntos familiares no quiere decir que al juez le sea concedido «un absoluto e incondicionado poder de valoración» (RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, tomo II, Padova, 1935, págs. 64 a 66), sino la suficiente libertad para que pueda llegar al convencimiento, a través de los reales hechos, de cuál sea el «interés familiar» que deba ser protegido en cada momento y en la situación concreta. El «interés familiar» (art. 57 Código civil) debe ser criterio interpretativo no sólo de la norma positiva, sino también de valoración de los hechos afectantes a situaciones y relaciones familiares y matrimoniales.

micilio familiar, o supuestos afectantes a los bienes del matrimonio: gananciales, separación de bienes —1.435— o determinados casos de la separación o nulidad de matrimonio —68, 4.º—).

Deseo, finalmente, dejar constancia de que los estudios sobre Derecho de familia, entre ellos este trabajo, quedan afectados por los cambios legislativos, constitucionales o no; lo que no puede extrañarnos, y menos en España donde el Código civil responde a esquemas de la sociedad española del siglo XIX.

En tal situación, el legislador español está considerando la modificación de las normas legales sobre filiación, patria potestad, matrimonio y su disolución, régimen económico matrimonial, etc. Cualquier referencia sobre los trabajos al respecto estarían fuera de lugar, aunque la perspectiva de un avance legislativo no suprimirá sino, por el contrario, acaso acentúe la intervención judicial en el Derecho de familia.

Sin olvido de todo ello, en la parte que sigue he estudiado sobre la base de la vigente —todavía— legislación ciertos supuestos y determinadas situaciones familiares donde la discrecionalidad judicial influye de alguna manera. Se ha preferido seguir en la exposición el orden de su colocación en el Código civil, para su más rápida localización, sin perjuicio del estudio conjunto cuando la semejanza de la incidencia judicial lo aconseje.

PARTE SEGUNDA

LAS SITUACIONES FAMILIARES CONCRETAS

CAPÍTULO PRIMERO

PROMESA DE MATRIMONIO

Pasados los tiempos en que la celebración de los esponsales degeneraba en el encarcelamiento del novio incumplidor (62) o que los «novios estaban obligados, bajo pecado mortal, a contraer el matrimonio prometido» (63), queda actualmente en una simple acción de resarcimiento (64).

Valgan estas razones para no detenernos en el estudio de los esponsales (65) y sí en determinar la *autonomía* que el ordenamiento concede al juez para *fixar los daños* y qué criterio debe seguirse para la *localización de las justas causas* aludidas en el artículo 44 del Código civil.

(62) Ver referencia que hace GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, tomo I, Madrid, 1852, págs. 56 y 57.

(63) Ver GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial*, Madrid, 1943, página 136. Decía AUGUSTO COMAS, en su *Revisión del Código civil español*, Madrid, 1895, tomo I, págs. 201 y ss., que no se creía dispensado de explicar por qué en su proyecto no se contiene disposición ni precepto alguno referente a los esponsales; alegaba que el no incluir esta institución en aquél no ha sido consecuencia involuntaria sino que ha sido deliberado e intencional, por ser más perjudicial que beneficioso su inclusión en el Código.

(64) Ver artículos 43 y 44 del Código civil.

(65) Sobre los esponsales, pueden verse: COGLIOLO, «Se la rottura degli sponsali obblighi ai danni», en *Scritti vari*, tomo II, págs. 177 y ss.; NIN DE CARDONA, «Crisis en el contrato de esponsales», *Rev. de Derecho Privado*, abril, 1973, página 309; TEDESCHI, «In Tema di promessa di matrimonio», *Riv. di Diritto Privato*, I, 2.ª, 1931, pág. 81; MIRETE, «Sobre la escritura de esponsales de futuro», *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 14, pág. 234; ORUE, «Nueva disciplina sobre esponsales y matrimonios canónicos», *Rev. de Derecho Privado*, 1915, página 18; RIERA AISA, «El noviazgo ante el Derecho civil», en *Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona*, Conferencias-cursillos, 1950-1951, pág. 169; GUBERN SALISACHS, *La ruptura de promesa matrimonial y la seducción de la mujer ante el Derecho y la Ley*, Barcelona, 1947; ORTEGA PARDO, «La ruptura de esponsales en el Derecho español vigente», *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 177, 1944, pág. 611, y bibliografía allí citada; SANCHEO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo II, Madrid, 1978, págs. 23 y s.

I. RUPTURA SIN JUSTA CAUSA. DAÑOS INDEMNIZABLES Y DETERMINACION DE CUANTIA

La fijación de los daños realizados («gastos hechos») es siempre un «*posterius*» a la apreciación por el juez de la «justa causa para rehusar el matrimonio»; ésta es una excepción de la acción de daños.

La norma no ha querido conceder al juez discrecionalidad en la fijación del daño: viene determinado por «los gastos que se hubiesen hecho por razón del matrimonio prometido» (art. 44).

El fundamento de esta afirmación está en la propia esencia de los esponsales: el mantenimiento y defensa del principio intangible de libertad del consentimiento en el matrimonio. La indemnización, obligada por incumplimiento de la promesa esponsalicia, se reduce al *quantum* de lo invertido en vista al matrimonio proyectado (66). Debe considerarse nula la cláusula penal incorporada a los esponsales, pues produciría una agravación de responsabilidad (67), y de forma indirecta

(66) En este sentido se manifiesta la generalidad de la doctrina. Citemos como ejemplo las palabras de Royo Martínez (*Derecho de familia*, Sevilla, 1949, página 35): «Los esponsales no producen sino el muy tasado efecto de originar una acción enderezada al resarcimiento de los gastos causados con vistas al matrimonio prometido (canon 1.017 y arts. 43 y 44 del Código civil).

(67) El juez en uso de sus facultades tendría que declarar nula dicha cláusula penal.

Desde el Derecho romano viene predicándose la improcedencia de esta cláusula penal. «Salvo en épocas muy antiguas, de donde arranca su nombre de «sponsalia», los esponsales no están sujetos a forma alguna de celebración ni producen obligación jurídica de contraer el matrimonio prometido; y para asegurar la libertad de los futuros contrayentes en la celebración del mismo, se considera ineficaz la cláusula penal agregada a los esponsales (*estipulatio poenae*), por estimar «inhonestum» el provocar tal coacción indirecta» (Espín, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1975, pág. 13).

Aprovechamos la última expresión del profesor Espín Cánovas para poner de relieve que, a nuestro juicio, el añadir una cláusula penal a la promesa de contraer matrimonio, representaría «una coacción indirecta» que atentaría al principio de libertad matrimonial.

Desde un punto de vista general se rechaza la posibilidad de una cláusula penal adscrita a los esponsales, apoyándose en la imposibilidad de coartar la libertad matrimonial (ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 35); y desde un punto de vista técnico-jurídico, en la accesoriadad de la citada cláusula (LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 52) al afirmar que como la obligación principal es nula (se refiere a la de contraer matrimonio), lo serán también la obligación que de ella dependan, y concretamente la cláusula penal, ya por tratarse de obligación accesoria, ya porque la libertad matrimonial es un principio general del Derecho.

Hay quien opina lo contrario, supuesto que la cláusula penal cae dentro del campo de lo lícito y lo jurídico y el Código civil no la prohíbe expresamente. Pero nótese que si se admitiera la cláusula penal se iría más allá de la voluntad del legislador español el cual quiso que los esponsales no produjeran otra obligación que la restitución de los gastos hechos; por otra parte, parece oponerse a la cláusula penal el artículo 1.255, al fijar los límites de la autonomía de la voluntad.

Por todo ello, creemos infundada la afirmación que hace la sentencia de 13 de

atentaría a la libertad matrimonial. Esto no es óbice para afirmar (68) que el resarcimiento, a que alude el artículo 44 del Código civil, «no destruya la libertad de consentimiento, pues no se da como una compensación por el matrimonio frustrado; por el contrario, es una protección a la buena fe, constancia y lealtad; el fundamento de la obligación de resarcir, en caso de ruptura, se debe a la naturaleza contractual de los esponsales» (69). El novio que se niegue a la celebración del matrimonio no incurre en conducta ilícita, pues no es ilícito no contraer el matrimonio prometido. La ilicitud, causa de la sanción de indemnización, consiste en la ruptura injustificada («causas justificadas») de la declaración de voluntad contractual. Acarrea los consecuentes gastos que se hubieran realizado en atención a la situación generada por la declaración *esponsalicia* (70).

No se pueden incluir los daños morales porque el legislador quiso reducir las consecuencias en el artículo 44 (71), considerando que era

enero de 1878 (que puede verse comentada en LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Familia, el matrimonio...*, ob. cit., pág. 52), en la cual se afirma la validez de una cláusula penal inserta en una promesa de matrimonio futuro. La sentencia, que sin duda está fundada en la mentalidad de su época, la consideramos como un caso aislado y por tanto irrelevante a la hora de tenerla en cuenta para afirmar la posible validez de dicha cláusula.

(68) ORTEGA PARDO, GREGORIO, «La ruptura de esponsales en el Derecho español vigente», *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, junio, 1945, pág. 621.

(69) Continúa Ortega Pardo, ob. y lugar cit., que si el deudor se opone, «la prestación se transforma en un deber de indemnizar, y en el caso concreto de los esponsales, en un simple resarcimiento de los gastos, hechos, debido a que si bien se trata de un contrato, con prestación de hacer, sometido a las reglas de los mismos, las particularidades de su objeto y fin imponen esta peculiaridad que no es suficiente para alterar su naturaleza contractual».

(70) Para SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil...*, tomo II, ob. cit., página 32, el verdadero fundamento de la obligación de resarcir los gastos estriba en que éstos se hayan producido por razón de un proyectado matrimonio... pero que, a la vez, se estima no justificada. En este elemento, más bien que en el carácter contractual de los esponsales... hay que poner el mayor énfasis al considerar el alcance del artículo 44. LACRUZ y SANCHO (*Derecho de Familia*, tomo I, página 37): «El artículo 44 no elimina la posibilidad de una acción de enriquecimiento sin causa cuando no concurran sus presupuestos formales, ni, acaso, la injustificación de la ruptura; como dice la sentencia de 27 de marzo de 1958 "al romperse las relaciones prematrimoniales, desapareciendo así la razón de dichas obras (en casa de la novia demandada y costeadas por el novio demandante) surge un enriquecimiento para el demandado al incorporar a su patrimonio la obra realizada por el actor de buena fe, la que no puede ponerse en duda dado el motivo de las mismas; también existe un empobrecimiento del demandante, porque al no haber percibido el importe de la obra y materiales incorporados a la misma, surge una disminución en su patrimonio; y hay un nexo causal entre dicho enriquecimiento y empobrecimiento, pues conformes los litigantes en que las obras las costeó el actor con consentimiento explícito del demandado y con vista a la boda concertada al no celebrarse ésta, quedan como mejora de la finca".»

(71) Mantienen los profesores LACRUZ y SANCHO (*Derecho de Familia*, tomo I, página 37) que «el artículo 44 no elimina la vigencia del artículo 1.902, aunque la acción derivada de este último precepto, precisamente porque no se trata de culpa contractual (a cuyo concepto se aproxima la ruptura del artículo 44), obli-

de «equidad que el desistimiento inmotivado originara el resarcimiento de los gastos causados» (72).

Partiendo de este principio el juez debe excluir cualquier otra indemnización que no sea la de los gastos causados: es decir, todo aquello que no se hubiera desembolsado de no existir la promesa matrimonial *formalmente* realizada (ejemplo, compra o alquiler de piso, adquisición de muebles o de ajuar doméstico, viaje del demandante o de sus familiares para concretar los detalles de la boda, gastos de pedida, etc...). Digo *formalmente* realizada para excluir aquellos gastos derivados de una relación social de convivencia, amistad y afecto (73). Determinados regalos, muestra de dicho afecto, quedarán condicionados en cuanto a su devolución a la discrecionalidad judicial, atendiendo a su valor, perdurabilidad, y si fueron hechos o no en consideración del futuro matrimonio (74).

Parece que el criterio del juez al fijar el alcance de la indemnización del artículo 44 del Código civil debe estar dirigido a restringir al máximo posible la justa cuantía indemnizatoria. Sería extralimitación judicial, recurrible en casación, la condena a otros gastos que aunque pudieran estar conexos no se hacen en razón al futuro matrimonio (75).

gan al demandante a probar la culpa del prometido que rehusara casarse. En cambio (utilizando la acción del artículo 1.902), la reclamación puede extenderse a cualesquiera daños patrimoniales y morales».

(72) Cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 35.

(73) Se puede ver en la sentencia de 14 de enero de 1913 un supuesto de gastos resarcibles en consideración del matrimonio prometido: «Los gastos hechos para trasladarse al lugar donde habría de celebrarse el matrimonio.» En la sentencia de 27 de marzo de 1958 (núm. 233, pág. 949, tomo LXVII de la colección del Ministerio de Justicia) se estima que las invitaciones a la casa de los padres de la prometida son incompatibles con la teoría del enriquecimiento injusto, pues es costumbre generalizada en nuestro país de ser invitados y pasar temporadas en casa de los futuros suegros, pues es indudable la voluntad de agasajar y obsequiar. De donde se puede deducir que estas invitaciones entran dentro de los gastos derivados de las normas de convivencia social y no de gastos indemnizables.

En cuanto a la formalización de la promesa, cfr. sentencia de 6 de abril de 1929, cuando establece que «es notorio que quien rompe la promesa de matrimonio sólo está obligado a resarcir a la otra parte cuando por entrambas se haya prestado el consentimiento en documento público o privado, dando el valor de documentos de esta índole a las proclamas o amonestaciones si éstas se hubieren publicado, pero es obvio que siempre a base de que a tales amonestaciones hubieran prestado su asentimiento y de algún modo expresado su voluntad de que las mismas tuvieran efectos, los dos probables contrayentes».

(74) HARTMANN, *Der Rücktritt vom Verlöbniß und seine Rechtsfolgen*, Berlín, 1921, pág. 23, cit. por ORTEGA PARDO, ob. cit., pág. 629, establece que en el caso de que los esposales se disuelvan por muerte de uno de los prometidos no procede la restitución de los regalos; una razonable presunción de la voluntad del difunto en el sentido de que el superviviente los conserve como recuerdo.

(75) No puede servir de módulo al juez la disposición contenida en el artículo 1.106 del Código civil. Mantiene LACRUZ y SANCHO (*Derecho de Familia*, tomo I, páginas 36 y 37) que mientras el artículo 1.106 establece amplios márgenes para fijar la indemnización, se observa en el artículo 44 el criterio restrictivo del le-

Determinados estos presupuestos, el margen de discrecionalidad judicial se mueve entre lo que denominaríamos «*proporcionalidad* de los gastos». «Gastos» por razón del matrimonio no pueden ser los desmesurados, o arbitrariamente realizados. Han de serlo aquellos satisfechos en proporción a la posición económico-social del que los hace y no los basados en simples motivos particulares.

El juez tiene que atender a criterios objetivos: gastos normales, según el uso, posición social, posición económica, etc. Juega, en este punto, la causa del gasto y el motivo del gasto (vg.: simple e innecesaria vanidad u ostentación). Con ello queremos significar que no todo gasto entra en el concepto de indemnizable, sino sólo aquél que, en atención al *caso concreto*, es normal o usual en *proporción* a la posición socio-económica del que realizó el gasto por razón del matrimonio.

II. JUSTAS CAUSAS DE RUPTURA DE LA PROMESA

El Código civil guarda silencio sobre los criterios que se han de tomar como válidos para desligarse de la recíproca promesa de futuro matrimonio. Con este «silencio intencionado» (76) se pone de manifiesto la amplitud de esta solución.

Con un criterio enumerativo se pronunciaron las Partidas (77). La cruz y Albaladejo (78) entienden que «no cabe hacer una lista exhaustiva; pero en términos generales lo sería toda alteración grave de los presupuestos de los esponsales, producida o conocida después de éstos, que con arreglo a los principios sociales y religiosos actuales sea obstativa para la celebración del matrimonio prometido».

En vista de que la ley no marca cuáles sean las justas causas, sólo nos queda un criterio válido para determinarlas en *cada caso concreto*: el criterio judicial (79).

Esta remisión que la generalidad de la doctrina hace al arbitrio judicial para la determinación de la causa justificada obedece, según la

gislador; en el sentido de que en base al artículo 44, sólo se está obligado a resarcir los gastos que se hubieran hecho por razón del matrimonio prometido.

(76) SCAEVOLA, *Comentarios al Código civil*, tomo II, arts. 42 a 107, págs. 326 y 327.

(77) Cfr. *Partida IV*, tít. 1.º, ley 9.ª

(78) LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Familia, El matrimonio...*, ob. cit., página 52.

(79) SCAEVOLA, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 326, «sólo a los Tribunales de justicia, en cada caso concreto, les incumbirá decidir si la causa alegada por el contrayente que se niega a la celebración del matrimonio prometido cae o no en los ámbitos del artículo 44».

En igual sentido, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 35.

sentencia de 19 de febrero de 1959, al «deseo del legislador de que el juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos, para dar paso a decisiones encauzadas en principios de justicia y de equidad». El juez no es soberano para decidir si se dan o no las causas justificadas de ruptura; pues éstas están supeditadas a que se alegue y pruebe por la parte la causa de ruptura (80). La actuación judicial se somete a los principios de apreciación de la prueba.

Hace acto de presencia la discrecionalidad del juez, *no en la apreciación* de la existencia de la causa, sino en la apreciación de *si ella está o no justificada*. Se puede probar una «causa» de ruptura y no ser «causa justa».

La «justicia» de la causa o *motivo* determinante de la ruptura ha de ser *ético-social*. No tal y como sea entendido por el juez, sino matizado por la *conciencia objetiva* de como lo entendería el común de los miembros de una comunidad social en un concreto momento histórico y lugar geográfico. No es necesario que el motivo ético-social tenga que darse en momento posterior a la recíproca promesa de matrimonio. Puede darse con anterioridad; mas para que excluya la acción de daños es necesario que el *conocimiento* (de tal motivo) se produzca con posterioridad (81). Tal es la aplicación del principio de ejercicio del derecho con arreglo a la buena fe (cfr. art. 7, pár. 1.º, Código civil). Es decir, que el *motivo que da contenido a la causa* tiene la virtualidad de hacer a ésta justa o injusta (de cumplimiento), entendiéndose con arreglo a criterios ético-sociales.

Estos motivos harán que unas veces la causa de la ruptura sea justa (y excluya, su consecuencia, la indemnización) en virtud de *cierta «tipicidad»* de los motivos: como el supuesto de mutuo acuerdo de rup-

(80) Para ver cuándo existe causa que obliga a resarcir, ver ORTEGA PARDO, *La ruptura...*, ob. cit., págs. 622 a 627. Este autor cita como causas justas: ausencia del futuro contrayente, descubrimiento de defectos físicos o morales, conocimiento de acciones deshonorosas, malos tratos y ofensas graves al prometido, etc.

(81) Pensemos en caso de enfermedad hereditaria o vida licenciosa de uno de los futuros contrayentes. Si es conocida la enfermedad antes de la promesa y conocida se realiza ésta, hará que el hecho del incumplimiento sea considerado como «causa no justificada»; mientras que el conocimiento posterior hará del mismo hecho su calificación como «causa justificada». VALVERDE (*Tratado de Derecho civil*, tomo IV, 4.ª ed., págs. 80 y s.) mantiene que la causa ha de ser posterior a los sponsales, o anterior, pero conocida en momento posterior.

tura de esponsales, o de muerte de uno de los prometidos. Otras veces se podrá hablar de causa que tiene *motivos atípicos*, campo donde la función calificadora y discrecional del juez (82) adquiriría mayor relieve.

(82) La indeterminación legal de las causas (atipicidad) hace decir a COMAS, *La revisión del Código civil español*, tomo I, Madrid, 1895, pág. 204, que «es inevitable tratándose de materia tan delicada, pues la ley enrega este asunto de la indeterminación de las causas a la mera apreciación judicial, y ha de ser, por tanto, de tal latitud en la discusión, que la incertidumbre acompañará casi siempre al escándalo».

En nuestro Derecho histórico (*Partidas*, 4, 1, VIII) se incluían como causas justificadas: Si alguno de los desposados entra en Orden de Religión; cuando alguno se va a otra tierra y no lo pueden fallar, sin saber do es; si alguno se face gafo, ó contrecho, ó cegasse, ó perdiessse las narizes ó le aviniesse alguna otra cosa, más desaguizada que alguna destas sobredichas; si ante que oniessen de ser en uno, acaessiesse cuñadia entre ellos, de manera que alguno dellos se ayuntasse carnalmente con pariente, ó con pariente del otro; si consintien amos para deportirse; si alguno faze fornicio; si se desposase alguno dellos con otro ó con otra; si liencan robada esposa de alguno e yazen con ella, si non quisiere; quando algunos se desposan ante que sean de hedad».

CAPÍTULO II

LA AUTORIZACION JUDICIAL PARA CONTRAER MATRIMONIO

Con la modificación del Código civil por Ley de 24 de abril de 1958 queda redactado el artículo 49 en forma de hacer posible que la licencia familiar o privada para contraer matrimonio los hijos menores de edad no emancipados pueda ser sustituida, en caso de denegación, por otra pública o extrafamiliar.

El vigente artículo 49 establece: «Ninguno de los llamados a otorgar la licencia está obligado a manifestar las razones en que se funda para concederla o negarla.

No obstante, si la licencia fuera negada, el matrimonio podrá celebrarse si se autoriza por el ordinario del lugar o por el Presidente de la Audiencia Territorial, según fuere canónico o civil. A todos los efectos, la autorización equivaldrá a la licencia.

El Presidente de la Audiencia, oído el Ministerio Fiscal, adoptará su resolución en expediente que se instruirá por el juez encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante, en el que se oirá a los padres y a las personas que juzgue conveniente.»

La modificación de la Ley de 1958 no supuso una innovación desconocida en el Derecho antiguo. El Derecho romano hacía necesario «el consentimiento, para contraer matrimonio *los alieni iuris*, de los padres en cuya potestad se hallan los novios» (83). No obstante ser imprescindible la licencia, se encuentran excepciones a la denegación del consentimiento paterno; en el Digesto se admite que contra el principio de que «las nupcias no pueden subsistir si no media el consentimiento de todos, esto es, los que se unen y de aquellas personas bajo cuya potestad están» (84), se pueda recurrir contra la decisión paterna ante las autoridades públicas (85). Este recurso se concede ante el magistrado

(83) D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1973, pág. 251.

(84) L. 23, tít. 2, L. 2.

(85) Establece el Digesto, L. 23, t. II, L. 19, que «Por el capítulo 35 de la Ley Julia los que *contra derecho* hubieren prohibido que tomen mujer, ó que se casen, los descendientes que tienen en su potestad, ó los que no quieran darles dote, son *obligados* en virtud de Constitución de los Divinos Severo y Antonino

cuando la decisión paterna es *injustificada* (iniuria prohibuerint), y se entendía prohibido el matrimonio que no obtenía la autorización «extrafamiliarmente».

En nuestro Derecho histórico se admite la posibilidad de obtener la autorización extrafamiliar en la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776, que derogó la legislación nuevamente restaurada por la Ley de Disenso Paterno de 20 de junio de 1862 (86).

El artículo 49 del Código civil, con base en la Ley de Disenso Paterno (87), establecía que «ninguno de los llamados a prestar su consentimiento o consejo está obligado a manifestar las razones en que se funda para concederlo o negarlo, ni contra su disenso se dará recurso alguno». Con estas últimas palabras la anterior redacción del precepto dejaba abierto el camino para una arbitrariedad familiar, fruto de la mentalidad proteccionista y patriarcal que inspiró la época decimonónica en que se redactó el Código civil (88). La modificación de 1958 da entrada a los Tribunales de justicia, no sólo para poner en armonía nuestro Derecho positivo con el canónico (89), que sólo afectaría al matrimonio sujeto a la regulación del *Codex*, sino para no dejar al menor indefenso en supuestos de justicia y equidad (90).

por los Procónsules y los Presidentes de las provincias a colocarlos en matrimonio, y a dotarlos; y se entienden que lo prohíben los que no lo procuran». Cfr. GARCÍA DEL CORRAL, «Cuerpo del Derecho Civil romano», *Digesto*, tomo II, Barcelona, 1892, pág. 115; D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESSECA, GARCÍA GARRIDO y BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1972, pág. 105.

(86) «Declaro y mando —dice la Pragmática— que los padres, abuelos, deudos, tutores y curadores, en su respectivo caso, deban precisamente prestar su consentimiento si no tuvieran justa y racional causa para negarlo...» (ap. 8) «...y contra el irracional disenso... debe admitirse libremente recurso... a fin de que no se dilate la celebración de los matrimonios racionales y justos» (ap. 9).

La pragmática de Carlos III, de 1776, puede verse íntegra en la *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXVI, año 1865, «Observaciones sobre la inteligencia y aplicación de la Ley de disenso paterno, respecto a los matrimonios de los menores de edad», de NORBERTO SANTARÉN.

(87) El artículo 49 del Código encuentra su precedente en el artículo 14 de la Ley de 20 de junio de 1862, sobre disenso paterno, que suprimió toda intervención de autoridad en el matrimonio de los menores.

(88) García Goyena (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo I, Madrid, 1852, pág. 64) afirmará al comentar el artículo 51 del proyecto que basta pedir y obtener el consentimiento del padre «como jefe y cabeza que es de la familia».

(89) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, vol. V, tomo I, Madrid, 1961, pág. 123. Por otro lado, como mantiene CONDOMINES («La reciente reforma del Código civil», *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1959, pág. 301), la adaptación ha sido manifiestamente tímida, puesto que se mantiene el principio general de prohibición del matrimonio de los menores de edad, sin licencia, mientras que en el Derecho Canónico, canon 1.034, no se contiene tal prohibición.

(90) F. DE CASTRO, «El matrimonio de los hijos (con motivo del Concordato con la Santa Sede)», *Anuario de Derecho Civil*, 1954, pág. 54, dice que el abuso en la denegación familiar de la licencia se puede deber a error, a malquerencia, arbitrariedad o hasta por un egoísta cariño, y también por motivos interesados o inconfesados; y que el daño al menor puede no ser sólo el de un aplazamiento

Ante este hecho, el Código opta por remitir el problema al poder judicial (Presidente de la Audiencia Territorial), cuando de matrimonio civil se tratara, con objeto de solucionar el conflicto entre la decisión familiar y los intereses del hijo menor de edad no emancipado (91).

Se justifica la intervención judicial porque el matrimonio ya no se configura como una cuestión *privada y doméstica* sino de interés público, en beneficio de los *proprios* contrayentes y del *Estado*.

I. AUTORIZACION JUDICIAL SUBSIDIARIA

Al juez no se puede recurrir más que en el supuesto de que la licencia familiar (padre, madre, abuelos, reconocedores, adoptantes, etc...; cfr. arts. 46 y 47 del Código civil) haya sido desfavorable al matrimonio proyectado. El Código así lo recoge cuando dice: «No obstante, si la licencia fuera *negada*, el matrimonio podrá celebrarse si se autoriza por el presidente de la Audiencia Territorial...» (art. 49, 2.º). En el expediente de licencia deberá el solicitante demostrar que se pidió y que fue denegada por las personas de la familia a las que les correspondería concederla (92).

El Código se limita a recoger la subsidiariedad de la autorización judicial, sin determinar si ésta puede ir contra una *justificada* negativa familiar de la licencia.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1958 sienta que la «unión sería ilícita sólo en el caso en que, siendo los hijos menores de edad, *no se pida* el parecer de los padres o éstos se muestren *contrarios con justa causa* al matrimonio proyectado. Corresponde al Ordinario examinar en último instancia si existe o no en la negativa paterna una *causa razonable*. Y si se tratara de matrimonio civil, es el presidente de la Audiencia, oído el Ministerio Fiscal, a quien compete conceder la autorización, que equivaldría a la licencia, si *estimare injustificada* la negativa de los llamados a otorgar ésta».

El Derecho histórico (Pragmática de Carlos III, de 23 de marzo de 1776, arts. 8 y 9) expresó que los familiares «deben precisamente prestar su consentimiento, si no tuvieren *justa y racional causa* para

azaroso, sino tener carácter irremediable y decisivo para la persona (tomado de SANCHEZ, *Comentarios al Código...*, ob. cit., págs. 71 y s.).

(91) No se nos oculta que estas cuestiones familiares tienen una naturaleza tal que afectan a una esfera de vida en la cual es muy difícil que penetre la fría objetividad de las normas jurídicas y el rígido y oficial criterio del juzgador.

(92) Para ver la jerarquía familiar que establece nuestro Código y los supuestos en que el primer llamado a otorgar la licencia no pudiera prestarla, vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1961, págs. 121 y s.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, Madrid, 1975, págs. 50 y s.



negarlo, como lo sería, si el tal matrimonio ofendiese gravemente al honor de la familia o perjudicase al Estado; y así contra el *irracional disenso* de los padres, abuelos... deben haber y admitirse libremente recurso sumario a la justicia Real ordinaria...».

En la misma Pragmática se puede leer que «considerando los gravísimos perjuicios temporales que resultan a la república civil y cristiana de impedirse los matrimonios justos y honestos, o de celebrarse sin la debida libertad y recíproco afecto de los contrayentes, obligó a los padres, abuelos, deudos y tutores y curadores a prestar su consentimiento, si no tuvieran *causa racional y justa* para negarlo».

En el Derecho francés predominan los mismos criterios de nuestro Derecho histórico. Pothier (93) afirma que la ausencia o la lejanía de los padres, siempre que se conociera el lugar de su residencia, *no* habilitará al juez para suplir el efecto del consentimiento paterno y que aun cuando el menor hubiera pedido el citado consentimiento de sus padres y éstos se negaran sin alegar «razón alguna o alegando malas» tienen que ser tales las ventajas y tan evidentes —del matrimonio proyectado— y tal la «injusticia de la repulsa de los padres que sólo en estos casos el juez podrá suplir el consentimiento oyendo siempre a los parientes».

La modificación que introdujo la reforma legislativa de 1958 (al conceder recurso al juez) no anula la *ratio* de la norma que impone la necesidad de la licencia familiar: la licencia debe prestarla aquella persona ligada por relación de filiación, parentesco o, incluso, custodia, que es, en definitiva, quien conocerá las razones o motivaciones que hacen aconsejable su negativa o concesión.

Podemos concluir afirmando que al juez se puede recurrir para el caso de negativa de la licencia por padres (parientes o jefes de casas de Expósitos), como cuando sea *injustificada*. La Exposición de Motivos de la Ley de 1958 afirma que la autorización judicial «equivaldría a la licencia si *estimare injustificada* la negativa de los llamados a otorgar ésta».

El juez apreciará si la negativa familiar al proyectado matrimonio está o no justificada en el oportuno expediente (94).

(93) POTHIER, *Oeuvres*, puesto al día por M. Dupin, tomo V, París, 1835, página 177, núm. 328; pág. 179, núm. 332. El legislador francés de 1927 permitía el matrimonio de los menores con el consentimiento de la madre contra la voluntad del padre (CARBONNIER, *Derecho flexible*, traducción de Díez Picazo, Madrid, 1974, página 168).

(94) Dice el párrafo 3.º del artículo 49: «El presidente de la Audiencia Territorial, oído el Ministerio Fiscal, adoptará su resolución en expediente que se instruirá por el juez encargado del Registro civil del domicilio del solicitante en el que se oirá a los padres y a las personas que juzgue conveniente.» Se trata de

No puede ser justificada la negativa familiar que se apoye en aquellas razones que lo fueran en momentos históricos pasados: en el llamado «decoro social», en «cortar los matrimonios desiguales y la confusión de clases», en «quedar malparada la autoridad del padre» cuando no fuera éste el que decidiera la conveniencia del matrimonio proyectado (95) o en que el «matrimonio ofendiese gravemente al honor de la familia o perjudicase al Estado» (96).

Parece innegable que «se ha de otorgar la licencia no de un modo genérico, sino con *relación a un proyecto de determinado matrimonio*» (97). Y en relación al concreto proyecto de matrimonio, el juez oír a padres, amigos, vecinos y demás personas que tengan interés o relación en el futuro matrimonio, y examinará las circunstancias sociales, económicas, personales, jurídicas o de cualquier otro tipo que hagan aconsejable la unión proyectada o, por el contrario, la desaconsejen. Actuará el juez como un «buen padre de familia»; no obstante, en los actuales tiempos deberá favorecer, en la medida de lo posible, el deseo del menor a la celebración del matrimonio proyectado.

II. MOTIVOS DE LA DENEGACION DE LA LICENCIA

Establece el párrafo 1.º del artículo 49 del Código civil que «ninguno de los llamados a otorgar la licencia está obligado a manifestar las razones en que se funda para concederla o denegarla». La redacción de este párrafo nos sugiere estas preguntas: ¿Es extensible esta facultad al juez que debe resolver subsidiariamente? ¿Están obligados los llamados a conceder la licencia para manifestar las razones en que fundan su negativa al juez instructor del expediente?

Respondiendo a esta segunda cuestión, en base al párrafo antes transcrito, ninguno de los llamados está obligado a manifestar los motivos de su negativa frente al menor que solicitó la licencia (98), pero

un expediente de jurisdicción voluntaria que se inicia por solicitud del menor al que se le haya negado la licencia: SANCHEZ, *Comentarios al Código...*, tomo II, ob. cit., pág. 72.

(95) Cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo I, Madrid, 1943, pág. 370.

(96) Cfr. artículo 8 de la Pragmática de Carlos III, de 23 de marzo de 1776, en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXVI, Madrid, 1865, página 194. (*Observaciones sobre la Ley de Disenso paterno*, de NORBERTO SANTARÉN.)

(97) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, vol. I, Madrid, 1961, pág. 123.

(98) Se trata de una «declaración discrecional, por cuanto no necesita motivarse, lo cual es de particular importancia en el caso de que sea negativa. Nada impide, sin embargo, que se expresen las razones para otorgar o negar la licencia, lo cual puede ser muy conveniente si la licencia es negada, en cuanto pueden contribuir a que la negativa sea aceptada por el menor, disuadiéndole de recurrir

considero, no obstante, que sí *están obligados* a exponerlos ante el juez. En el artículo 49, *in fine*, se dice que, en el expediente, el juez «oírás» a los padres o a las personas que juzgue conveniente; ¿con qué finalidad?, ¿sólo con la de corroborar que denegaron la licencia solicitada?, ¿sólo para examinar, no los motivos de la negativa familiar, sino para examinar los de su conveniencia? Nos parece que la manifestación de los motivos determinantes de la negativa familiar entran dentro del juego de la subsidiariedad judicial para autorizar el matrimonio.

Resulta contradictorio el mantenimiento de la reserva del secreto familiar (99) y la subsidiariedad judicial por la injustificada negativa de licencia; ante la *exposición* de los motivos determinantes de dicha negativa, el juez habrá de valorar discrecionalmente la justificación de la misma. Esta afirmación tiene un doble interés: no desplazar el centro de gravedad de la licencia familiar hacia una autorización pública o extrafamiliar y, por otro lado, centrar la actuación de los jueces en la libre valoración de los hechos determinantes de la negativa familiar.

Cuando el Código hace referencia a los «padres» lo hace impropia mente para mencionar a todas las personas que señala el artículo 47, y cuando lo hace «y a las personas que juzgue convenientes» se refiere a toda persona —familiar o no— que pudiera contribuir al exacto criterio y a la justa convicción del juez.

Respecto a la otra cuestión planteada estimo que el juez que instruye el expediente debe manifestar las razones que abonan para concederse o denegarse la autorización, con objeto de que el presidente de la Audiencia tenga base suficiente para su resolución (100).

contra ella», SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código...*, tomo II, pág. 71. (Lo subrayado es nuestro.)

(99) BATLLE SALES (*El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, 1972, pág. 135) al comentar la permisón legal de no manifestarse las razones en que se funda la concesión o denegación, mantiene que «no es sino en razón de que pueden ser concededores de hechos o circunstancias por las cuales les parezca desaconsejable el matrimonio, cuya exposición pudiese dañar la intimidad de la familia... o se considere que la exposición de unos motivos no va a ser guardada con discreción y por esto calle, prefiriendo protegerlos con su reserva.

(100) No entendemos muy bien el porqué la resolución judicial sea adoptada por el presidente de la Audiencia Territorial, cuando en verdad es el juez instructor del expediente el que formará la convicción acerca de la conveniencia o no de otorgar la autorización y en consecuencia de la situación concreta del menor; creemos que lo querido al no admitirse recurso alguno contra la decisión judicial es que sea el órgano superior (presidente de la Audiencia) el que fiscalice la «justicia» y «conveniencia» de la decisión del inferior, sin otorgar el posterior trámite procesal de revisión o recurso. Para mantener el principio de inmediación, de observancia en el proceso civil (cfr. ALFONSO DE PAULA PÉREZ, «El principio de inmediación y el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil», *Rev. de Derecho Procesal*, abril-junio, 1969, págs. 490 y s.) debía haberse otorgado competencia al propio juez instructor del expediente.

El auto que ponga fin al expediente podrá y deberá motivar la resolución, siempre que de la exposición de los motivos no se deduzca lesión a la intimidad familiar.

La autorización judicial, por «equivaler a la licencia» y responder al mismo fin, debe darse antes de la celebración del matrimonio proyectado: «El matrimonio podrá *celebrarse* si se autoriza por el presidente de la Audiencia Territorial.» De no darse dicha autorización en momento anterior, los esposos incurrirán en las sanciones del artículo 50 del Código civil (101).

(101) Sobre el carácter de sanción o no de las prohibiciones del artículo 50 y el cambio de significación que puede suponer en aquél la Ley de 2 de mayo de 1975, cfr. SILVIA DÍAZ ALABART, «Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la Ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil», *Rev. de Derecho Privado*, junio, 1976, páginas 516 y s.; SANCHEO REBULLIDA, *Comentarios al Código...*, tomo II, ob. cit., página 75; y ROCA GUILLAMÓN, «Notas sobre los artículos 45-50 del Código civil», en *Libro homenaje a Batlle Vázquez*, Madrid, 1977.

En una futura reforma del Derecho de familia debería suprimirse el tono sancionador de aquellos que se casaran sin licencia.

CAPÍTULO III

DOMICILIO FAMILIAR

La circunstancia del domicilio como *residencia habitual y real* determina el ámbito de la actuación judicial en la fijación del domicilio conyugal (102).

En el domicilio conyugal hemos de partir de la *realidad* de la vida en común de los esposos: Los cónyuges, dice el artículo 56 del Código civil, «están obligados a vivir juntos» (103).

Con la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975 se suprimen los términos «vejatorios» que contenía el artículo 58 (104). En una interpretación del viejo artículo 58 la mujer sólo podía ser eximida de seguir a su marido «donde quiera que aquél fijase su residencia» (incluso cuando fuera en Ultramar o en país extranjero) por mediar una «justa causa». Esta norma, calificada de injusta y poco razonable (105), concedía al marido el derecho de elección.

El artículo 58 tras la reforma dice así: «Los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de su residencia. En su defecto, si hubiere hijos comunes, prevalecerá la decisión del que ejerza la patria potestad, sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge pueda el juez determinar lo procedente en interés de la familia. En los demás casos resolverán los Tribunales.»

(102) Sobre domicilio, cfr. CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1952, pág. 452, y sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1972, 23 de abril de 1970 y 16 de junio de 1966, entre otras.

(103) «La interpretación gramatical del artículo 58 no puede contradecir al 56 que es, en principio, de *orden público*», SANCHEO REBULLIDA, *Comentarios al Código...*, ob. cit., tomo II, pág. 133.

(104) El texto del citado artículo imponía que: «La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podían con justa causa eximiría de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero.»

(105) LACRUZ y ALBALADEJO (*Derecho de Familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 168) mantienen que dada la redacción del anterior artículo 58, la exclusión de seguir al marido ni siquiera obedecía a una medida de distancias: Gerona se halla más cerca de Francia que de Huelva, y es el traslado al extranjero, sin embargo, lo que cuenta.

I. DEBER DE VIDA EN COMUN DE LOS ESPOSOS: DOMICILIO FAMILIAR

En principio, la obligación de «vivir juntos» que impone a los cónyuges el artículo 56 del Código civil se ve matizada por el «común acuerdo» del artículo 58. Esta matización no la entendemos en el sentido de que por pacto se fijará una *distinta residencia* a cada uno de los cónyuges. Tal pacto creemos que, por atentarse a los fines del matrimonio, sería nulo. El arbitrio y libertad de los cónyuges llega solamente hasta el *cómo* ha de cumplirse el deber de *vivir juntos*, pero no a evadir su observancia. El domicilio conyugal no es sólo un lugar geográfico determinado exactamente, sino que está en relación con la *clase* y *forma* de los derechos y deberes que una persona tiene que cumplir; el domicilio *común* viene impuesto por consideraciones de orden moral y de orden práctico, útiles y necesarias para la vida material de los esposos y de la familia.

El artículo 58 viene a exigir la *obligatoriedad* de fijar *conjuntamente* la residencia conyugal o familiar en base a la finalidad de la situación matrimonial.

Cuando el Código civil dice que «los cónyuges *fijarán* de común acuerdo el *lugar* de su residencia», debe entenderse no como determinación de un domicilio cualificado para las respectivas esferas profesionales, sino como *residencia* habitual para vivir con su familia, es decir, de localización del hogar familiar en el sentido amplio del término; de fijar la *sede material* (106) donde se *cumplirán los deberes* de mutua asistencia, educación y vida en común de los miembros que componen la familia (107).

(106) La sentencia de 19 de junio de 1963 (colección Legislativa del Ministerio de Justicia, núm. 591) establece que hogar familiar equivale a tanto como a sede física de la familia donde se halle establecida para el cumplimiento normal de sus *finés* propios de mutua asistencia, sin que pueda decirse que esta vida en común desaparece por el hecho de que no se puede desarrollar dentro de un mismo edificio en todas sus manifestaciones, pues por la amplitud de la familia, de sus actividades, de la falta de espacio en un local único y adecuado, o por otras causas, puede verse obligada aquélla a servirse de varias dependencias unidas o separadas, sin que por ello pierda la unidad orgánica natural y jurídica, que la caracteriza, como se ha dicho repetidamente y de distintas formas por este Tribunal en sentencia como las de 28 de febrero de 1953, 7 de febrero de 1961, 19 de febrero de 1962 y otras.

(107) El Tribunal Supremo ha establecido que «el abandono del hogar no debe interpretarse como el abandono físico del domicilio familiar, sino que debe comprender al cónyuge que *deja de cumplir los deberes* legales de asistencia inherentes a la patria potestad y al matrimonio, aunque permanezca el marido en el domicilio familiar (sentencia de 18 de noviembre de 1974).

Las relaciones personales entre los cónyuges son «de difícil sanción jurídica, precisamente por sus acusados presupuestos éticos y sociales» (Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975), contra las que no caben efectos pecu-

II. CRITERIOS PARA LA FIJACION DEL DOMICILIO

El Código deja a los futuros cónyuges libertad para que de consuno fijen su domicilio conyugal, ya sea de forma expresa (108), ya por hechos concluyentes, que prueben el acuerdo.

En el caso de que los cónyuges no lleguen al acuerdo sobre cuál deba ser su domicilio común, prevé el Código civil que «si hubieren hijos comunes, prevalecerá la decisión de quien ejerza la patria potestad». Pero si no hay hijos comunes el criterio de la patria potestad no sirve para la fijación del domicilio conyugal o familiar, lo cual no confiere poder de decisión a ninguno de los cónyuges y hace posible la existencia de dos domicilios distintos (109), y, en todo caso, el recurso a los jueces o Tribunales (110).

La equiparación de los cónyuges que sanciona la Exposición de Motivos de la Ley de 1975 y la «igualdad» jurídica de los sexos que establece la Constitución de 1978 implican que ante el «desacuerdo» sea necesario recurrir a un elemento heterónomo a la familia para decidir la solución del conflicto. Este elemento heterónomo no debe ser otro que el juez.

El juez, en la función decisoria de la discrepancia conyugal, está sometido a determinadas condiciones. Unas, impuestas legalmente; otras, derivadas de la propia razón de la norma:

a) Es necesaria la falta de acuerdo de los cónyuges. Toda actuación judicial tiene siempre carácter *subsidiario* y a *instancia de parte*. No intervendrá el juez cuando los esposos actúen legitimamente de consuno.

niarios directos sino penales (art. 487 del Código penal) o civiles (separación, desheredación).

Vid. MARÍA DEL ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1973, págs. 323 a 346.

(108) Puede hacerse, entre otros, bajo la forma de capitulaciones, pues es «instrumento nupcial donde caben pactos de muy diversa índole» (LACRUZ-ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 272).

(109) En repetidas ocasiones el Tribunal Supremo ha contemplado la realidad de dos domicilios distintos: sentencias de 29 de diciembre de 1952, 15 de enero de 1946, 20 de febrero de 1945 y 7 de octubre de 1949, entre otras.

(110) Nótese que el texto propuesto por la Ponencia del «Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio, relativos a la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges», no hace esta distinción sino *únicamente* remite al juez en defecto de común acuerdo conyugal: «Si hubiere hijos prevalecerá la decisión de aquel cónyuge que tenga la patria potestad, y, si no los hubiere, resolverán los Tribunales.»

Sobre este punto, cfr. LACRUZ, *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*, Madrid, 1975, pág. 44; GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, vol. II, pág. 905.

b) El Código establece como criterio preferente para la fijación del domicilio común el de quien ejercite la patria potestad sobre los hijos comunes. Por ello estimo que cuando en el último párrafo del artículo 58 se alude a «los demás casos» se refiere a aquellos conflictos en que no haya posibilidad de atribución de la patria potestad (111).

La patria potestad sólo es un módulo o un criterio orientador para el juez. Ha de valorarlo *conjuntamente* con el llamado «interés de la familia», que a su vez es uno de los medios que la ley concede al cónyuge que no estuviera de acuerdo con la fijación domiciliaria. Por otro lado, este «interés de familia» impide al cónyuge disidente oponerse por razones *estrictamente subjetivas*.

El Código ha querido dejar al juez un *amplio* margen de discrecionalidad al someterse sólo a decidir en interés de la familia. Es tan amplio el término y tan genérico que tiene el inconveniente de no poder precisar «a priori» cuál sea dicho interés. Se podría hacer un «baremo de intereses» en el que ocuparan los puestos preferentes la vida de los miembros familiares, la atención de sus necesidades primarias, su educación, etc..., pero la única solución posible y, sin duda, la que ha querido el legislador al expresarse en términos tan vagos (112), es la de dejar al juez, a la vista del *caso concreto*, la apreciación discrecional del interés familiar.

Afirma Lacruz Berdejo (113) que este interés familiar es la antigua «justa causa», y Gullón Ballesteros, que es el interés de los hijos «in potestate»; hay que considerar qué interés familiar existiría aún no habiéndolos, y, no obstante, el nuevo artículo 58 no sujeta la decisión del juez entonces, para solucionar la discrepancia al mismo, como sería lo lógico (114).

Como se ha dicho anteriormente, el interés familiar ha de deducirlo el juez del caso concreto: Unas veces será determinante de dicho interés el de los hijos «in potestate»; otras, razones de tipo económico: el seleccionado por el cónyuge que obtenga los ingresos familiares o donde radicara su profesión o su trabajo o industria; o de tipo moral o per-

(111) Nuestro Código, sin desprenderse de la concepción del padre como jefe de la familia y titular de la patria potestad (a la madre sólo subsidiariamente, cfr. arts. 154 y s.), le está *de hecho* atribuyendo la primacía de la fijación domiciliaria.

Hubiera sido más sincero que la falta de acuerdo de los cónyuges sobre la fijación del domicilio se hubiera dejado ésta al marido, como así hace expresamente el artículo 215 del *Code civil* en su nueva redacción de 4 de junio de 1970.

(112) El «interés de la familia» de nuestro artículo 58 es un término que concede una mayor libertad al juzgador que los «inconvenientes graves» a que hace referencia el artículo 215 del *Code*.

(113) J. LUIS, LACRUZ BERDEJO, *El nuevo...*, ob. cit., pág. 43.

(114) GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios a las reformas...*, ob. cit., pág. 904.

sonal: enfermedad de un miembro familiar, clima pernicioso para la salud, atención a padres viejos o enfermos, lugar inadecuado para la educación de la prole, etc. (115).

En el caso de contraposición de intereses entre marido y mujer, si no hay hijos, el juez podrá, valorando la respectiva profesión, cultura, edad, etc., preferir una opinión frente a otra; mientras que si hubiera hijos, la contraposición de intereses de los padres ceden ante el interés de los hijos.

No puede existir *un* interés familiar, sino *el* interés familiar que la concreta situación requiera. El artículo 68, 2.º, que podríamos traer a colación, habla de «intereses familiares más urgentemente necesitados de protección», con lo que reconoce la existencia de varios y variados intereses necesitados de proteger, en la situación concreta y real que se nos presente.

Por todo ello, entiendo que cuando el último inciso del artículo 58 alude a que «en los demás casos resolverán los Tribunales» no es una remisión a la *arbitraria* fijación judicial del domicilio, pues ésta se ha de someter a un doble condicionamiento legal: que no existan hijos, y al «interés de la familia», que siempre ha de darse, aunque no existan aquéllos, y se traduce, en suma, en control objetivo de la discrecionalidad judicial (116).

c) Sobre la base de la libertad de los cónyuges y de su equiparación dentro del matrimonio, el juez ha de actuar *más como mediador* que como decisor. Por ello creemos que no podrá señalar un domicilio distinto al propuesto por alguno de los cónyuges, es decir, no queda facultado para fijar un tercer domicilio. En todo caso, ha de decidir cuál de los propuestos por los cónyuges es el más ventajoso para la familia y satisface el interés familiar de la concreta situación.

De todas formas, es poco imaginable ver en la realidad a un matrimonio litigando acerca de cuál va a ser su domicilio a través de los

(115) El juez debe valorar para fijar el domicilio conyugal que éste es real y serio, tiene cierta estabilidad y puede abrigar dignamente a la familia, reuniendo las condiciones de moralidad propia de cada familia; atenderá igualmente a los motivos profesionales que hagan necesario el cambio o la fijación «ex novo» del domicilio. Cfr. así YVES CHARTIER, «Domicilie conjugal et vie familial», *Revue Trim. de Droit civil*, 1971, págs. 510 y s. Ver igualmente ANDRÉE MAYER-JACK, «Singularités du domicile conjugal et avènement du domicile familial», *Revue Trim. du Droit civil*, 1972, págs. 1 y s.

(116) El juez acomodará la aplicación a criterios legales y no por su personal criterio; cfr. LETE DEL RÍO, «Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, febrero, 1976, págs. 111 y s.

trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, que es el procedimiento válido para ello, al no haber señalado ninguno especial ni estar determinada la cuantía (117).

(117) Cfr. así SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil...*, ob cit., tomo II, páginas 134 y 135; LACRUZ, *El nuevo Derecho...*, ob. cit., pág. 41.

Podría aventurarse, dada la finalidad de urgencia que puede revestir la fijación del domicilio, la utilización del procedimiento incidental en base a los artículos 741, 490, 494 y 491 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque encuentra obstáculo en el 483, 3.º de la misma Ley, y numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 3 de junio de 1966 (R. A. 2.875).

CAPÍTULO IV

SEPARACION JUDICIAL Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

Para proteger, con eficacia y justicia, el elemento más débil en las situaciones donde la convivencia matrimonial es imposible, o donde el matrimonio es sólo una apariencia, la ley concede al juez un cierto margen de libertad para la más adecuada satisfacción del interés tutelado.

El campo de discrecionalidad del juzgador se amplía en la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958 y lo confirma la de 2 de mayo de 1975; sin perjuicio de que se vea reforzado y aumentado en la futura y próxima reforma del Derecho de familia, por exigencia de la Constitución de 1978.

En el Derecho vigente, las medidas judiciales que pueden adoptarse en la separación y nulidad del matrimonio están, en la mayoría, presididas por la discrecionalidad judicial, a fin de poder conjugar los factores morales y personales con los económicos y materiales que las circunstancias del caso requieran. Pero que en el proceder judicial existe discrecionalidad no significa que se realice fuera de los límites legales, pues estará presidido, en último caso, por la realización del interés contemplado por la norma de entre los existentes en el conflicto (118).

(118) Según GONZALEZ ALEGRE («Sistematización procesal de las medidas provisionales en relación con la mujer casada y separación de los cónyuges. Estimación crítica de las reguladas con este carácter en los artículos 67 y 68 del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1968, tomo 224, págs. 50 y siguientes) al examinar las medidas previas afirma que la relación que debe existir entre lo que se solicita y lo que el juez acuerde conforme a ello, el Código, por una parte, y la Ley de Enjuiciamiento Civil, por otra, no pueden merecer sino la más severa crítica en cuanto al sentido imperativo con que aparecen redactados los artículos 67 y 1.881. Por el contrario, el artículo 68 del Código civil, que repite la Ley de Enjuiciamiento Civil, se advierte «dados los términos en que está redactado, con respecto a cada una de las medidas que va anunciando, el amplio campo que al arbitrio judicial queda encomendado, en contraposición a la forma casi mecánica que en la adopción de las medidas de aquella fase previa el juez quedaba constreñido, quizá debido a la urgencia con la que se adoptan, a la falta de contradicción e interinidad de las mismas. No obstante, en todas las medidas por la aplicación particular al caso concreto precisa de ese arbitrio judicial que el factor humano no sólo aconseja, sino exige.



I. MEDIDAS PRELIMINARES A LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA DE SEPARACION O DE NULIDAD

Estas medidas intentan asegurar la libertad de determinación personal de la esposa cuando se proponga demandar de separación o de nulidad de su matrimonio. Su razón está, a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975, no en sustraerla a la «autoridad del marido» (119), sino en el mantenimiento de la propia libertad e independencia de la persona que, como atributo de la misma, debe predicarse en términos generales.

Quedarán sin efecto las medidas preliminares si en los treinta días siguientes no se acreditara la interposición de la demanda o en cuanto se justifique la inadmisión de ésta (art. 67 Código civil). No obstante el carácter caducable de estas medidas, pueden ser prorrogadas si se acreditara a satisfacción del juez que han sido causas *no imputables* a la mujer las que hacen imposible interponer la demanda (cfr. artículo 1.885, 2.º, L. E. C.).

La *libre* voluntad de la mujer excluye, en consecuencia, la facultad del juez para prorrogar las medidas.

Existe un problema fáctico donde el arbitrio judicial juega su papel, consistente en averiguar hasta dónde las coacciones, el miedo, la intimidación, la confianza de la mujer en las promesas engañosas de su marido de no atentar contra su libertad; de no efectuar malos tratos, injurias o corrupción (cfr. art. 105, 2, 3 y 5) afectará a la capacidad de decisión de la mujer para excluir su responsabilidad; es a las facultades discrecionales del juez a quien se confía la norma para apreciar las circunstancias de edad, cultura, dependencia económica, influencia moral del esposo, estado anímico, etc., que determinará la causa justificada de la no interposición de la demanda, y en consecuencia conceder la prórroga; pero entiendo que sólo cabe una interpretación *restrictiva* de facultad judicial, no sólo por la nota de urgencia de las medidas (120), sino también porque, aun dadas en protección de la mujer, tienen el carácter de sanción civil preventiva.

(119) Díez Picazo, en un interesante y sugestivo artículo sobre «La situación jurídica del matrimonio separado» (*Revista de Derecho Notarial*, núm. 31, 1961, página 11), establece el fundamento de estas medidas en «la garantía de la libertad personal de la mujer en orden a la preparación del procedimiento de separación, sustrayéndola a la autoridad del marido». Nótese que es anterior a la Ley de 1975.

(120) Por ello no podrá el juez adoptar medida alguna que afectara al régimen económico matrimonial. Cfr. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 240; Díez GÓMEZ, «La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1958, págs. 327 y s.



Estas medidas, según el interés que protejan, pueden agruparse:

A) MEDIDAS EN RELACIÓN CON LA MUJER CASADA

1. *Se le separe provisionalmente de su marido y se le señale un domicilio*

La intervención del juez para la fijación del domicilio queda relegada a un plano *subsidiario* a falta de elección por la mujer. Esta posición es más acorde (cfr. art. 1.882 L. E. C.) con la finalidad de la medida (121). Debe el juez respetar, por tanto, el domicilio elegido por la mujer, aunque estuviera separada de hecho, pues no se opone a que se acuerde la separación la circunstancia de que la mujer esté en dicha situación de hecho (sentencia de 31 de octubre de 1958), legalizando, de esta forma, el domicilio que tuviera la mujer. Igualmente creemos que la elección por la mujer puede recaer en el domicilio «común» o conyugal, aunque en tal caso el juez valorará con *estricto* criterio la conveniencia para la mujer y los hijos, que hubieran de quedar bajo su custodia (122). El juez valorará, con rígido criterio, la adscripción del domicilio común elegido por la esposa, pues ello implicaría, la mayoría de las veces, que salga de él el marido; lo que de *lege data* supone una privación de derecho que unido al carácter de «urgencia preventiva» de esta medida es de insoslayable gravedad.

(121) DÍEZ PICAZO, «La situación jurídica del matrimonio separado», *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pág. 17, nota 13, compagina la antinomia existente entre el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido que la dicción del artículo 67 del Código civil no es probablemente exacta: No se trata de que la mujer «pueda» pedir que se le señale su domicilio de tal manera que este señalamiento quede a su arbitrio y voluntad, sino de que si la mujer solicita la separación provisional «tiene que» pedir al mismo tiempo que se le señale un domicilio. La petición de señalamiento de domicilio es contenido necesario de la solicitud de separación provisional (art. 1.882 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cfr., igualmente, GONZÁLEZ ALEGRE, *Sistematización procesal...*, ob. cit., pág. 57.

(122) Esta posibilidad es más acorde con la urgencia del caso (art. 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de proteger el interés de los hijos que se verían obligados a cambiar del lugar donde física y psicológicamente están acostumbrados; por otra parte, el artículo 1.894 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que la mujer se restituirá «a la vivienda común si hubiere salido de ella».

Sobre este punto, v. FERRER, «El nuevo procedimiento para la separación provisional de los cónyuges», *Revista General de Derecho*, 1959, págs. 9 y 220; DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, pág. 300; GONZÁLEZ ALEGRE, *Sistematización procesal de las medidas...*, ob. cit., pág. 52, mantiene que la designación por la mujer debe recaer en el que no sea común, «pues en esta primera fase, como no existe contienda entre ambos cónyuges, no puede quedarse en el que sea del matrimonio, como puede ocurrir en la segunda fase».

La discrecionalidad judicial versa sobre la *valoración* de los *motivos* (123) que la mujer haya tenido para realizar la elección. En esta valoración predominará el interés particular de la mujer, o el de los hijos en su caso (124).

La aprobación judicial del domicilio tiene la virtualidad de establecer el «domicilio legal» de la mujer en trámite de separación o nulidad de su matrimonio. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1.882, 2.º, establece la obligación de «residir» en el domicilio fijado mientras subsiste la separación (125); pero ello no es obstáculo para que la mujer altere a su conveniencia y la de sus hijos, si los tuviere, el domicilio designado, aun cuando haya de requerir *nueva aprobación* judicial (cfr. art. 1.893 Ley de Enjuiciamiento Civil). Ante la falta de sanción jurídica por el incumplimiento de la obligación de residencia exigido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.882), el juez *deberá* aprobar el nuevo domicilio solicitado cuando de la causa alegada por la mujer no se deduzca perjuicio alguno para los hijos, debiendo, en todo caso, «homologar» con su aprobación el deseo de la mujer (126).

2. Designación de persona bajo cuya custodia deba quedar la mujer casada menor de edad

El artículo 1.882, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, complementario del 67 del Código civil, establece que «si la mujer fuese menor de edad quedará confiada a su padre, madre, persona a quien, en su caso, corresponda la tutela, a otro pariente o a un extraño designado por el juez entre los que la interesada proponga».

Esta custodia legal plantea el problema de si la designación judicial puede recaer indistintamente en cualquiera de las personas menciona-

(123) Artículo 1.882, 2.º: «Si fuese mayor de edad, señalará en su solicitud de separación el domicilio en que habrá de residir mientras aquélla subsista, especificando las razones de su elección que el juez aprobará o denegará. En el segundo supuesto repetirá aquella designación hasta que recaiga aprobación judicial.»

(124) Pensamos que estamos ante el supuesto de mujer casada mayor de edad cuyo interés propio sabrá ponderar. Sólo cuando haya hijos que hubieran de quedar bajo su custodia el juez preferirá el interés de éstos al de su madre.

(125) Afirma Díez PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio separado*, ob. cit., pág. 20, que «la colocación de la mujer bajo custodia o depósito y la concesión de plena libertad son soluciones que tienen un claro sentido, pero esta designación judicial de domicilio es un término medio vacío de contenido y, aunque otra cosa se crea, vejatoria para la mujer».

(126) Las causas alegadas pueden ser de todo tipo: alejarse de la población donde es conocida, proximidad al colegio de sus hijos, cercanía al domicilio de parientes, razones de salud, etc. V. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, «Familia», Madrid, 1972, pág. 145; Díez PICAZO, *La situación de matrimonio separado*, ob. cit., págs. 20 y 21.

das en el propio artículo o si por el contrario la facultad del juez para designar a «otro pariente o un extraño» es sólo en defecto del orden gradual del padre, madre o del tutor eventual o presunto. Nuestra doctrina (127) es partidaria de esta segunda solución interpretativa; pero para que el juez realice la valoración de los intereses en juego (vg., posible enemistad de la mujer con sus padres a causa de la separación) debería hacerse una interpretación *extensiva* de las facultades judiciales (128).

B) MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS

La redacción del artículo 67 del Código civil («se le confíen los hijos menores de siete años») y la del 1.881, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil («colocará el juez en poder de la mujer los hijos del matrimonio menores de siete años»), permite que hagamos dos puntualizaciones. Primera, que el juez no puede conferir la patria potestad a la madre; «confiar» y «colocar» no suponen facultad para que el juez atribuya la patria potestad a la madre, con la consecuente pérdida por el padre (129).

Segunda, que la limitación de que se le confíen a la madre los hijos menores de siete años no debe ser interpretada en sentido restrictivo; es decir, que no tiene que sujetarse el juez a confiar a la madre los hijos menores de siete años y al padre los mayores de esta edad (130);

(127) ALBADALEJO y LACRUZ, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 133; DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...* ob. cit., pág. 23. Para este autor «tal vez hubiera sido el camino más adecuado para enfocar el problema de la protección de la mujer menor de edad el resucitar limitadamente la autoridad paterna de no existir una justa causa para establecer una limitada tutela».

(128) Si con DÍEZ PICAZO (*La situación jurídica de matrimonio...*, ob. cit., página 23) hay que entender que la «custodia» de que habla el artículo 67 del Código civil y el quedar «confiada» a que se refiere al 1.882 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede entenderse más que en el sentido de tener a la mujer menor de edad en su compañía y la persona encargada de la custodia es un guardador en este limitado sentido, es de lógica que el juez indague la eficacia, validez y realismo de esta *cumpanis*. A mayor abundamiento las reformas de 1958 y 1975 han deseado potenciar la discrecionalidad del juez. El artículo 1.882, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no sanciona expresamente su orden gradual defectivo, y la mujer, en todo caso, goza de la facultad de *elección* con la persona que ha de quedar «en compañía».

(129) Cfr. así DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., página 24; LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 133; SANCHEO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil...*, tomo II, ob. cit., pág. 173.

(130) Parece deducirse así de GONZÁLEZ ALEGRE (*La sistematización procesal de las medidas...*, ob. cit., pág. 58) cuando establece que «no se determina por la Ley en esta fase régimen alguno de visitas que pueda ser acordado por el juez, y, por tanto, no se pone de acuerdo las partes, o mejor los cónyuges, el marido quedará privado de ver o visitar a los menores de siete años y la mujer a los mayores de esta edad».

pues entiendo que el juez, valorando «discrecionalmente la *necesidad* y *urgencia* del caso» (cfr. art. 1.881 Ley de Enjuiciamiento Civil), podrá confiar a la madre todos los hijos, mayores o menores de siete años. No podrá, sin embargo, privar del cuidado de la madre a los menores de esa edad.

C) MEDIDAS ECONÓMICAS

La fijación judicial de los «auxilios económicos necesarios» (artículo 67 Código civil) versará sobre lo «necesario para la subsistencia» (art. 1.883 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Hay quien mantiene que estos «auxilios económicos» entran en el concepto de alimentos restringidos (131); éstos los concreta la ley a los hermanos y a supuestos de filiación ilegítima (cfr. art. 143), por lo que la situación matrimonial que contemplamos no tiene cabida en aquel concepto.

El *quantum* a fijar como «auxilios económicos» será determinado por el juez a la vista del deber de mantenimiento familiar; es decir, respetando las cargas y obligaciones que se soportaran en un momento anterior; no podrá el juez desligarse, en consecuencia, de la posición económica familiar, sin perjuicio de que el marido, en trámite de audiencia, demostrara la carencia de caudal para hacer frente a la pensión solicitada o la falta de necesidad en los términos exigidos (cfr. artículo 1.883 Ley de Enjuiciamiento Civil).

II. MEDIDAS PROVISIONALES DURANTE EL PROCESO

Estas medidas, aunque la facultad discrecional del juzgador adquiere un mayor relieve después de la reforma de 1958 (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1959), podrán no adoptarse durante la sustanciación del proceso por falta de petición (132).

(131) Díez PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., pág. 25, entiende que son los alimentos restringidos y que como compensación por tal carácter mínimo tiene la mujer derecho a percibir, bajo inventario, ropas, enseres y muebles para ella y para sus hijos (art. 1.881, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil); vid. también, GARCÍA LAVERNIA, «Medidas provisionales en relación con la mujer casada», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1959, págs. 642 y s.

(132) Así, Díez PICAZO, *La situación jurídica...*, ob. cit., pág. 27, nota 25; SAN CHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil...*, tomo II, ob. cit., pág. 179, legitimados activamente están los cónyuges, el Ministerio Fiscal y el tercero interesado. Apoyan legalmente el carácter rogado de estas medidas los artículos 1.895, 1.º («pueden solicitar»), y 1.893 («podrán ser modificadas a petición») de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La actuación de oficio sólo viene sancionada en el artícu-

A) MEDIDAS JUDICIALES EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES

El juez ante el mandato legal de «separar a los cónyuges en todo caso» (133) carece de juicio valorativo para denegarla, consecuencia ineludible del *recíproco* interés de ambos cónyuges.

Por el contrario, para «determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común», el juez ostenta cierta discrecionalidad con tal de acomodar su proceder a la satisfacción del interés familiar que requiera protección (cfr. art. 68, 2.º, Código civil y 1.887, 2.º, Ley de Enjuiciamiento Civil). Este interés es el de los hi-

lo 1.891 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para determinadas medidas de aseguramiento y corroboran determinadas sentencias, como la del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1960 (R. A. 2.282).

La efectiva protección del interés más necesitado de protección en estas anormales situaciones matrimoniales (los hijos) se conseguiría potenciando la actuación de oficio cuando lo requieran las circunstancias. La mala fe, el error o el mal planteamiento del pleito puede causar un perjuicio que llegue a ser irreparable, por lo dilatado en el tiempo que, en la práctica, suelen tener estas medidas provisionales.

(133) La interpretación de este párrafo ha suscitado controversia doctrinal. Para CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, 1961, pág. 698, con las frases «en todo caso» lo que se quiere significar es que la medida es indefectible, en el sentido de que no puede adoptarse las demás enumeradas en el artículo 68 del Código civil, sin que al mismo tiempo se acuerde la separación de los cónyuges, pues aun en el supuesto que estuvieran separados de hecho no deja de ser procedente esta separación legal.

Para SÁNCHEZ ROMÁN (*Derecho civil*, tomo V, vol. I, pág. 902), criterio que sigue GARCÍA CANTERO (*El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 241) —el primero en la versión originaria del precepto y el segundo en la ya reformada—, quiere significar que debería acordarse la separación cualquiera que sea la causa en que se funde la acción; MANRESA, *Código civil español*, tomo I, 6.ª ed., pág. 426, entiende que se ha de adoptar la separación sea la mujer o el marido quien interponga demanda; GARCÍA LAVERNIA, *Medidas provisionales en relación con la mujer casada*, ob. cit., pág. 650, afirma que «la medida referida ya venía establecida en la anterior legislación en términos idénticos respondiendo a la necesidad de garantizar la seguridad de la mujer cuando ejercite acciones contra su marido. Como decimos, en esta materia no tiene el juez la facultad discrecional de resolución como en las restantes medidas coetáneas y como en la propia separación provisional en función del procedimiento de medidas previas». Esta afirmación la apoya en la interpretación gramatical del artículo 68 del Código civil: «El juez acordará separar a los cónyuges en todo caso», y en la reiterativa e innecesaria dicción del artículo 1.887 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «El juez acordará la separación de los cónyuges en todo caso, y en lo que concierne a la mujer, aplicará lo dispuesto en el artículo 1.882.» La designación de domicilio o custodia (art. 1.882 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se adoptarán «ex novo» si no se hubiera hecho en la fase anterior o preliminar, pues mientras que en ésta es facultad reservada a la mujer (por regla general), en aquélla es preceptiva para el juez hacer la separación legal, aunque provisional mientras dure la sustanciación del proceso de separación o nulidad.

Para analizar las diversas vicisitudes de la situación de custodia pendiente el proceso de separación (llegar la mujer a la mayoría de edad, fallecimiento o incapacitación de la persona encargada de la custodia, incapacitación de la mujer), v. DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica...*, ob. cit., págs. 27 a 29.

jos (134), si bien ha de conjugarse con otros factores, y de las circunstancias concurrentes, valoradas en su justa medida, decidir lo procedente (135).

Corresponderá determinar a los cónyuges, con su común asentimiento, las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de la vivienda común; no obstante podrá el juez incluir en la relación inventariada otros enseres que a su libre discreción sean necesarios para el normal desenvolvimiento de la vida del cónyuge y de los hijos que se le confían fuera del hogar común (136).

B) MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS HIJOS

De la lectura del número tercero del artículo 68 del Código (137) se destaca una serie de medidas judiciales que pueden agruparse según afecten: al ejercicio de la patria potestad, a la tutela o a la comunicación y compañía de los hijos.

a) *Ejercicio de la patria potestad*

Antes de la reforma de 1958, la práctica judicial, siguiendo el criterio de la ley procesal (art. 1.887), colocaba los hijos menores de tres años bajo el cuidado (138) de la madre y los mayores de esta edad en la potestad del padre (139).

(134) En la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 se dice que los hijos encarnan el más estimable bien que debe salvarse cuando la familia hace crisis en su base matrimonial.

(135) GONZÁLEZ ALEGRE, *Sistematización procesal de las medidas...*, ob. cit., página 68. De la afirmación de González Alegre se ha de destacar que el juez no puede supeditar el interés familiar a otros factores, sino que a través de éstos ha de buscar y atender aquél.

(136) Esta facultad del juez no se podrá ampliar a una interpretación amplia de la palabra «muebles» para englobar, por ejemplo, acciones de Sociedad Anónima y sin que la atribución que haga salga fuera de la constitución de un simple derecho de uso y posesión sobre las cosas que en nada afecten a la propiedad o comunidad que cada esposo tuviera sobre los mismos.

(137) La reforma de 1975 no alcanzó a la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 1.888 (que reproduce el 68 del Código), por lo que aquél ha de interpretarse con arreglo a éste. Igual se puede predicar, en lo que afecta a la patria potestad, de los artículos 169 y 170 del Código civil.

(138) Sobre el cuidado de los hijos, cfr. SIMLER, «La notion de garde de l'enfant (Sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)», en *Revue Trim. de Droit Civil*, 1972, págs. 685 a 728; CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, Madrid, 1960; SAFAT, «La garde des enfants en droit musulman chiite et dans la législation iranienne», en *Rev. Internationale de Droit comparé*, 1972, págs. 551 y siguiente.

(139) La primitiva redacción del precepto establecía que los hijos se pondrán «al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos según proceda». Sobre la interpretación doctrinal de tal precepto, v. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1956, págs. 97 y s.; BATLLE, voz «Divorcio», *Nueva Enciclopedia Jurídica*,

Era necesario buscar criterios más flexibles de interpretación pensados en beneficio de los hijos y no de sus padres. Por esto, sin duda, la reforma consagró la facultad decisoria del juez basada en su arbitrio (140): será el juez quien decidirá sobre el cuidado a la vista de la

Barcelona, 1955, pág. 667; MANRESA, *Código civil español*, 6.ª ed., tomo I, pág. 428; SCAEVOLA, *Código civil*, tomo II, Madrid, 1942, pág. 504.

(140) Nuestra doctrina unánimemente sienta los postulados de discrecionalidad judicial, cfr. ALBALADEJO y LACRUZ, *Derecho de Familia*, ob. cit., pág. 137; Díez PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio separado*, ob. cit., pág. 38; subraya la amplitud del poder discrecional que la nueva redacción, a diferencia de la primitiva, otorga al juez, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, 1961, págs. 695 y 702, y última edición de 1976, página 883; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, vol. I, Madrid, 1974, pág. 542.

Nuestra jurisprudencia en sentencia de 27 de octubre de 1961 (R. A. 3.319) establece «que el estudio de la evolución de la legislación patria en materia de depósito de los hijos en el caso de separación de sus padres, se desprende que el principio taxativo del artículo 1.887 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el cual quedarán en poder de la madre los menores de tres años de edad, pasando los restantes a poder del padre, fue modificado por el artículo 63, número 3.º del Código civil en su redacción anterior, que estatúa que se pondría a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, según procediese, llegando tal precepto en la redacción actualmente vigente por la Ley de 24 de abril de 1958 a determinar que el juez fijará en poder de cuál de los cónyuges han de quedar los hijos y quién de aquellos ejercerá la patria potestad, precepto que aun cuando no fuera aplicable al caso controvertido por su fecha representa el criterio de evolución legal que no cabe desconocer... y es evidente que al no haberse probado en el proceso la existencia de circunstancias en la actuación de la madre que pudieran perjudicar al desarrollo físico, moral o intelectual de la hija, en cuyo exclusivo beneficio se ha constituido su depósito y guarda, debe respetarse la *facultad discrecional* del juzgador de Instancia, que ha aplicado rectamente e interpretado conforme a sus facultades legales los preceptos citados. En análogo sentido, la sentencia de 26 de abril de 1963 (R. A. 2.420), y basándose en que la patria potestad, como ya hubo de puntualizar esta Sala en las sentencias de 24 de junio de 1931, «forma una red o constelación de facultades y deberes mutuamente unidos» y que, por tanto, pueden desmembrarse esas facultades por decisión de los Tribunales cuando exista causa para ello, de donde se infiere que, aun sin privar al padre de la patria potestad plena, se le puede desmembrar algunas de las funciones o deberes y derechos que la integran, y atribuir las a la madre establece que la disposición de la Ley Procesal (art. 1.887) que tenía en cuenta la edad de los hijos, para resolver a quién debían ser entregados, podría reputarse derogada por el aludido artículo 68, regla 3.ª, del Código civil —de fecha posterior—, que disponía que mientras durase el juicio de divorcio —hoy de separación— el juez pondrá los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según procediese.

«El número 3.º del artículo 68 de nuestro Código civil, al estatuir que, interpuesta y admitida la demanda de divorcio, se pongan a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, según proceda, abrió un paréntesis para que la autoridad paterna, respecto de esa convivencia, no se ejerza de una manera discrecional y arbitraria capaz de poner en peligro su carácter moral, jurídico y social y el derecho indiscutible que sobre su educación y subsistencia tienen los hijos procreados. Así entendido el concepto de la patria potestad, no puede sostenerse que la Sala sentenciadora haya infringido los artículos 143 y 145 del Código civil cuando para acordar que un niño continúe, como hasta aquí, en compañía de su madre, se atempera a la prueba practicada, que el recurrente no impugna debidamente, resultado de lo cual a la vez que algo padece la personalidad del marido, tampoco aparece que cuente éste, como su mujer, con los medios necesarios para cumplir sus deberes. Para que fuese aplicable la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1884, 12 de abril de 1893



conducta de los padres, el interés de los hijos y la voluntad de éstos, que conviene explorar cuando su edad lo permita y las circunstancias lo aconsejen (141). En ningún caso el juez podrá delegar en tercera persona para que ésta señale si será el padre o la madre quien se encargue de la custodia de los hijos, ni el contenido y modalidades a las que tal custodia puede someterse (vg., visitas, educación, asistencia, etc.).

Al facultar la norma al juez para que decida «quién de los padres ejercerá la patria potestad», puede atribuir el cuidado del hijo a uno de los padres y al otro la patria potestad. No obstante, hay que tener presente que estas medidas judiciales están dadas en exclusivo interés del hijo (142) y por ello hay que admitir, con palabras de Díez Pi-

y 6 abril 1894 sería preciso que se tratara de un incidente derivado de un depósito provisional, no como en el presente que se discute el preferente derecho de convivencia del niño utilizando el juicio plenario» (sentencia de 26 de junio de 1916). Es confirmada doctrina por la sentencia de 14 de diciembre de 1931 (R. A. 2.313), que declara que «es forzoso reconocer que las modernas orientaciones del Derecho dan al juzgador de instancia *facultades discrecionales* para resolver en cada caso y momento del depósito de personas lo más conveniente al interés de los hijos, sin carácter definitivo, a los efectos de casación».

La sentencia de 3 de mayo de 1958 (R. A. 1.708) dictada con posterioridad a la reforma del 24 de abril de 1958, pero para un supuesto litigioso anterior, no ha dudado en aplicar *el efecto retroactivo de la discrecionalidad* judicial, aunque sea causa consagración de la doctrina jurisprudencial y no con aplicación de la norma nueva con objeto de entregar los menores de veintiún años a aquel de los progenitores que ofrezca mayores garantías para cumplir la delicada misión de asistencia, formación y cuidado que el recto ejercicio de los poderes paternales lleva consigo.

Manteniendo el rígido automatismo de la edad: cfr. sentencias de 12 de febrero de 1909, 20 de noviembre de 1912 y 3 de marzo de 1950 (R. A. 703): asiste al padre cuando hayan quedado los hijos al cuidado de la madre, a reclamar los mayores de tres años constante el depósito, en juicio declarativo de mayor cuantía si la madre se niega a entregarlos; sentencias de 13 de diciembre de 1954 y 24 de enero de 1958 (R. A. 547): es indudable que asiste al padre el derecho de reclamar a los hijos mayores de tres años al no haber motivos demostrados que aconsejen su continuación en poder de la madre.

(141) Cfr. FERRER, «El nuevo procedimiento para la separación provisional de los cónyuges», *Revista de Derecho Privado*, 1959, págs. 224 p 225, y GONZÁLEZ ALEGRE, *Sistematización procesal de las medidas*, ob. cit., pág. 73, que aboga porque se eleve discrecionalmente la edad a catorce o quince años, pues se trata, en resumen, que el juez agote la investigación dentro del cauce para ello marcado y resuelva, en definitiva, en el sentido que crea más favorable para los hijos, dejando aparte toda posible o aparente sensiblería.

En sentencias de Audiencia y Juzgados se ha establecido la conveniencia de que no se separen los hermanos dada su corta diferencia de edad y que se hallan en la etapa más formativa y educativa de su vida y el que sea ahora cuando conviene desarrollar entre ellos los vínculos fraternales, sometiéndolos a idénticas condiciones de vida y formación, la enfermedad que aqueja al menor que aconseja la conveniencia de que resida en determinado ambiente climatológico y en su consecuencia donde reside uno de los cónyuges, o el estado psíquico de uno de los cónyuges que aconseja encomendar los hijos al otro: cfr. JAREÑO DARRANAS, *Manual de medidas provisionales*, Barcelona, 1963, págs. 75 y ss.

(142) El interés del hijo se reduce en último término al interés de vivir según los principios morales y religiosos propios de la sociedad a la que pertenece. Cfr. SATTÀ, «L'affidamento della prole nei poteri e nei doveri del giudice», en

cazo (143), que «el ejercicio de la patria potestad deba unirse al hecho de tener a los hijos en poder y compañía, ya que en otro caso se produciría una división del contenido de las facultades que componen el poder paterno, pues con todo el llamado contenido personal de la patria potestad está ligado íntimamente con el hecho de tener cuidado de los hijos. Sin embargo, en caso de necesidad, no existe obstáculo insuperable para dividirlo, residiendo, por ejemplo, las facultades personales en la madre y las patrimoniales en el padre».

En la redacción de 1958 se suprimen de la originaria expresiones como «quedar al cuidado» o «suerte de los hijos» (144) y se sustituyen por la de «patria potestad», tal vez con la intención de posibilitar el unirlos al titular que tenga el cuidado y guarda de sus hijos (145).

Giurisprudencia It., 1949, pág. 53, cit. por BOCCIANTE, *La patria potestad nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, pág. 75, nota 46.

(143) Díez PICAZO, *La situación jurídica*, ob. cit., pág. 39.

(144) ROYO afirmaba en 1949 (*Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, págs. 122 y 123) que «en cuanto a los derechos y deberes respecto de los hijos el Código es ciertamente confuso, pues en lugar de emplear la expresión técnica "patria potestad", que eliminaría dudas, se sirva de expresiones como la de "quedar al cuidado" o "El Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos", que en verdad distan de ser terminantes».

(145) GONZÁLEZ ALEGRE (*Sistematización procesal...*, ob. cit., págs. 74 y 75) es partidario, ante los artículos 169 y 170, de que al padre no puede privarse de la patria potestad, sino sólo dejar en suspenso aquellas facultades de la misma de orden doméstico-familiar cuando a la madre se le hayan confiado los hijos.

A partir de la sentencia de 24 de junio de 1931 (R. A. 1.037) se tiene en cuenta que la patria potestad forma una red o constelación de facultades y deberes mutuamente unidos y que, por tanto, pueden desmembrarse algunas de esas facultades por cuestión de los Tribunales cuando exista causa para ello; de donde se infiere, mantiene la sentencia de 26 de abril de 1963 (R. A. 2.420), que aun sin privar al padre de la patria potestad, plena, se le puede desmembrar algunas de las funciones o deberes y derechos que la integran y atribuirselas a la madre cuando las relaciones matrimoniales de los padres entren en crisis o cuando circunstancias especiales lo aconsejen.

La sentencia de 9 de junio de 1961 (R. A. 3.004) entendió que el titular de la patria potestad puede reclamar los hijos pasada la edad establecida normativamente, pues en la acción reconvenzional no se probó que el padre *viniera incurso* en actos que implicaran la pérdida o suspensión de la patria potestad (art. 171 del Código civil) y la Ley confiere al padre las facultades como jefe de la familia en beneficio precisamente de ella.

El cuidado encomendado a la madre no supone privar al padre de la patria potestad si no se encuentra razón justificada, dice la sentencia de 26 de abril de 1963 (R. A. 2.420), al *no cometerse infracciones* inmersas en el artículo 171 del Código civil, por lo que no debía privarse de la patria potestad, sin perjuicio que por estimar el juez discrecionalmente las probabilidades de atender mejor a los hijos, se confiara la custodia a la madre, aun pasados los límites de edad, pues éstos se tendrán en cuenta cuando se trate de adopción de medidas provisionales, ya que cuando se siga el juicio ordinario correspondiente podrá el juez decidir «lo que proceda», entendiéndose que la regla de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.887) podría reputarse derogada por el artículo 68, regla 3.^a

No es óbice para alterar la regla general de que los menores de siete años quedan a la custodia temporal de la madre el que ésta sea extranjera, en nulidad de matrimonio con buena fe de ambos contrayentes, y atribuir la patria po-

b) *Sobre su tutela*

Al juez se le faculta para que pueda encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asumirá las funciones tutelares (art. 68, 3.º, párr. 2.º, Código civil). El margen de arbitrio dejado al juez es más limitado: dada la «vis atractiva» de la patria potestad, sólo puede ejercitarse en «casos excepcionales». Equivale a que el juez no pueda privar o suspender de la patria potestad a *ambos* padres más que por una causa muy justificada (146), que se traduce en que los padres incurrieran en algunos de los «tipos» del artículo 171 del Código civil (147).

El juez adquiere un alto poder de discrecionalidad para la *designación* del tutor —«persona o institución adecuada»— (148) en esta tutela especial. La discrecionalidad del juez, ante la ausencia de cualquier requisito normativo, llega al punto de poder designar a cualquier persona que estime conveniente, con el sólo límite de que sea «adecuada para asumir las funciones tutelares» (149).

testad plena por imperativo legal al padre hasta que cumpla el hijo aquella edad (sentencia de 8 de abril de 1975, R. A. 1.514).

Pendiente pleito sobre separación, la hija cumple tres años y el marido reclama la entrega, a lo que se opone su esposa. El juez y la Audiencia condena a la demandada a entregarla al actor y padre, pues durante la tramitación del juicio de separación es facultad discrecional del juzgador en poder de cuál de los cónyuges ha de quedar todos o alguno de los hijos; y a mayor abundamiento en el caso de autos no concurre *ninguna circunstancia* que aconseje la desviación del principio general de que el padre tiene el derecho y el deber de tener en su compañía a los hijos no emancipados que sólo excepcionalmente puede negársele, pues la conducta del padre, lo mismo pública que privada, moral que religiosa, aparece exenta de tachas, lo que no puede decirse de la madre (sentencia de 20 de octubre de 1960, R. A. 3.428). En parecido sentido, cfr. sentencia de 13 de diciembre de 1954, (R. A. 3.161).

(146) Cfr. Díez Pícazo, *La situación jurídica de matrimonio...*, ob. cit., págs. 39 y 40, y en el mismo sentido, Díez Gómez, «La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958», con una breve exégesis, *Revista Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1958, págs. 336 y ss.

(147) Díez Pícazo (*La situación jurídica de matrimonio...*, ob. cit., págs. 40 y 41) establece que la «finalidad de la norma, dirigida, como es evidente, a impedir que la convivencia de los hijos con sus padres pueda surtir en ellos efectos corruptores, puesto que no parece, en principio, aplicable a otros hipótesis. Se trata, en definitiva, de los «ejemplos corruptores» de que habla el artículo 171, que han de consistir, como ha dicho la jurisprudencia, en una conducta también de reconocida inmoralidad. Poniendo estas ideas con la excepcionalidad antes aludida parece preciso, para dar paso a la tutela especial de que habla el artículo 68, que concurren dos circunstancias: una notoria inmoralidad en la conducta de ambos padres y la actualidad de vida licenciosa, puesto que sólo con la concurrencia de ambas circunstancias deriva el peligro de corrupción de los hijos que la Ley trata de prevenir. Por falta del primer requisito no parece bastante una conducta en que no haya notoriedad de lo inmoral; por falta de la segunda circunstancia no será suficiente una conducta inmoral anterior ya corregida».

(148) Cfr. sobre este punto Díez Pícazo, *La situación jurídica de matrimonio*, ob. cit., págs. 41 y ss.

(149) En este tipo de tutela se puede encontrar una reminiscencia de la antigua tutela judicial. SANCHEO REBULLIDA, *Comentarios al Código...*, tomo II, ob. cit.,

Las funciones de protutor y Consejo de Familia que han de ser ejercidas por la autoridad judicial, entendemos que, ante el silencio legal, serán encomendadas al juez que conozca de las medidas provisionales. Una razón de economía procesal y de eficaz protección del menor así lo aconsejan. Por ello nuestra jurisprudencia excluye de la competencia de los Tribunales de Menores (Texto Refundido de 11 de junio de 1948) a los menores que se encuentran comprendidos en una situación anormal del matrimonio y atribuye la competencia al juez ordinario (150).

c) Régimen de visitas

El Código civil establece que «el juez discrecionalmente determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de sus hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos y tenerlos en su compañía» (art. 68, regla 3.ª, in fine, modificada por Ley de 2 de mayo de 1975). Con ello se consagra legalmente lo que la práctica judicial y la doctrina procesalista denominaba «régimen de visitas», impuesto en un primer momento por cláusulas de estilo (151).

El sistema o régimen de visitas se encuentra inmerso en la concepción individualista de la patria potestad que conlleva la nota de que salvo circunstancias extremas no puede privársele a los padres de la comunicación filial, y desde un punto de vista extrajurídico en la que considera al niño como fuente de satisfacciones, alegría y felicidad para los que le rodean (152).

Esta doble fundamentación no debe llevarnos al equívoco de configurar las visitas como facultad del «visitante», sino como instrumento en interés del menor y en lo que le sea más beneficioso (153), pues en

página 183: el régimen de tutela será solamente supletorio de las disposiciones judiciales adoptadas al decretar esta medida; en segundo lugar, no cabe la referencia de las incapacidades a la persona o institución designada por el juez, desde el momento que ha de ser «adecuada»; sí cabe, en cambio, las excusas.

(150) Cfr. sentencias de 29 de septiembre de 1960 (R. A. 2.833), 27 de abril de 1963 (R. A. 2.971), 9 de abril de 1964 (R. A. 3.854), 3 de julio de 1964 (R. A. 3.855), 11 de diciembre de 1964 (R. A. 318), 24 de diciembre de 1965 (R. A. 6.003), entre otras.

(151) La derogada Ley de divorcio, de 12 de marzo de 1932, artículo 20, establecía el derecho de comunicación al establecer que aquel de los padres que no tenga en su poder a los hijos, conservará el derecho de comunicar con ellos.

(152) VINEY (Genevieve), «Du Droit de visite», *Revue Trim. de Droit civil*, 1965, págs. 225 y s., configura el fundamento del Derecho de visita en su valor de afección y cariño con respecto al menor; así dirá en la página 234 que «el derecho de visita, relación esencialmente afectiva, se funda sobre un sentimiento de amistad mutua entre el niño y el visitante», fundamento que apoyan frecuentemente las decisiones judiciales.

(153) Por eso son loables las frases de VINEY (*Du droit de visite*, ob. cit., página 259) cuando mantiene que «junto al derecho de visita, tradicionalmente reservado exclusivamente a los ascendientes no decaídos en derecho y que queda-

general las visitas, como todas las medidas adoptadas en pleito de separación o nulidad de matrimonio, deben solucionarse a la luz de aquel prevalente interés (154). Por ello, aunque la comunicación entre padres e hijos sea la materialización de una facultad del progenitor que no tenga la guarda y cuidado de sus hijos —ostentara o no la patria potestad (155)—, han de entenderse las visitas no tanto como la comunicación paterno-filial sino también instrumento tendente a la educación y desarrollo integral del menor (156).

1) *Reglamentación de las visitas.*—La regulación de éstas ha de tener por objeto una doble finalidad: dar satisfacción al mutuo afecto que el progenitor separado y el menor se pudieran tener, y evitar, en lo posible, que las circunstancias o causas que motivaron la desunión de los padres, ya por separación o nulidad de matrimonio, graviten sobre los hijos (157).

ría como un derecho común, se organizaría una «misión de visita» en que el juez de los niños tendría libertad de confiar a toda persona inspirándose únicamente en las necesidades de la protección del menor».

(154) Cfr. ENRIQUE DÍAZ GUIJARRO, «Las limitaciones del Derecho de los padres divorciados a ver a sus hijos», en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 25, párrafo 1.406.

(155) Observa CADARSO, en el comentario del artículo 68 del Código civil (*Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, pág. 1006), que la previsión contenida en el párrafo 3.º, *in fine*, no admite ser analizada como una atribución temporal de la guarda, pues esta guarda no es admisible atribuirla conjuntamente a los dos esposos y sobre los mismos hijos.

La patria potestad «forma una red o constelación de facultades y deberes mutuamente unidos», y que, por tanto, puede desmembrarse esas facultades por decisión de los tribunales cuando exista causa para ello; de donde se infiere que, aun sin privar al padre de la patria potestad plena, se le pueden desmembrar algunas de las funciones o deberes y derechos que la integran y atribuirla a la madre (sentencia de 26 de abril de 1963, R. A. 2.420).

La patria potestad ha sufrido una honda transformación, dejando de ser un poder para pasar a constituir un cargo, una función, que viene integrada por una red o constelación de facultades y deberes íntimamente unidos, los cuales pueden ejercitarse en su totalidad por el padre o pueden otorgarse algunos de ellos a la madre cuando las relaciones matrimoniales de los padres entren en crisis o cuando circunstancias especiales lo aconsejen (sentencia de 24 de junio de 1931, R. A., 1.037).

(156) Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, Madrid, 1960, págs. 189 y ss.; CAMACHO, «El Derecho de visita y comunicación con los hijos en caso de divorcio», en *Revista Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, Bolivia, 1949, tomo XXI, páginas 73 y s.; FUENMAYOR, «La educación en las causas de separación y de nulidad matrimonial», *Homenaje a Pérez Serrano*, tomo I, Madrid, 1959, págs. 460 y siguiente, y VIVES VILLAMAZARES, «El Derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes», *Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia*, s.f...

(157) La sentencia de 26 de enero de 1974 (R. A. 262), en declarativo de mayor cuantía planteado por el padre contra su mujer sobre declaración de su derecho a visitar a sus hijos, estableció que si bien es cierto que a virtud de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 155 del Código civil en relación con lo acordado en la ejecución de la sentencia de separación del matrimonio, corresponde a la recurrente, respecto a sus dos hijos no emancipados, el deber de tenerlos en su compañía, no lo es menos que este deber es perfectamente concien-

La concreción del régimen de visitas puede realizarse por una doble vía. Una, por acuerdo, en la comparecencia de los padres que tienen planteado pleito de separación o nulidad de matrimonio; otra, por decisión judicial (158); podría suscitarse la duda de si el juez debe pasar por la reglamentación hecha por los padres (o uno de ellos sin la oposición del otro) o, por el contrario, es aquél el que debe establecerla. El carácter subsidiario de las normas del artículo 68 conducen, en principio, a mantener que la decisión de los cónyuges vincula al juez. Esta posición entiendo que ha de ser rechazada. La materia de visitas en tanto en cuanto afecta al interés de los hijos es Derecho necesario y las partes no pueden pactar nada en su contra. Los padres pueden presentar escrito solicitando lo que crean oportuno, pero el juez viene obligado a denegar lo que perjudique al menor; y es indudable que la naturaleza de la causa que ha dado lugar a la separación o nulidad será considerado por el juez para autorizar una mayor o menor autonomía a los padres en este punto de la reglamentación de las visitas, a través de la *homologación* de aquel acuerdo.

El régimen establecerá los elementos de tiempo, modo y lugar en que el cónyuge separado de sus hijos puede visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

El *lugar* en que se han de celebrar las visitas será normalmente el del progenitor, en cuyo favor se hubieran establecido, con objeto de

lible con la facultad del padre, aunque sea el culpable de la separación, de visitarlos, comunicarse con ellos y aun tenerlos en su compañía, durante períodos prudenciales de tiempo, siempre que ello no redunde en *perjuicio de los hijos*, que son, en este supuesto, los portadores del interés familiar más necesitado de protección, compatibilidad que se deriva no sólo de los principios generales del derecho natural, sino de lo dispuesto en el artículo 68, regla 3.ª, último párrafo, del mismo Código, respecto a las llamadas medidas provisionales, que, caso necesario, sería aplicable analógicamente por obedecer a la misma razón, correspondiendo, en último término, al órgano jurisdiccional civil determinar el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá ejercitar dicha facultad; y como a estos principios se atuvo el juzgador de instancia en la sentencia combatida, debe rechazarse también el tercero y último motivo, y con él, la totalidad del recurso, con la condena en costas preceptuada en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(158) La competencia para la adopción de las visitas, al igual que cualquier otra medida en pleito de crisis matrimonial, corresponde a los Tribunales ordinarios y no a los Tutelares de Menores. Cfr. sobre conflicto entre estas jurisdicciones, sentencias de 9 de abril de 1964 (R. A. 3.854), 20 de abril de 1960 (R. A. 2.833), 11 de diciembre de 1964 (R.A. 318), 24 de diciembre de 1965 (R. A. 6.003), y en especial sobre visitas, v. sentencias de 3 de julio de 1964 (R. A. 3.855) y 27 de abril de 1963 (R. A. 2.971). Cfr. competencia de los Tribunales Tutelares de Menores y Jurisdicción Ordinaria, respecto a medidas previas y provisionales en casos de separación y nulidad de matrimonio, Ponencia presentada a la XIX Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Bilbao, octubre, 1963.

V. el sistema de concretar el régimen de visitas en GONZÁLEZ ALEGRE, *Sistematización procesal...*, ob. cit., págs. 75 y 76.

mantener en lo posible la intimidad y confianza de la convivencia paterno-filial. No creemos que sea conveniente la celebración de las visitas ni en la casa del cónyuge a cuya tenencia hubieran quedado los hijos, salvo que fueran de corta edad (por razones obvias), ni establecimientos públicos (Juzgado, colegio, escuela, cafeterías, etc...). Cuando el domicilio del padre no fuera recomendable por vivir en concubinato o radicara en distinta ciudad donde habite el menor podrá asignarse algún otro domicilio diferente, como el de los abuelos, amigos comunes de los cónyuges, etc.

El *tiempo* en que se ha de celebrar esta comunidad paterno-filial, dada la nueva redacción de la Ley de 1975 («tenerlo en su compañía»), implica que las visitas no tienen por qué concretarse a un corto período de tiempo. Antes era frecuente la indicación del número de horas (159) o de días en que el progenitor pudiera visitarlos, fijando un régimen especial para las fiestas de verano, Navidad o Pascua de Resurrección. Actualmente podrán establecerse fracciones de tiempo más amplias (vg., meses); y no cabe duda que lugar, tiempo y modo pueden estar muchas veces combinados (vg., época de estudios, vacaciones). En cuanto al *modo* de visitarlos y comunicarse con sus hijos, estimo que la ley da entrada no sólo a la forma en que podrá realizarse la comunicación (carta, teléfono, personal, etc.), sino también la posibilidad de poner cortapisas a que el padre o madre visitante pueda ser acompañado de personas de dudosa reputación o solvencia moral. En cuestión tan delicada y debatida como las visitas se han de tener puestas las miras en el supremo interés del hijo, que ajeno a las causas de separación o nulidad del matrimonio y víctima inocente de sus consecuencias ha de intentarse que consiga progresar en la formación y desarrollo de una personalidad integral dentro del contexto afectivo, familiar y social que lo condiciona.

La elección de la persona o cuyo favor se hubiera establecido el régimen de visitas es otro de los puntos en que incide la discrecionalidad judicial. En principio, y como medida provisional, contenida en el artículo 68, sólo puede estar facultado el padre o madre («cónyuge») al que no se le hubiera concedido la custodia; pero también pueden serlo

(159) Referente al horario de visitas de los hijos se trata de criterio basado en el libre arbitrio que para estas cuestiones concede al juzgador el artículo 68, arbitrio que revierte íntegramente al Tribunal de apelación, y por ende facultado para revisar los criterios de equidad, tenidos en cuenta en la primera instancia (sentencia de 26 de febrero de 1963 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, tomada de BROCA y MAJADA, *Manual de Formularios Cíviles*, tomo III, Barcelona, 1966, págs. 2640 y 2641).

ambos progenitores cuando el menor hubiera sido encomendado «a otra persona o institución adecuada» (art. 68 Código civil).

La discrecionalidad del juez, en materia de visitas, ha de estar presidida por el exclusivo interés del menor, por lo que la medida judicialmente decretada hace que la visita tenga un carácter personal (no es delegable en otra persona). La falta de acuerdo de los esposos y padres sobre las visitas potenciarán la discrecionalidad judicial (160).

El control de las visitas sólo puede referirse al padre o madre que no tiene a los hijos; podrán visitar al menor otras personas (abuelos, amigos, etc.) siempre que no perjudiquen al menor, pues en tal supuesto podrá ser privado de las visitas, o en otro caso, el padre o madre que lo tenga en su compañía estará incumpliendo su deber de guarda y cuidado.

El cónyuge al que se le atribuya la custodia debe favorecer la práctica de las visitas, pues la oposición a las mismas, sin motivo justificado, puede ser causa de desobediencia grave a la autoridad judicial (161).

(160) En principio, sometiéndose a la discrecionalidad judicial hay base para la petición al juez de que junto a los ascendientes puedan ser beneficiarios virtuales otras personas como ascendientes, colaterales o terceras personas unidas al menor por vínculos afectivos y de sincera amistad. V. *Compilación de Derecho civil de Aragón*, art. 10.

(161) Se estableció un régimen de visitas semanales al niño por parte de su madre, y en un convento de la ciudad, pero después de determinada fecha el procesado dejó de presentar al niño para que efectuase las visitas decretadas, en cuya actitud persistió voluntariamente a pesar de haber sido requerido a dicho efecto por el Juzgado de Primera Instancia y del auto de procesamiento, que por su constante negativa a cumplir el mandato judicial hubo de dictarse. Se le previene que incurrirá en desobediencia grave si no presenta nuevamente al niño en el improrrogable plazo de ocho días, cosa que no hizo ni justificó la imposibilidad de hacerlo, por lo que el marido inculpada fue condenado por el delito de desobediencia grave a la Autoridad (sentencia de 23 de julio de 1964, R. A. 3.198). En igual sentido puede verse la sentencia de 27 de octubre de 1962 (R. A. 3.783), en cuyo fallo se condena a la mujer que promovió separación contra su marido y a cuya custodia quedaron los hijos. El marido, ante el incumplimiento por la mujer de la obligación de llevar a los hijos al domicilio del esposo para realizar las visitas, a través de su procurador, pidió al Juzgado que éste requiriera a la madre a que entregara a los hijos. Así lo hizo el Juzgado con apercibimiento de que de no hacerlo sería procesada por delito de desobediencia. La madre no acató la orden judicial ni el posterior requerimiento con el mismo apercibimiento. El fallo fue condenatorio, pese a que la mujer inculpada había presentado denuncia ante el Juzgado de Instrucción contra su esposo, acusándole de la comisión de abusos deshonestos en la persona de sus hijos durante el tiempo que los tenía en su domicilio por orden judicial; sumario que fue sobreseído por la Audiencia y en el que se apoya el fallo para condenar a la mujer, pues en tal caso bastará presentar denuncias para dejar sin efecto las visitas, así como que las alegaciones objeto de la denuncia pudieron hacerse ante el juez de Primera Instancia que ordenó el régimen de visitas por si éste estimaba oportuno modificar la resolución adoptada en cuanto al régimen de visitas del padre a sus hijos. Tomadas tales sentencias de BROCA y MAJADA, *Manual de formularios civiles*, tomo III, Barcelona, 1966, pág. 2642.

2) *Suspensión del régimen de visitas acordado por los padres o fijado judicialmente.*—La privación de la patria potestad o de la custodia de los hijos no debe suponer ruptura de toda conexión entre padres e hijos, sin llegar a mantener con Jareño, Broca y Majada (162) que la prioridad en cuanto a la jefatura familiar «no priva del derecho de visita del otro cónyuge a sus hijos, pues la continuación de la relación con ellos ha de entenderse que constituye un principio de Derecho natural». De esta afirmación se desprende que el juez no ostentará discrecionalidad para suprimir las visitas, al ser un derecho absoluto el que ostente el progenitor separado de sus hijos.

Sin embargo, parece ser más aconsejable y humano suspender temporalmente a los progenitores la comunicación con sus hijos cuando ésta pueda ser para ellos causa de *graves* perjuicios (163).

Si el quedar los hijos al cuidado de los padres no puede realizarse con un puro criterio legal (164), sino con un criterio de flexible arbitrio judicial (165), también en armonía con las modernas orientaciones y el interés de los hijos, se considera el régimen de visitas suspendido según la conveniencia del caso concreto (166), pues sólo a través de esta suspensión podrá alcanzarse la protección del hijo. La suspensión podrá adoptarse por el juez, previa petición «del cónyuge o de persona o institución adecuada» con quien quedarán los hijos cuando su estado psíquico se alterara con las visitas, cuando por el padre o la madre no se hubiera realizado las visitas en un gran lapso de tiempo, pues revela su falta de interés o propósito de no comunicarse; cuando el padre o madre, en la visita, fuera acompañado de personas de dudosa reputación que influyera en los menores; cuando se demostrara que el cónyuge o ascendiente visitante calumniara o desprestigiara ante el menor al cónyuge a quien el juez concedió la custodia; cuando se incurriera

(162) JAREÑO, *Manual de Medidas Provisionales*, Barcelona, 1963, pág. 42; BRUCA y MAJADA, *Manual de Formularios Civiles*, tomo III, Barcelona, 1966, pág. 2640.

(163) Sólo por razones o causas muy graves que ocasiona con las visitas o con la comunicación un peligro para su seguridad o salud física, moral o psíquica pueden los padres ser privados de este derecho, por lo que con acierto se ha de mantener que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquélla se debe al abandono del menor y mucho menos la sola culpa del divorcio (cfr. así GUILLERMO BORDA, *Tratado de Derecho civil argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1955, núm. 518, pág. 345).

El arbitrio judicial podrá entrar en juego cuando se demuestre los graves inconvenientes que la educación y formación del menor sufre con la visita. Corresponderá al demandante la carga de la prueba, pues el atacado no tiene que probar las pretendidas imputaciones.

(164) Como han pretendido Sánchez Román, De Diego, Manresa, Scaevola, tomado de BATLLE, voz «Divorcio», *Nueva enciclopedia jurídica*, pág. 667.

(165) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo III, 6.ª ed., página 719.

(166) Cfr. BATLLE, voz «Divorcio», *ob. cit.*, pág. 667.

por el «visitante» en alguno de los tipos del artículo 171 del Código civil o, incluso, cuando se incumpliera, sin causa, la obligación de alimentos (167). Procederá, en general, la suspensión cuando la visita, comunicación o compañía es perjudicial al menor o se utiliza con fines contrarios a los que se establecieran.

3) *El régimen de visitas en la ejecutoria de separación o nulidad.*— Afirman Broca y Majada (168) que «se ha desperdiciado la oportunidad de la reforma —se refieren a la de 24 de abril de 1958— para regular de manera expresa el derecho de visita del cónyuge culpable respecto de los hijos que queden o sean puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente o cuando sean provistos de tutor (arts. 70 y 73, número 2.º)».

(167) En la doctrina y jurisprudencia extranjera, principalmente sudamericana, se ha mantenido la relación que guarda el régimen de visitas con el cumplimiento de la obligación de alimentos y sobre este punto se han establecido tres corrientes: a) No era admisible la suspensión de las visitas en tanto no se le hubiera privado al padre de la patria potestad. b) Admitía la supresión en caso de incumplimiento de la prestación alimenticia derivado por exclusiva culpa del padre. c) La privación o suspensión de las visitas no es una sanción necesaria del incumplimiento de dar alimentos sino dependiente del arbitrio judicial en cada caso. Se inclinan por considerar que las visitas en favor del padre pueden ser suspendidas cuando no se da cumplimiento por él a su obligación alimentaria (salvo que se deba a causas ajenas, como absoluta falta de trabajo), pues se trata de una obligación primordial sin cuyo cumplimiento no puede pretender ejercer los derechos correlativos, ni alegar un cariño cuya inexistencia se demanda. En nuestro derecho este dato no puede por sí solo ser base para suspender las visitas, pero será un elemento más para que el juzgador formule su criterio de suspensión. Realmente no creo que exista una verdadera correlación entre visita-alimento; lo que sucede es que ante el incumplimiento de la obligación alimenticia y la imposibilidad de acudir a otros expedientes para hacer cumplir sus consecuencias, la doctrina ha encontrado el medio de coaccionar con la retirada de las visitas que tenga a su favor el padre.

Cfr. HÉCTOR MASNATTA, «Suspensión del régimen de visitas a los hijos ante la falta de cumplimiento de la prestación alimenticia», en *Enciclopedia jurídica OMEBA*, Buenos Aires; BORNA, *Tratado de Derecho civil argentino*, tomo I, ob. cit., páginas 347 y s.; BUSO, *Código civil anotado*, Buenos Aires, 1945, art. 265, pág. 548, y art. 76 de la Ley de matrimonio civil, pág. 274; DIEGO LUCIO BARROETAVERA, *El divorcio en el Derecho argentino*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 118.

Nuestra jurisprudencia no ha sancionado este supuesto. No obstante, en la sentencia de 24 de enero de 1958 (R. A. 547) se alega por el actor para reclamar al hijo que ha superado los tres años de edad, que «ha cumplido fielmente las obligaciones impuestas especialmente en cuanto a la pensión alimenticia», y aunque no verse la *ratio decidendi* sobre tal supuesto se sanciona que «no aparecen motivos demostrados que aconsejen la continuación del hijo en poder de la madre». Nos preguntamos si se hubiera juzgado igual en caso de que el padre no hubiera satisfecho los alimentos.

(168) BROCA y MAJADA, *Manual de Formularios...*, ob. cit., pág. 2625.

Estos autores apoyan su afirmación en la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 7 de marzo de 1958, cuya doctrina declaran aplicable a la legalidad vigente, a pesar de ser anterior su fecha a la de los preceptos sustantivos y procesales reformados por la Ley de 24 de abril de 1958. Sobre visitas se puede confrontar sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 6 de julio de 1960 y Auto de la misma Audiencia de 7 de noviembre de 1963, en el mismo Manual.

Es cierto que no se contiene norma aplicable a estos supuestos de comunicación y contacto entre padres e hijos, pero no es menos cierto que dada la mayor discrecionalidad que las reformas de 1958 y 1975 han concedido al juez para protección y defensa del interés del menor puede, si así lo creyera oportuno, establecer el régimen de visitas. La norma, de forma implícita, le faculta para ello según el número 2.º, párrafos 4.º y 5.º, del artículo 73: «Si se hubiera proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado», y cuando «no se haya proveído, el juez encargado de la ejecución *podrá* también *aplicar* su criterio discrecional, según las particularidades del caso» (169).

C) OTRAS MEDIDAS

a) *Relativas a la administración de los bienes de los cónyuges.*— En la nueva redacción del número cuarto del artículo 68 del Código civil se contienen reglas sobre el régimen económico matrimonial que potencian la facultad discrecional del juez:

1. Transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada cuando el juez lo *juzgue conveniente*.

La conveniencia que ha de valorarse, dado que «se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda», no es tanto la posibilidad de que se perdieran por una mala o negligente administración del marido como la posibilidad de que cumplan el verdadero fin: levantamiento de las cargas familiares y satisfacción del interés familiar más digno de protección. De tal suerte, si los hijos quedaran bajo la custodia y la patria potestad de la madre, la conveniencia de la transferencia de los dotales inestimados estaría más que justificada.

2. Atendiendo «a las circunstancias del caso», el juez *determinará* a cuál de los cónyuges se atribuye la administración de los gananciales o parte de ellos.

Con este precepto pierde la transferencia a la mujer de la administración ganancial su carácter excepcional (170) para dejar al juez amplio arbitrio en la adopción de esta medida.

(169) El Tribunal Supremo en sentencia de 26 de noviembre de 1957 (R. A. 3.419) declaró haber lugar al recurso interpuesto y dictó segunda sentencia declarando nulo el matrimonio civil objeto de la litis, quedando los hijos nacidos de ese matrimonio al cuidado de la madre, sin perjuicio del derecho del padre a comunicar con ellos en los *términos* que se fijan en *ejecución* de sentencia.

(170) Dice la Exposición de Motivos de la Ley de 1975, que «la atribución a la mujer de la administración de los gananciales se deja al arbitrio judicial, perdiendo la norma el carácter excepcional que proclamaba el texto anterior».

En las «circunstancias del caso» encuentra el arbitrio judicial su fundamento y su límite.

Entre las «circunstancias del caso» el juez podría ponderar el carácter abúlico, inactivo del cónyuge en la administración de los gananciales o alterar la medida cuando el cónyuge al que se le atribuye la administración disminuyera el capital ganancial por no desempeñar la gestión económica encomendada (cfr. sobre disminución de capital, sentencia de 14 de octubre de 1971), la insuficiencia o la escasa pensión alimenticia (171), la educación y asistencia de los hijos, el ostentar o no la patria potestad, etc.

El artículo 68, 4.º, posibilita la transferencia de la administración a la mujer de todos o de algunos de los bienes gananciales; no obstante el carácter excepcional de la transferencia que el precepto establece permita al juez, bajo el espíritu de la Ley de 2 de mayo de 1975, realizar una indicación de los bienes gananciales que puedan quedar bajo administración de cada cónyuge, sometidos, claro es, al fin para el que están dedicados; no existe obstáculo legal que prohíba al juez determinar las reglas que deban tenerse en cuenta en dicha administración, que la transferencia se haga con avalúo de los bienes y que éstos puedan ser inventariados, en todo caso.

Mantienen Lacruz y Sancho que «el juez —salvo que las partes se muestren de acuerdo en un determinado reparto de atribuciones o modo de gestión que entonces le vincule— habrá de razonar la concesión de las facultades de administración a uno u otro de los cónyuges apoyándola en las conveniencias y circunstancias familiares. Podrá repartir tales facultades entre ambos, asignándolas a cada uno respecto de determinados grupos de bienes; e incluso exigir el acuerdo de los dos

En la redacción de 1958 se establecía que «el juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá, excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos». La excepcionalidad radicaba en que el supuesto de hecho normal era la atribución normativa al marido de la administración de los gananciales.

Es verdad que en la anterior redacción el Código habla de «excepcionalmente», pero no lo es menos que debía ponerse en conexión con las «circunstancias del caso», y en éstas podía haberlas tan poderosas que el juez, en uso de sus facultades discrecionales —el Código no especificaba en qué casos, por lo que era materia dejada a la libre apreciación del juzgador (así DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., pág. 53)—, podía conceder la administración de los gananciales a la mujer. Sobre este punto, cfr. GONZÁLEZ ALEGRE, *Sistematización procesal...*, ob. cit., págs. 78 y 79; BROCA y MAJADA, *Manual de Formularios Civiles*, tomo III, 17 ed., pág. 2681; JAREÑO DARANAS, *Manual de Medidas Provisionales*, ob. cit., pág. 76.

(171) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, pág. 335: «La decisión del juez en relación a la administración de los bienes gananciales deberá extenderse a la percepción y atribución de los frutos de éstas, y por tanto tendrá repercusión inmediata sobre el señalamiento de alimentos.»

para los actos más graves; lo que no cabría, en opinión de los profesores citados, es conferir la ordinaria administración conjuntamente y en mano común a unos cónyuges que viven separados y en pleito, salvo que ellos lo soliciten así (la hipótesis no es del todo imposible, en un proceso «convenido») (172). Entiendo, no obstante, que el acuerdo de las partes en un determinado reparto de atribuciones o modo de gestión no excluiría la intervención del juez; el acuerdo ha de ponerse, por exigencia legal, en conexión con «las circunstancias del caso», lo que supondría, al menos, que deba ser homologado judicialmente.

3. Necesidad de dar licencia para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales.

Se entiende por «mera administración» aquellos actos que no excedan de la conservación y normal aprovechamiento de los bienes. Aquellos actos en que la actividad del cónyuge no va dirigida a conservar y aprovechar los bienes, actos de uso y disfrute o actos que no afecten al capital escapan a la «mera» u «ordinaria» administración; es decir, actos de enajenación y gravamen, o en general, de disposición que no sean de conservación o de administración por vía de disposición.

Está excluida la licencia judicial de aquellos casos en que los cónyuges actúen de consuno sobre los bienes gananciales (173).

b) *Relativas al deber de mantenimiento.*—Con la redacción de la Ley de 1958 (que confirmó la de 1975), el número quinto del artículo 68 del Código civil (174) introduce la innovación de que el juez podrá señalar alimentos a la mujer o al marido.

Antes de la modificación de 1958, no era potestativo en el Juzgado constituirlos o no atendiendo a las circunstancias del caso, sino que forzosamente tenía que constituir los alimentos (sentencia de 3 de junio de 1950); actualmente es una medida más de las dejadas a la iniciativa judicial (sentencia de 11 de mayo de 1970, R. A. 2.282), sin más límite legal que su cumplimiento no puede hacerse en casa del alimentante.

En estos alimentos, por el carácter especial que tienen (175), el juez habrá de tener en cuenta para la fijación de la cuantía el dato del le-

(172) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., págs. 334 y 335.

(173) Díez PICAZO, *La situación...*, ob. cit., págs. 51, 53 y 54.

(174) En igual sentido, artículo 1.890, 1.º, Ley de Enjuiciamiento Civil.

(175) El deber de alimentos «tiene un carácter especial, porque la deuda de alimentos se origina en estos casos por transformación en deuda de alimentos de un deber inserto en la posición jurídica de padre o esposo, cuyos deberes permanecen aunque se haya roto la vida en común y no en el principio de solidaridad familiar en sentido más amplio». ROCA JUAN, «Notas sobre la determinación de cuantía en la prestación de alimentos», *Anales Universidad La Laguna*, 1971, pág. 18 de la separata.

vantamiento de las *cargas familiares* y la atención de los *hijos* (176), y en el otro lado de la proporcionalidad el dato de la posición económica del obligado, buscando en todo momento el principio de equidad que preside estas medidas (177).

c) *Determinación de litis expensas* (178).—El juez podrá determinar libremente la cuantía y la persona obligada al pago (art. 68, regla última, Código civil, y art. 1.890, 2.º, Ley de Enjuiciamiento Civil) in-

(176) Díez PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., pág. 62, afirma que la «vía del derecho de alimentos no era seguramente el camino idóneo para resolver el problema, que debía previamente haberse planteado en otro terreno: En la obligación de los cónyuges de atender las cargas familiares en proporción a la fortuna de cada uno de ellos (cfr. arts. 50, 1.º, y 1.434...). Por esto acaso la regla quinta del artículo 68 hubiera adquirido un más acusado sentido, si se hubiera formulado diciendo que durante la tramitación del procedimiento de separación cada uno de los cónyuges debe contribuir al sostenimiento de las cargas familiares y que si cualquiera de ellos se encontrase en el caso de pedir alimentos, debe su consorte prestar los suficientes para atender a sus necesidades y a las de los hijos que hubieren quedado en poder del alimentista».

GONZÁLEZ ALGRE, *La sistematización procesal de las medidas...*, ob. cit., página 84, establece que no puede serle de aplicación la regulación general sobre el derecho de alimentos previsto en el Código, no sólo por el estado patológico de esta situación matrimonial, sino por el dato de regularse en la Ley Procesal un procedimiento especial para estos «alimentos provisionales», sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos.

(177) La reciprocidad del deber de prestarse alimentos entre los esposos no es tan absoluta que haga aplicable a la mujer esta doctrina para imponerle la carga de la prueba de su imposibilidad de atender a su subsistencia dedicándose al trabajo, lo cual equivaldría a eximir al marido, jefe de la familia sobre el que principalmente pesan las cargas del matrimonio del deber de protección que el artículo 57 del Código civil le impone (sentencia de 24 de octubre de 1951, R. A. 2.351). No cesa la obligación alimenticia aunque el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir y la posición del llamado a dar los alimentos estime el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más holgadamente satisfechas (sentencias de 15 de diciembre de 1942, R. A. 1.412, y 24 de febrero de 1955, R. A. 745), o cuando se poseen «algunos bienes» con «insignificantes beneficios», pues ha de entenderse que la necesidad de alimentos no es sólo una mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz de no necesitarlos (sentencias de 31 de diciembre de 1942, R. A. 1.548, y 9 de diciembre de 1972, R. A. 4.944).

(178) V. CASSO, *Las litis expensas*, Barcelona, 1964. La doctrina de las litis expensas, cuidadosamente elaborada por la jurisprudencia, tiene su fundamento en el derecho de la mujer para solicitar y obtener de su marido lo necesario para poder litigar contra él, cuando, careciendo de bienes, no puede obtener el beneficio de defensa gratuita por impedirlo el cómputo de los ingresos procedentes de los bienes de su consorte; obligación del marido y derecho de la mujer que subsisten mientras no se suspenda o cese legalmente el vínculo conyugal, dado que la separación de hecho por voluntad de los esposos es una situación anormal del matrimonio que no tiene respaldo alguno legal y puede terminarse en cualquier momento en que el esposo quiera hacer uso de los derechos que le confieren las leyes, obligando a la esposa a reintegrarse al hogar conyugal bajo su autoridad, y la apreciación de la necesidad de las pretensiones de la esposa, así como su alcance y cuantía, corresponde al discernimiento de hecho, y deben ser respetadas en casación sus valoraciones mientras no se combaten en forma adecuada para acusar su evidente error (sentencia de 25 de marzo de 1966, R. A. 2.671). Cfr., igualmente, sentencias de 18 de diciembre de 1944 (R. A. 1.389), 25 de junio de 1946 (R. A. 720) y 24 de enero de 1959 (R. A. 441).

dependientemente de que la mujer reciba pensión como alimentante (179); pero esta discrecional actuación judicial (180) se encuentra limitada. En primer lugar, porque la cuantía (181) vendrá determinada por los gastos judiciales *realmente* ocasionados, sin que puedan entrar en los mismos los injustificados o con ánimo de perjudicar al otro cónyuge (182) (en este caso hay una determinación cuantitativa de la litis expensas realizada «a posteriori»), y, en segundo lugar, que el juez, de acordar «a priori» el abono de litis expensas cuya cuantía ha de ser «aproximada» al gasto, no podrá, en ningún caso, eximir de ulterior *rendición* de cuentas (183).

III. EFECTOS CIVILES EN LA EJECUTORIA DE SEPARACION

En este caso (184), la discrecionalidad del juez, según el artículo 73 del Código, se aprecia en la serie de medidas que afectan a los hijos,

(179) Los alimentos legales no afectan a la prestación de litis expensas, al ser compatibles ambas obligaciones (sentencia de 24 de enero de 1959, R. A. 441), y éstas se deben bajo cualquier régimen económico matrimonial (sentencias de 30 de enero de 1957, R. A. 1.137, y 28 de octubre de 1957, R. A. 3.022).

(180) La sentencia de 11 de mayo (R. A. 2.282) establece que hasta la reforma del artículo 68 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, las litis expensas no se podían obtener por la esposa más que a petición propia para litigar con su marido en los pleitos a que se refiere el artículo 60 del propio Código, sobre cuyos gastos había declarado la jurisprudencia que al amparo del número 1.º del artículos 1.408 las deudas contraídas por la mujer cuando legalmente puedan obligar a la sociedad serán a cargo de los gananciales; pero a través de las litis expensas por tener que apreciar los tribunales la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarlos y graduarlo (sentencias de 18 de diciembre de 1944, R. A. 1.390, y 16 de junio de 1920); mas con posterioridad a la reforma, las litis expensas, al igual que los alimentos en el caso concreto que contempla el artículo 68, tienen el mismo carácter de medidas provisionales que puede adoptar el juez por propia iniciativa, si estima que proceden y con vigencia limitada al tiempo que dure la sustanciación del proceso canónico o civil, es decir, mientras no recaiga solución definitiva en el mismo; con lo que basta para rechazar el recurso de casación por improcedente conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1.729, por no tener la sentencia recurrida el carácter de definitiva por su naturaleza y en su virtud hay que desestimarlos por haberse convertido en este trámite en causa de desestimación las que lo sean de inadmisión.

(181) Sobre fijación de litis expensas, ofr. entre otras las sentencias de 27 de mayo de 1955 (R. A. 1.712), 9 de abril de 1954 (R. A. 1.553), 27 de abril de 1961 (R. A. 1.843) y 4 de enero de 1955 (R. A. 168).

(182) En límite y genérico a las litis expensas vendrá determinado por el abuso del derecho.

(183) Sobre la *rendición de cuentas*, aunque no contemple el supuesto aducido por nosotros, v. ESPINOSA, *La rendición de cuentas en el Derecho privado*, Madrid, 1975.

En la sentencia de 10 de octubre de 1967 (R. A. 4.478) se condena a satisfacer 110.889 pesetas en concepto de litis expensas, sin perjuicio de su posterior liquidación activa o pasiva a la terminación de la contienda judicial planteada por mujer separada.

(184) Cfr. DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., páginas 66 a 111; LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo I, Barcelona, 1974, pá-

con la finalidad de acomodar los intereses y la protección del menor a las concretas circunstancias del caso (185).

A) SOBRE LA PATRIA POTESTAD Y CUIDADO DE LOS HIJOS (pár. 2.º, art. 73)

Escaso margen de discrecionalidad queda al proceder judicial en esta medida; el precepto, consecuente con el artículo 169, vincula a que el padre inocente siga en la patria potestad («quedar») o si fuera la madre la inocente la transfiera a la misma («ser puestos»); «la madre tendrá a su cuidado, *en todo caso*, a los hijos menores de siete años» (186).

ginas 725 y ss.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, Madrid, 1975; ALBADALEJO-LACRUZ, *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1968, págs. 148 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1976, pág. 901, y la bibliografía en estos lugares citada.

Cfr. artículos 82 y 104 del Código civil y canon 1.132. En este último se establece que la sentencia canónica de separación lleva aparejados los efectos de que los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno es acatólico, al del católico, salvo que el Ordinario haya previsto otra cosa atendiendo al bien de los hijos y salvando en todo momento la educación católica.

Sobre la educación de los hijos, v. FUENMAYOR, «La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial», en *Homenaje a Pérez Serrano*, tomo I, Madrid, 1959, págs. 460 y ss.

«En caso de separación de los cónyuges, la educación del hijo corresponderá a aquel el cual le haya sido confiado, según una valoración discrecional que el juez deberá realizar en interés del hijo, que es en último término el interés a vivir según los principios morales y religiosos propios de la sociedad a la que pertenece.» SATTI, «L'affidamento della prole nei poteri e nei doveri del giudice», en *Giurisp. vital.*, 1949, parágrafo 53; cit. por BUCCIANTE, *La patria potestà sei suoi profili attuali*, Milano, 1971, pág. 75, nota 46.

(185) Cuando no se ejercieran estas facultades discrecionales por los Tribunales se aplicarán las normas legales del artículo 73. Cfr. así ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, Madrid, 1972, pág. 149.

(186) La jurisprudencia entendía que las causas de separación son criminológicas, basadas esencialmente en la infracción de los deberes matrimoniales, cuya sanción es la separación. Cónyuge inocente es el no culpable de la infracción y en su consecuencia inimputable del acto ilícito realizado. (Cfr. sentencia de 14 de marzo de 1899, Colección Legislación, tomo IV, pág. 456.) La reforma del Derecho de familia de 1975 ha traído como consecuencia, entre otras, una disminución de la valoración de la culpa en los efectos de la separación, y hay una tendencia a prescindir de la misma en la próxima regulación que exige la Constitución de 1978.

DÍEZ PICAZO (*La situación jurídica del matrimonio*, ob. cit., págs. 107 y 108) plantea el deslinde de las facultades que componen lo que la Ley llama cuidado de los hijos de aquellas otras que son contenido de la patria potestad. Afirma que no suscita problema las facultades referentes al contenido económico o patrimonial de la patria potestad; será titular de ellas el cónyuge que ostente la patria potestad (la patria potestad corresponde al cónyuge inocente y el cuidado de los hijos a la madre culpable). La cuestión surge en orden al llamado contenido personal de la patria potestad. Sin ser exhaustivo y por vía de ejemplo, hace las siguientes indicaciones: La facultad de representar a los hijos en el ejercicio de todos los derechos y acciones que pudieran redundar en su provecho (art. 155) corresponde al titular de la patria potestad, la facultad de tener a los hijos al que ostente el cuidado; el deber de alimentos al que lo tenga los

Puede apreciarse la discrecionalidad judicial cuando *cesen* los «motivos especiales» que hubieran servido para proveer al cuidado de los hijos por el juez que conoció de la separación.

B) EN CUANTO A SU TUTELA

Dos son los supuestos legales que autorizan al juez, con diferentes márgenes de discrecionalidad, para constituir la tutela de los hijos del matrimonio separado:

a) La culpabilidad de ambos padres.

b) La imposibilidad de recuperar la patria potestad el cónyuge culpable —a la muerte del cónyuge inocente— por afectar la causa de separación a la formación moral de los hijos.

Con la reforma de 1958 se introduce un dato de flexibilidad en contra del rígido automatismo anterior (187) para que el juez a su *discrecionalidad* provea o no de tutela a los hijos en caso de culpa de *ambos cónyuges* en la separación. De esta suerte, el juez, ante la ausencia de datos o criterio legal, podrá decretar la conservación de la patria potestad en el que la ostentara, conferírsela a la mujer o constituir la tutela; se permite el juez «sopesar y valorar en cada caso el concreto interés de los hijos, fundamental en las medidas que a ellos conciernen, que es en muchas ocasiones independiente de la culpabilidad o inocencia de los padres en sus relaciones mutuas» (188).

La facultad del juez para que «discrecionalmente pueda proveer de tutor» es más restringida de lo que parece de la lectura del texto legal; aunque ambos padres fueren culpables de la separación considero que la tutela a los hijos sólo procederá cuando la causa que la originó *si* «afectare a la formación moral de los hijos». Parece desprenderse del contexto del párrafo 2.º del artículo 73; cuando a la muerte (189) del

prestará en especie, mientras que el otro, aunque ostente la patria potestad, habrá de limitarse a contribuir pecuniariamente a la alimentación.

En cuanto a las facultades de educación, instrucción y moderada corrección, problema difícil de resolver, pues pueden ir unidos tanto a la patria potestad como del hecho de tener los hijos en compañía reconduce el problema, estimamos con acierto, al no existir solución clara, a la única que puede haber: «considerar la patria potestad como poder preferente y remitir en todo caso los conflictos a la *decisión* de la autoridad judicial».

(187) Para antes de la reforma de 1958. cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo I, Madrid, 1924, pág. 443.

(188) DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., pág. 111.

(189) La muerte del cónyuge inocente a que se refiere el Código ha de interpretarse en un sentido amplio, abarcando aquellos supuestos de suspensión o extinción de la patria potestad que ostentara. Así, DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., págs. 108 y 109.

cónyuge inocente el culpable recupera la patria potestad «si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral del hijo», no parece coherente que el juez cualquiera que fuera la causa, aunque imputable a ambos cónyuges, quede facultado para proveer de tutor.

La fórmula actual —causa que afecte a la formación moral—, en decir de Díez Picazo (190), «es indudablemente más inconcreta que la de la primitiva redacción, pero su misma inconcreción evita el automatismo que antes tenía la norma y permite enjuiciar las circunstancias de cada caso. La alusión a la formación moral parece, por esto, en gran medida independiente del carácter típico de la causa. Un mismo hecho, encuadrable siempre como causa de separación, puede afectar o no a la formación moral de los hijos, según las circunstancias concurrentes y la repercusión que haya tenido o pueda tener en el ámbito de la familia. En la separación por condena del cónyuge a reclusión mayor, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza del delito. En la separación por adulterio, las circunstancias que lo han rodeado, su publicidad o secreto, etc.».

Sin perjuicio de la conexión necesaria entre causa de separación y formación moral del hijo, considero que cuando el Código se refiere a «la causa que origine la separación no afectare a la formación moral del hijo», es a este dato y no a la causa de separación a lo que deberá atender el juez para proveer de tutor, o por el contrario producir la recuperación de la patria potestad. La formación moral del hijo ha de estimarse y valorarse en el medio o *ambiente social de sus padres* (profesión, antecedentes penales, civiles, e, incluso, matrimoniales, etc.). Depende, en suma, la incidencia del «habitat social» en la formación moral del hijo.

El juez también ha de atender al *comportamiento* del padre culpable (anterior, coetáneo y posterior a la situación de matrimonio separado) para decidir si aquél influye en la formación moral del hijo; puede darse el caso de padre arrepentido de su anterior conducta. La recuperación de la patria potestad o, en su caso, proveer de tutor a la

(190) Díez PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio*, ob. cit. págs. 109 y 110: En la primitiva redacción del Código, el padre culpable recuperaba la patria potestad cuando la separación había tenido por causa el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves; no la recuperaba, en cambio, cuando la separación había tenido una causa distinta (violencia para cambiar de religión, condena penal, prostitución o corrupción, etc.).

En este sentido la vieja sentencia de 9 de noviembre de 1898 (Colección Legislativa, tomo III, pág. 246) establecía que «sobre ser facultativa la disposición del artículo 171, el adulterio anterior de la madre no debe considerarse comprendido en aquellos casos que en virtud del artículo 73 pueden los Tribunales privar de la patria potestad.

muerte del padre inocente debe llevarse a cabo a través de un nuevo decreto judicial (191), único modo de poder valorarse la conducta y comportamiento del culpable.

Con la *reconciliación* (192) se restaura la situación jurídica matrimonial existente en momento anterior a generarse la situación de matrimonio separado.

Pero aunque se establezca la «misma situación» (193), subsisten determinados efectos de la situación anormal del matrimonio. La ley, teniendo en cuenta el elemento más débil y digno de protección, establece que «subsistirán, en cuanto a los hijos, los efectos de la separación cuando ésta se funde en el conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas; caso en el que, si aún los unos y las otras están bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o prostitución» (art. 74, ap. 2.º).

Esta medida es oportuna, aunque sea defectuosa la redacción del artículo; cuando el artículo 73 establece que «a la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a la patria potestad, y sus derechos si la causa no afectase a la formación moral de los hijos está preveniendo el hecho de la muerte antes de que los hijos salgan de la patria potestad. Cuando el artículo 74 se expresa en los términos antes indicados está contemplando una situación que no sabe si se dará: la reconciliación y la posibilidad de que el culpable recupere la patria potestad. Sólo así tiene sentido cuando dice: «caso en el que, si aún los unos y los otros (se refiere a los hijos e hijas), están bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o prostitución».

Estas medidas que pueden adoptar los Tribunales apreciándose su facultad discrecional, no requiere mayor comentario, pues serán aque-

(191) Díez PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio...*, ob. cit., pág. 110, nota 160.

La vieja sentencia de 9 de junio de 1916 (Colección Legislativa, tomo 55, página 80) —tal vez por no imperar en aquel entonces las nuevas corrientes normativas que potencian la facultad discrecional del juez— establece que «fallecido el cónyuge inocente, separado legalmente en virtud de sentencia firme de divorcio, recupera el cónyuge culpable *por este solo hecho* la patria potestad que había perdido, siendo, por ello, improcedente la constitución del organismo tutelar de los hijos menores, nombrado para que actuase hasta que recayese ejecutoria que rehabilitase al culpable».

(192) La reconciliación, artículo 74 del Código civil, por estar incluida en el capítulo de las «disposiciones generales del matrimonio» se refiere tanto al canónico como al civil. Así, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia*, tomo I, Barcelona, 1974, pág. 93; en contra, FUENMAYOR CHAMPÍN, *El matrimonio y el Concordato español*, Madrid, 1963, pág. 124.

(193) Cfr. artículos 74 y 1.439 del Código civil que responden a la idea de *restauración* de la situación matrimonial en su aspecto personal y patrimonial.

llos que defienden «el bien más estimable del matrimonio». Para su defensa sirven los datos y criterios en la fase del proceso de separación o nulidad referidas anteriormente. El Tribunal puede adoptar las medidas que crea oportunas, entre éstas, la continuación de la tutela si se les hubiera proveído de tutores. No obstante, creemos que sólo la causa 5.^a del artículo 105 del Código pueda servir de base al juez para continuar la tutela.

IV. EFECTOS DE LA EJECUTORIA DE NULIDAD RESPECTO DE LOS HIJOS Y DEL CONYUGE DE BUENA FE

En este apartado señalamos los puntos de intervención del juez con un arbitrio que no registramos al examinar las medidas judiciales en la situación del matrimonio separado.

En los artículos 70 y 71 se faculta al juez para que utilice su arbitrio a fin de proteger a los hijos del matrimonio anulado, «según las particularidades del caso» (art. 70 in fine). Es por esta misma razón por lo que las normas contenidas en el artículo 70 (194) son para el juez criterios orientativos que deben presidir su proceder. No obstante se debe puntualizar:

a) Sólo el cónyuge que actuó de buena fe puede ostentar los derechos y deberes derivados de la patria potestad, quedando el otro sometido al cumplimiento de los deberes nacidos de la misma (195).

b) Si la mala fe hubiera existido en los dos cónyuges, el juez podrá proveer de tutor al menor (cfr. art. 70, pár. 3.º); pero ello no significa,

(194) LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia*, tomo I, ob. cit., pág. 86: «la anteposición del acuerdo privado (art. 71) a las normas automáticas legales (párrafos 1.º y 2.º del art. 70) exige buena fe por parte de ambos contrayentes o, al menos, de uno de ellos».

(195) Cfr. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, págs. 266 y 267: «Si los dos contrayentes son de buena fe, conservan después de la anulación del matrimonio la patria potestad sobre los hijos habidos en el mismo con plenitud de derechos y obligaciones, pero como al quedar firme la sentencia de nulidad no existe ya un domicilio familiar en el que puedan cumplirse frente a los hijos el deber de alimentos y los demás que señala el artículo 155, 1.º, debe designarse la persona especialmente encargada de hacerlo, bien entendido que el otro progenitor no quedará privado de ejercer los derechos (por ejemplo, la licencia para el matrimonio) y cumplir los deberes (alimentos, educación) en la parte que le corresponda. Si uno solo de los supuestos cónyuges contrajo el matrimonio de buena fe, únicamente él podrá ejercitar los derechos derivados de la patria potestad, pudiendo exigir al otro contrayente el cumplimiento de los deberes que la misma impone. Si ambos fueran de mala fe, ninguno de ellos podrá invocar a su favor un derecho que tenga su origen en la patria potestad, pero los hijos podrán reclamarle el cumplimiento de los deberes que le incumben como padres legítimos.»

creemos, que sea vinculante esta regla (196). Nos remitimos a cuanto dijimos sobre la provisión de tutor a los hijos del matrimonio separado.

c) El «común» acuerdo que pueden hacer los padres, cuando al menos uno lo sea de buena fe, sobre el cuidado de los hijos, creemos deberá quedar subordinado a la *homologación* judicial, pues es al juez a quien se le encomienda, a través de su discrecionalidad, la protección del interés más débil: el de los hijos.

(196) La sentencia de 16 de marzo de 1967 (R. A. 1.521), así parece confirmarlo al mantener que aun cuando «ambos cónyuges procedieran con mala fe al contraer el matrimonio en cuestión, la mujer al firmar la declaración jurada de no haber sido bautizada y al ingresar y practicar en otra religión; y el esposo al extender dicha declaración y demás documentos precisos para su celebración, ocultando los domicilios de ambos y reseñando otros que no respondían a la realidad y demás actos por los dos efectos, por todo lo cual haciendo uso de la autorización concedida en los artículos 70 y 73 del Código civil y con miras sólo al beneficio del hijo del matrimonio, dada su edad del momento de presentación de la demanda y en la actualidad, su estado de salud y las atenciones que requiere, procede decretar que el hijo quede bajo el poder y cuidado de la madre.

CAPÍTULO V

DISPENSA DE IMPEDIMENTOS EN EL MATRIMONIO CIVIL

Parece que un estudio del artículo 85 del Código civil escapa a los límites propuestos en este trabajo, por cuanto la actuación no corresponde a autoridad judicial sino a administrativa (197): al Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, previo informe de la Sección respectiva (arts. 74 L. Reg. Civ. y 367 del Reglamento). Más no he podido sustraerme al comentario —aunque breve— por una doble justificación. En primer lugar, la autoridad judicial no se encuentra ausente, toda vez que la instrucción del expediente le corresponde al juez de Distrito o Comarcal, como encargado del Registro principal, del domicilio de cualquiera de los promotores (art. 365 del Reglamento del Registro Civil, redactado conforme al Decreto de 22 de mayo de 1969) (198); y en segundo término, la autorización del Ministerio de Justicia se encuentra condicionada a que exista una justa causa (art. 85 Código civil), una causa grave (art. 92 Código civil) o una justa causa de índole particular familiar o social que se invoque por el interesado (art. 258 del Reglamento de Registro Civil). En consecuencia, la actividad del Ministerio de Justicia al dictar su resolución es semejante —desde el punto de vista *funcional*— a la que desarrolla el juez. A estas dos alegaciones añadiría una tercera, deducir —como se hace en la parte primera de este trabajo— cómo los esquemas generales de aplicación e interpretación normativa, sea cualquiera el órgano encargado, pueden servirnos para llegar a unas conclusiones acordes con la vida real.

(197) El artículo 85 del Código civil establece que: «El Gobierno, con justa causa, puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento comprendido en el número 2.º del artículo 45; los grados tercero y cuarto de los colaterales por consanguinidad legítima; los impedimentos nacidos de afinidad legítima o natural entre colaterales, y los que se refieren a los descendientes del adoptante.»

(198) Con arreglo al artículo 365 del Reglamento del Registro Civil, si todos los peticionarios estuvieran domiciliados en país extranjero, se instruirán por el cónsul del domicilio de cualquiera de los peticionarios o, en su defecto, por el encargado del Registro Central.

La dispensa de los impedimentos recogidos en el artículo 85 (199) no se produce por el solo hecho de solicitarla sino que ha de mediar, además, justa causa para concederla.

Algún autor (200) ha mantenido que el régimen de dispensa es de «gran flexibilidad, amplísimo, y que el arbitrio ministerial es prácticamente ilimitado», en razón a que los textos legales son poco explícitos por limitar su alusión a la justa causa (arts. 85 y 92 Código Civil y 258 del Reglamento del Registro Civil); pero es, por el contrario, en la justa causa donde se encuentra el fundamento y a su vez el límite del «arbitrio ilimitado».

El antiguo Reglamento del Registro Civil de 1870 dejaba constancia de las circunstancias que se considerarían favorables o desfavorables para conceder o denegar la dispensa (201).

La vigente normativa remite a un concepto general: la «causa justa» de «índole particular, familiar o social que se invoque por el interesado» (art. 258 del Reglamento del Registro Civil). El Ministerio de Justicia habrá de *valorar el interés* particular, familiar o social más

(199) En la primitiva edición del artículo 85 se produjo el error de parecer necesaria la dispensa del impedimento existente entre suegro y nuera o suegra y yerno, al no existir la palabra, que luego fueron añadidas, de «entre colaterales».

La Exposición de Motivos de la segunda edición del Código que se mandó hacer por Ley de 26 de mayo de 1889, explica la omisión del decir que «la omisión de dos palabras cometida en la copia o en la impresión del Código, dio lugar a que se creyera que el artículo 85 autorizaba al Gobierno para dispensar en el matrimonio civil el impedimento de afinidad en línea recta. De ahí la necesidad de añadir las palabras omitidas, quedando así restablecido el texto verdadero y desvanecido el error a que había dado lugar este artículo.» Cfr. JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, *Código civil*, tomo I, Madrid, 1934, páginas 494 a 501; SCAEVOLA, *Código civil*, tomo II, Madrid, 1946, págs. 667 y ss.

(200) PÉREZ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, tomo II, Madrid, 1962, página 702.

(201) Se consideraban circunstancias favorables para la concesión de la dispensa de los impedimentos en el matrimonio civil las siguientes: La de convenir la dispensa a los hijos de anteriores matrimonios, por la fundada esperanza de hallar en el cónyuge que pretenda entrar en la familia la protección y el cuidado de que se vieron privados por el fallecimiento de un padre o madre; la de proporcionarse, por consecuencia del matrimonio, medios de subsistencia para los solicitantes, para alguno de ellos o para sus padres necesitados o enfermos; la de facilitarse arreglos de familia que pongan término a cuestiones o pleitos o produzcan ventajas análogas; la de evitarse escándalo, por haber mediado largas y estrechas relaciones entre los solicitantes, con existencia de prole o embarazo; la de haber gran dificultad de matrimonios por escasez de población o por otras causas generales o especiales de cada caso; la razón de Estado, si el matrimonio fuera entre príncipes; y las demás causas que, conforme a un recto criterio, se estimen de interés público o particular de las familias de los solicitantes.

Se entiende, por el propio Reglamento de 1870, que son circunstancias desfavorables: la falta absoluta de motivos que demostrasen la necesidad o utilidad de la dispensa y cualquier otra circunstancia que con arreglo a un recto criterio se estimase justa causa de denegación. Tomado de PÉREZ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, ob. cit., pág. 702.

digno de protección. En una época anterior (Reglamento del Registro Civil de 1870) podía determinarse por razones económicas o de protección personal. Actualmente la justa causa debe señalarse como el deseo y la voluntad de unirse matrimonialmente, con respeto a los principios comunitariamente sentidos de moral, orden público y buenas costumbres. Aun tratándose la dispensa del artículo 85 (202) de un supuesto de no aplicación de la ley general (la general de impedimento) y el beneficio, en consecuencia, ser restrictivamente concedido, estimo que la «causa» para dispensas se entenderá como «justificada» no por aquellas circunstancias o motivos que aconsejaran el matrimonio (como parecía deducirse de la derogada legislación del Registro Civil) sino por aquellas otras que *no lo aconsejasen* en atención a la *futura* descendencia (fuerte presunción de taras hereditarias), o de conmixtio sanguinis, aunque en este caso me inclinaría por la concesión de la dispensa solicitada, pues independientemente de la sanción civil del artículo 50 quedaría el ejercicio de las acciones de impugnación o de defensa, en su caso, de la paternidad.

(202) Las «causas graves» a que se refiere el artículo 92 del Código civil para dispensar la publicación de los edictos no deben ser equiparadas con las «causas justas» a que el artículo 85 del Código civil se refiere. La dispensa de los edictos sólo se concretan a aquellas circunstancias que tengan por objeto un perjuicio social para los que intentan contraer matrimonio (vg.: poner ante la sociedad una situación de hecho que la misma creía jurídica), o cuando no se ha podido probar con exactitud el estado jurídico de alguno de los contrayentes (vg.: soltero, viudo, etc.).

CAPÍTULO VI

FILIACION

La materia de filiación merece, en los momentos actuales, un análisis y un estudio detenido a la vista de la próxima reforma legislativa que ponga de acuerdo el precepto constitucional sancionador de la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación (artículo 39, 2.º), con los preceptos recogidos en el Título V del Libro I del Código civil. No es cuestión esta, por sugestiva que sea, que deba abordarse ahora, pues quedaría desdibujado el objeto concreto de nuestro trabajo, y por otro lado carecería de sentido una detenida y detallada investigación de dicha discrecionalidad en unas normas sometidas, necesariamente, a próxima revisión (203).

Por ello sólo haré aquellas consideraciones que suscita la intervención discrecional de los jueces, sin perder de vista los postulados programáticos —o no tan programáticos, cfr. disposición derogatoria tercera— de la Constitución de 1978.

La ley, en materia de filiación, no delega en el juez facultades discrecionales para completar el presupuesto de hecho o graduar las consecuencias jurídicas de la norma. El arbitrio judicial sólo se mueve en el flexible principio de la estricta valoración de los hechos que constituyan prueba de la filiación matrimonial o extramatrimonial, y en consecuencia en la libre apreciación de los mismos. Tal vez en la próxima reforma legislativa que desarrolle la investigación de la paternidad (art. 39, 2.º, de la Constitución), dado que la demostración de la misma ha de fundarse en presunciones mientras la ciencia no llegue a *consolidar* un procedimiento biológico que permita afirmarla positiva-

(203) Se hacen realidad las palabras de Lacruz Berdejo cuando en el Prólogo del libro de RIVERO (*La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, pág. 20) afirmaba que: «La ley no es un (relativamente) inmutable teorema matemático, sino un mandato enunciado en un tiempo concreto, para una serie de circunstancias y dudas de un *conspectus* social determinados y con vigencia más o menos limitada, sobre una tabla de valores igualmente temporal y también mucho más mudable de lo que pudo pensar el legislador. Cuando cambian, o el orden de la tabla, o las circunstancias, la *ratio* puede devenir incongrua, e incluso imperar solución contraria a la del texto.»

mente (204), tal vez, digo, haya de concederse legalmente un mayor ámbito al arbitrio judicial, en atención a las circunstancias del caso o a la defensa de la esfera de la intimidad privada, a fin de admitir sólo las demandas dirigidas a obtener la declaración judicial de paternidad cuando existieran «indicios» serios de la realidad de los hechos en que pretende fundarse la acción.

En el Código civil, *prima facie*, pudiera parecer que al juez le están concedidas facultades discrecionales en la valoración de los requisitos constitutivos de la posesión de estado de hijo legítimo, en aprobar o denegar el reconocimiento voluntario de menor de edad y en la declaración judicial de paternidad. Veamos.

I. EL HECHO DE LA POSESION CONSTANTE DE HIJO LEGITIMO

La posesión de estado de hijo legítimo no adquiere carácter jurídico dentro de la situación familiar creada hasta que se cumplan determinados requisitos; es decir, que el hijo no adquiere el estado de tal hasta el cumplimiento de los requisitos (nomen, fama, tractatus) que le confieren la característica principal del concepto «estado», que no es otra que «estabilidad»; lo cual no se consigue hasta que la posición jurídica de hijo no se haya desenvuelto en el terreno de los hechos. Por ello se nos presenta el juez constatando la existencia de los mismos (205); valorando la prueba del hecho posesorio.

Nuestro Código civil no establece cuáles son los requisitos constitutivos de tal posesión. Se limita a exigir que sea «constante». Hubiera sido más acertado transcribir el artículo 110 del Proyecto de 1851, que establecía que «la posesión de estado de hijo legítimo se acredita por

(204) V., por todos, CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, Madrid, 1975, págs. 188 y s.; RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de...*, ob. cit., págs. 496 y s., y en especial la valoración judicial de las pruebas biológicas en págs. 538 y s., y la bibliografía en estos libros citada.

(205) Angel López López (*La posesión de estado familiar*, ob. cit., pág. 109) habla de «la identidad de función entre posesión de estado y acta de nacimiento, pero existen diferencias entre dos pruebas consistentes, una en un documento, otra en una serie de hechos, correspondientes a la tenencia de un estado».

CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, Madrid, 1966, págs. 10 y 11), identificando los conceptos de estado y posición, nos dice que «si por estado se entiende la condición en que se halla la persona “la condición la manera en que los omnes viven o están», decían nuestras Partidas, es evidente que la filiación, que supone una posición que la persona ostenta ante todos y de la que derivan derechos y obligaciones implica un estado». «Hay un estado de filiación —continúa diciendo el profesor Castán— que es, como dice Cicu, la posición que el individuo ocupa en la familia como hijo; su significado y valor jurídico radica en que la ley vincula a él una serie de derechos y deberes.»

una reunión de circunstancias que concurren a probarla, tales como el uso constante del apellido del padre, con ausencia de éste, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público» (206). A este respecto, Scevola (207) critica el Código civil por su poco acierto en no determinar en qué consiste.

Los hechos constituyentes de la posesión es indudable que entran en la esfera de apreciación del juez. Cicu advierte que «debe dejarse a la apreciación del juez la prueba de cada uno de sus elementos, pero en la valoración de tales pruebas él es el *árbitro*, lo cual tiene especial importancia para probar la continuidad que la Ley exige en la posesión de estado» (208).

En el Derecho español será válido llevar al juez la convicción de que una persona goza de modo continuado, sin interrupción ni contradicción suficiente, de la consideración de hijo legítimo. Los hechos podrán probarse por los medios ordinarios, *valorando* el juez a su arbitrio las *pruebas* (209).

El Código reconoce en el artículo 115 la fuerza probatoria de las partidas registrales como medio genuino de patentizar la filiación legítima; pero, a renglón seguido, se refiere al documento auténtico o sentencia firme, para los casos que desbordan la presunción de legitimidad que establece el artículo 108 (prueba especial); en el artículo 116, y como medio subsidiario de prueba, de primer grado, establece el de posesión constante del estado de hijo legítimo que, por su propia naturaleza, no ha de entenderse limitado en cuanto al acreditamiento de

(206) Afirmaba GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pág. 128) al comentar el artículo 110, afirmaciones que sirven igualmente para el vigente Código, que «la reunión de circunstancias» implica que la posesión no resulta de un hecho solo y aislado, pero tampoco es necesario que se reúnan todas las circunstancias o hechos propuestos por vía de ejemplo; vía de ejemplo que se deduce de la palabra «tales como». En el sentido de que las circunstancias o hechos se proponen como lista, *no taxativa*, de ejemplos para ilustrar el ánimo del juez. El vigente Codice italiano de 1942 en su artículo 237 establece los hechos constitutivos de la posesión de estado.

(207) SCEVOLA, *Código civil*, tomo III, Madrid, 1942, pág. 318.

(208) CICU, *La filiación*, ob. cit., págs. 31 a 33.

(209) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen II, Madrid, 1966, pág. 43.

Afirman LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 369) que «el ordenamiento no puede limitarse con respecto al estado civil de las personas a proveerlo de medios de prueba ordinarios o específicos, que le hagan prevalecer a través de la libre apreciación del juez cuando sea desconocido o negado, sino que debe dotarlo de un título preconstituido, fácilmente demostrable y difícilmente falseable, que los acredite extrajudicialmente y «*erga omnes*» con carácter impositivo y validez oficial, sin que su apreciación quede al arbitrio de los particulares, ni de los funcionarios; en suma, de un título declarativo por estado o, dado que la terminología no está consagrada, de una prueba habitual en el tráfico».

los actos que la constituyen (prueba libre); y en el artículo 117 admite como medio subsidiario de prueba de segundo grado cualquiera otro, pero subordinando la libertad de apreciación a que haya un principio de prueba, por escrito, que provenga de ambos padres, conjunta o separadamente (prueba condicionada) (210).

Los artículos 115, 116 y 117 del Código civil se refieren a los distintos «medios» con que puede acreditarse la filiación legítima, pero no contiene, respecto a ninguno de ellos, norma especial que haga referencia a su valor probatorio, cuestión que ha de estimarse deferida a los preceptos sustantivos y procesales de carácter general (211), es por todo ello que la apreciación y valoración de la prueba corresponde, en principio, a los jueces y tribunales de Instancia, en uso de sus facultades privativas y bajo su propia y estricta responsabilidad, siendo libre, dentro del marco legal, para apreciarla como suficiente o no, al fijar los hechos sobre que ha de recaer la aplicación de la ley (212).

En resumen, podemos afirmar que la intervención del juez en la posesión de estado de hijo legítimo sólo está limitada a la libre valoración y apreciación de lo alegado y probado por aquel que intentara demostrar la posición jurídica de hijo legítimo, apoyándose en la posesión constante de tal situación y, en consecuencia, determinar si se dan o no sus presupuestos fácticos.

II. LA APROBACION JUDICIAL EN EL RECONOCIMIENTO

En el reconocimiento voluntario (formal o solemne) la autorización o aprobación judicial a que se refiere el artículo 133 del Código es un *posterius* al reconocimiento que de su paternidad (o maternidad) haga uno o ambos padres.

Si la autorización judicial no es un requisito estructural del reconocimiento de los padres, ¿qué finalidad tiene habida cuenta de que el reconocimiento voluntario ya no es, como lo fue antes de las Leyes de Toro, sólo una prueba más de la filiación, sino un acto jurídico con substantividad propia?

(210) Cfr. en este sentido la sentencia de 5 de abril de 1963 (R. A. 2.158).

(211) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1965 (R. A. 5.883), por lo que la posible violación de los artículos citados en el texto sólo puede denunciarse en casación a través del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dentro de los efectos de la cosa juzgada frente a terceros, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.252 del Código civil, está incluido el referente al estado de hijo natural según la sentencia de 9 de marzo de 1968 (Colec. Leg., núm. 193).

(212) Sentencia de 28 de junio de 1968 (R. A. 4.672).

El Código no dicta una regla a la que podamos acogernos para establecer el fundamento de la aprobación judicial, determinando, en consecuencia, sus límites y alcance.

Peré Raluy dice que «ni en el artículo 133 ni en ningún otro precepto se arroja la menor luz sobre si a efectos de tal decisión debe tenerse en cuenta la conveniencia del menor, la necesidad de evitar fraudes, la probabilidad de que el reconocimiento de filiación responda a la realidad física, etc.; ante tal oscuridad y habida cuenta de lo poco propicio que el legislador se ha mostrado a la investigación de la filiación y de la indiferencia del mismo acerca de la correlación entre la filiación real y la filiación legal, parece que sólo cabe admitir, como materia del juicio que ha de formularse en el expediente de aprobación judicial, la conveniencia o inconveniencia que, para el menor, suponga el reconocimiento» (213).

Albaladejo (214), más ampliamente, establece que la aprobación judicial «es útil y justa ya que sirve para proteger tanto al que se pretende reconocer como, muchas veces, al que reconoce (preferentemente si el reconocedor es un menor)». En el mismo sentido se manifiestan otros autores (215).

Salvaguardia (Royo), conveniencia (Peré Rulay), protección (Albaladejo) son las razones motivadoras de la intervención judicial. De «garantías» (obiter dicta) habla alguna sentencia del Tribunal Supremo (216), o de su necesidad para atender «el interés y conveniencia del reconocido» se habla en algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (217).

(213) PERE RALUY, *Registro Civil*, tomo I, Madrid, 1962, págs. 440 y 441.

(214) ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, página 167.

(215) Así, ROYO MARTÍNEZ (*Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 274) establece que en cuanto al menor, la causa de que se exija la aprobación judicial es la salvaguarda de los intereses del hijo y la evitación de reconocimientos por intereses o nocivos para el menor. Sentado esto, preciso resulta tachar de ilógica la exención de este requisito para el reconocimiento hecho en testamento, sólo explicable si el legislador, como debió de suceder, no tuvo en cuenta que el reconocimiento por testamento es eficaz sin necesidad de esperar a que el padre que reconoció muera.

(216) Si bien este artículo 133 requiere, cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento o testamento, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, estas garantías quedan cumplidas en el juicio de reconocimiento promovido por la madre en nombre de su hijo menor, porque en dicho juicio es parte obligada el fiscal (sentencia de 26 de marzo de 1904 y, en análogo sentido, sentencia de 5 de diciembre de 1964).

(217) La Resolución de 9 de septiembre de 1969 (R. A. 4.182) mantiene que «aun teniendo la aprobación judicial por finalidad la de atender al interés público en la legalidad de los títulos inscribibles o la de revisar en nuevo expediente lo que está ya competentemente decidido en última instancia (si bien siempre sin perjuicio de la vía judicial ordinaria), va dirigida exclusivamente a atender al interés y conveniencia del reconocido, en tanto que éste, por su edad,

La aprobación judicial, por estas razones y por evitar la posibilidad de reconocimientos contrarios a la realidad biológica (218), es un presupuesto de eficacia del acto jurídico de reconocimiento (219), que no se integra en el supuesto de hecho del mismo. Esta es la posición de nuestro Tribunal Supremo al mantener que «la exigencia de la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, es un requisito que no es meramente complementario ni dispensable en ningún caso, que tiene sustantividad al efecto de que los Tribunales, aun habiendo existido el reconocimiento voluntario, no pueden concederle *efectos legales* hasta que aquél no aparezca debidamente cumplido» (sentencia de 28 de septiembre de 1966).

Tal criterio se sostiene, igualmente, en Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, como la de 27 de enero de 1970, donde en su considerando cuarto se dice: «Ciertamente, la *plena eficacia* del reconocimiento requiere, en determinados supuestos, la concurrencia de otros requisitos distintos del acto de reconocer, como son, bien la aprobación judicial, pero no cabe deducir de ahí que la constitución del estado de hijo natural reconocido sea efecto de un concierto de voluntades, como puede ocurrir con el matrimonio, materia que la ley deja al mero arbitrio de las partes interesadas; el reconocimiento es ante todo la manifestación solemne que de determinada paternidad hace una persona a fin de que los deberes y potestades que le impone el derecho natural tenga su total reflejo jurídico; así, pues, a efectos de vincular el reconocente, es el acto de reconocer —y no el acuerdo de voluntades— el fundamental, y por eso, para su plena eficacia, tal acto es suficiente por acta de nacimiento o en testamento, y sí en otros supuestos se exige todavía la concurrencia de otras voluntades, es sólo para atender al interés y conveniencia del reconocido».

La aprobación judicial del reconocimiento, sea cualquiera la posición que sobre el mismo se tuviera (220), ha de estar presidida por un doble criterio, que a su vez sirve de límite en el *proceder* del juez:

no pueda personalmente proveer por sí». Criterio que corrobora la Resolución de 27 de enero de 1970 (R. A. 3.003).

(218) ALBALADEJO, *El reconocimiento...*, ob. cit., pág. 168.

(219) ALBALADEJO, *El reconocimiento...* ob. cit., págs. 165 y 168. Es una «conditio iuris» a la que se somete el reconocimiento.

(220) No podemos entrar en el estudio de la naturaleza jurídica del reconocimiento. Sólo aceptar como toma de postura que el reconocimiento formal o solemne se concreta a dejar establecida la paternidad (o maternidad), cumpliendo una función consistente en perfeccionar la filiación como hecho jurídico (CÁMARA ALVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación...*, ob. cit., pág. 46), a través del acto voluntario de «fijación», aunque no incontestable, del hecho biológico. Sobre negocios de fijación, cfr. GIORGIANNI, voz «Accertamento», *Enciclopedia Giuridica Italia*, tomo I, pág. 232; DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo I, pág. 290.

a) El primero es la comprobación de la naturalidad presunta que se deduce de los artículos 119, 129 y 130 del Código civil. No obstante me ofrece duda, después de la Constitución, que no pudiera el juez aprobar el reconocimiento, al menos frente a reconecedor y reconocido, cuando de alguna manera se revelará «el nombre de la persona con la que hubiera tenido el hijo o expresa circunstancia por donde pueda ser reconocida» (art. 132), y pudiera constatarse la imposibilidad del «habilis nuptia». De *lege ferendae* así debiera regularse, sin perjuicio de detallar la preferencia por una u otra de las filiaciones y de las acciones de impugnación o de desconocimiento de la paternidad (pensemos que el vigente sistema «cerradísimo», como denomina Rivero, de la imposibilidad física de acceso, se hace más abierto con la investigación de la paternidad).

b) El segundo que ha de observar, aunque no se exprese en tales términos nuestro Código, el límite material y fundamento de la protección, defensa, interés... del reconocido. Y es para atender el público interés del reconocimiento y el privado del reconocimiento por lo que el juez deba oír inexcusablemente al Ministerio Fiscal y a toda persona que pueda contribuir a formar su convicción (221).

La aprobación judicial, siendo un requisito externo al reconocimiento, tiende a *homologarlo* para el control de los dos anteriores condicionamientos; tramitándose en jurisdicción voluntaria, siendo competente el juez de Primera Instancia del domicilio del solicitante, o bien en expediente registral (222).

No obstante la finalidad para la que se establece la aprobación judicial, la ley, por estimar que aquélla queda de una u otra forma satisfecha, condiciona la intervención judicial a la forma en que se declare la paternidad y a la edad y capacidad del reconocido.

(221) En la sentencia de 26 de marzo de 1904 se precisa el carácter de la intervención del Ministerio Fiscal: es parte obligada el citado Ministerio, lo cual significa que actúa en concepto de verdadera parte a todos los efectos legales, debido a la naturaleza propia de las relaciones jurídicas familiares. V. también en este sentido sentencia de 5 de diciembre de 1964 (R. A. 5.685). Sobre las personas que el juez deba oír para formar su convicción, cfr. ALBADALEJO, *El reconocimiento...*, ob. cit., págs. 168 y 169.

(222) Cfr. PERE RALUY, *Registro civil*, tomo I, ob. cit., pág. 441. No obstante ser posible la tramitación acumulada con expedientes registrales regidos por la legislación del Registro Civil en tanto incida la competencia en el mismo órgano, el decidir si procede la aprobación judicial de un reconocimiento es cuestión totalmente ajena a la materia propia de dichos expedientes y, por el contrario, típica de la jurisdicción voluntaria y de los órganos judiciales, por lo cual no cabe que la Dirección General de los Registros pueda admitir recurso alguno contra el auto del juez de Primera Instancia por el que se decide no haber lugar a aprobar el reconocimiento de un menor (cfr. Resolución de 9 de septiembre de 1969 y 6 de agosto de 1970).

A) LA EDAD Y CAPACIDAD DEL RECONOCIDO

Dada la redacción del artículo 155, la aprobación judicial es sólo subsidiaria para el supuesto que el reconocido fuera *menor de edad*.

Si es mayor de edad, a él y sólo a él corresponderá dar el asentimiento al reconocimiento hecho por los padres; la claridad del Código sólo va referida al supuesto de *hijo mayor* reconocido que *sea capaz*. No obstante, el Código debiera haber establecido el recurso judicial subsidiario ante la negativa al reconocimiento del hijo mayor de edad.

En el momento actual, ante la negativa del hijo mayor de edad, los padres podrán reclamar en juicio ordinario de mayor cuantía la paternidad o maternidad contestada (cfr. art. 39 Constitución de 1978).

El menor de edad emancipado legalmente deberá prestar por sí mismo el asentimiento al acto de reconocimiento sin que pueda suplirlo el juez (223). Lo mismo afirmamos respecto de aquel que hubiera obtenido la habilitación de edad. El menor emancipado está legitimado para regir su persona y bienes como si fuera mayor y las limitaciones que se le imponen son de orden más bien patrimonial y económico (cfr. arts. 317 y 324 del Código civil). La limitación de carácter procesal «comparecer en juicio», no debe extenderse al de jurisdicción voluntaria donde ha de tramitarse la aprobación judicial (el art. 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de «solicitar»).

El menor de vida independiente del artículo 160, al no ostentar una *legal* emancipación, requerirá la aprobación judicial, pues la ratio de este artículo debe ser interpretada como una «emancipación» a efectos patrimoniales (peculio propio) (224) y el asentimiento al reconocimiento no se encuentra entre dichos efectos.

El reconocimiento de concebidos requerirá igualmente aprobación judicial. Si el concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables (art. 29 del Código civil), es al juez a quien corresponde calificar este «favor nasciturus» mediante su aprobación (225).

(223) PERE RALUY (*ob. cit.*, tomo I, pág. 439) se manifiesta en igual sentido.

(224) Que la emancipación aformal o tácita a que se refiere el artículo 160 sólo tiene efectos en cuanto a los bienes de los hijos lo atestiguan las distintas disposiciones legales que inciden sobre este punto (vg.: art. 11 de la Compilación del Derecho Foral de Aragón, Ley de Relaciones Laborales, artículo 26 de los Estatutos de las Cajas de Ahorro, artículo 17 del Reglamento de la Caja Postal de Ahorros, etc.) y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

(225) En el sistema del Código civil tal supuesto sólo podría referirse a la hipótesis de ser la madre la que haga la declaración de maternidad o cuando se realice un reconocimiento conjunto (cfr. art. 132 del Código civil); pero me ofrece duda, como digo en el texto, que dado el espíritu de la Constitución (cfr. artículo 39) en la próxima reforma de la filiación sea posible mantener tal afirmación.

Cuando la declaración de paternidad se hace respecto de hijo premuerto en su menor de edad será *siempre necesaria*, para que surtan plenos efectos jurídicos, la *aprobación judicial*. Esta aprobación deberá tener presente el beneficio, salvaguarda o garantía de los intereses de la descendencia, debiendo, en consecuencia, controlar, para que fuera afirmativa, *que no haya un mayor beneficio* para el reconocedor (226), pues los efectos del reconocimiento pueden serles beneficiosos a sus descendientes «como si el reconocimiento se hubiera realizado normalmente» (227). Con una equitativa interpretación del artículo 133 también procederá la aprobación judicial en reconocimiento del mayor de edad premuerto con descendencia (228).

La duda de si procederá la aprobación del juez o el asentimiento del hijo puede venir dada en el caso de alcanzar el reconocido la mayor edad durante la sustanciación de la aprobación judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1964 se inclina por la aprobación judicial por entender que ha de estarse al momento en que se hubiera iniciado la solicitud o el expediente (229).

(226) «No sería lícito, sino opuesto a los buenos principios de moral jurídica, privar del ejercicio de este derecho a la impugnación del reconocimiento a los sucesores del que aparece reconocido en virtud de un testamento que se ha otorgado después de fallecido el que había sido reconocido como hijo natural, cuando ya carecían de toda utilidad los derechos que al mismo reconocido concede el artículo 134 del Código civil, y él mismo no había pretendido durante su vida la efectividad de aquéllos, para lo que le concedía acción el artículo 136 en relación con el artículo 135 del propio Código, que es manifestación implícita de su voluntad, contraria al reconocimiento con que se quiere favorecerle; y habiendo el Tribunal de instancia declarado sin contradicción en el recurso interpuesto contra su fallo que a la madre y demandante no le impulsa otro móvil al hacer dicho testamento y el reconocimiento en el mismo expresado que el de adquirir la herencia del que como hijo intentaba reconocer y poder anular la postrimera voluntad del mismo reflejada en el testamento, por el que había instituido única heredera a su esposa, faltan requisitos que la Ley supone previos a la eficacia jurídica del reconocimiento y necesarios para su validez y concurren en cambio circunstancias que se oponen a la eficacia de un reconocimiento que se declara encaminado a desviar la riqueza ajena de los cauces que le había trazado con plena capacidad su legítimo dueño, propósito que la Ley no debe amparar» (sentencia de 22 de marzo de 1828, núm. 87, pág. 559 del tomo 100 de Jurisprudencia civil).

(227) V. ALBALADEJO, *El reconocimiento*, ob. cit., págs. 157, 161 y 162.

(228) Para De Buen, en el reconocimiento del hijo premuerto haría falta la aprobación judicial. Realmente y en puro rigor, cuando el reconocimiento del premuerto (prescindiendo del caso, posible, de reconocimiento en acta de nacimiento) tenga lugar en testamento, no haría falta, según el artículo 132, 2.º, la autorización judicial. Pero según De Buen, mejor exigirla, lo mismo si el premuerto era menor que si era mayor, ya que el precisar en este último caso que por aplicación del artículo 131, 1.º, haría falta no la autorización judicial, sino el consentimiento de los herederos del premuerto, aunque solución más apegada quizás a la letra de la Ley, estaría prácticamente llena de inconvenientes (así en el caso de que sean varios los herederos y unos quieran consentir y otros no). Cit. por ALBALADEJO, *El reconocimiento...*, ob. cit., pág. 168.

(229) No puede prosperar el recurso «porque aquel requisito de la mayoría de edad necesario para el consentimiento autónomo del hijo no concurre aquí

B) FORMA DE DECLARARSE

El consentimiento del hijo mayor de edad y la aprobación judicial en el caso de hijo menor de edad cumplen la misma finalidad: dar efectividad a la declaración de paternidad hecha por el padre o madre bien aisladamente o bien conjuntamente; es una *condictio juris*. No obstante, la aprobación sólo procederá cuando el reconocimiento no tenga lugar en acta de nacimiento o en testamento (art. 133, 2.º).

Parece que la «mens legislatoris» entendió que la protección del reconocido estaba garantizada cuando el reconocimiento era un acto de «última voluntad». No es el momento de detenernos en todas las cuestiones del reconocimiento hecho en testamento (230). Me inclino por atribuir al testamento que no contenga ninguna disposición de bienes para después de la muerte más valor que el de un documento público, requiriendo, por tanto, aprobación judicial (231). La posición de nuestra jurisprudencia es mantener la validez del testamento (232).

hasta el día 8 de agosto de 1961, en que dicho hijo cumple los veintiún años, siendo así que el juicio se inició con la demanda que presenta la madre el 5 de diciembre de 1958, por lo que dicho hijo, menor en el momento del inicio de *solicitud de reconocimiento*, lo único que puede hacer al llegar a su mayoría de edad posterior no habiéndose personado en el proceso para alegar entonces lo que estimase conveniente a su derecho es, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 133 del Código civil, impugnar el referido reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a la obtención de su plena capacidad; siendo, por tanto, la madre la única que en aquel instante inicial estaba en condiciones de ejercitar la acción frente al padre por el trámite del artículo 135 del Código en virtud de las facultades que, como auténticos poderes-deberes, le concede el número 1.º del artículo 155, aplicable, en cuanto integrante de la patria potestad, a los hijos naturales, según determina el párrafo 2.º del artículo 154, todos ellos del mismo Código civil y la única también que podía estar legitimada para toda la tramitación subsiguiente, careciendo por ello de fundamento de la pretendida nulidad de lo actuado al respecto». En esta sentencia se sienta la *iniciación de la solicitud* para determinar la necesidad de aprobación judicial. Pero deja cierta incertidumbre sobre la necesidad de consentimiento del hijo al afirmar: «no habiéndose personado en el proceso para alegar entonces lo que estime conveniente a su derecho».

(230) Sobre estas cuestiones, v., sobre todo, ALBALADEJO, *El reconocimiento...*, ob. cit., págs. 118 y s.; JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, «Reconocimiento de hijo natural en testamento», *Rev. de Derecho Privado*, 1965, págs. 183 y s.; MARTÍNEZ CALCERRADA, «El testamento y su pretendida patrimonialidad. Su empleo en el reconocimiento de hijos naturales», *Rev. Derecho Privado*, 1966, págs. 466 y s., y «El Derecho español ante la filiación extramatrimonial», *Rev. Derecho Notarial*, abril junio, 1974, pág. 59; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo III, pág. 25; GIAMPICCOLO, *El contenido atípico del testamento*.

(231) Cfr. ALBALADEJO, *El reconocimiento...*, ob. cit., págs. 118, 119, y su nota 242. Mantiene este autor (pág. 117) que el testamento ológrafo nulo sirva, en la cláusula referente al reconocimiento, como escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad (art. 135, 1.º).

(232) Cfr. sentencia de 22 de diciembre de 1964 (R. A. 5.906). Esta sentencia se aduce por nuestra doctrina como prototipo de las que reconocen validez al testamento en que sólo se contiene la declaración de reconocimiento de hijo natural. Cfr. igualmente sentencia de 4 de diciembre de 1958.

Hay quien afirma (233) que por el juego de los artículos 131, interpretación «a sensu contrario del 741, carácter enunciativo del 667, y todas las razones de humanidad muy respetable tuitivas de los huérfanos, debe apreciarse la validez de un testamento como tal cuando contenga sólo un reconocimiento a favor de un hijo natural». Pero entiendo que una cosa es que se reconozca y «aprecie la validez de un testamento como tal cuando contenga sólo un reconocimiento a favor de un hijo natural» y otra diferente que el acto —contenido— de reconocimiento hecho en forma testamentaria —continente— se le prive de validez. Sólo con la aprobación judicial se conseguirían «todas esas razones de humanidad muy respetable tuitivas de los huérfanos», pues la protección del menor se soslayaría con que sus padres naturales hicieran un testamento en que su única disposición fuera la declaración de paternidad.

El reconocimiento en documento público (art. 133) necesitará, en todo caso, aprobación del juez, a fin de valorar el interés del menor reconocido (234).

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (*Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1974, página 429), comentando la sentencia de 22 de diciembre de 1964, dicen que el criterio de ésta no pueden compartirlo, «entre otras razones, por oponerse a la definición que da el artículo 667, en el que se evidencia que el testamento es negocio de disposición de bienes para después de la muerte. Distinto es que pueda contener además otras declaraciones de voluntad». ALBALADEJO (*El reconocimiento...*, ob. cit., pág. 119) dice que la duda sobre «el reconocimiento hecho en testamento que no contenga disposición de bienes... se resuelve en base al presupuesto de que no es posible un testamento sin disposición de bienes», ya sean estos bienes de hecho o potencialmente distribuidos con la declaración negocial testamentaria (vg.: instituyo herederos por mitad a mis hijos).

(233) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, «El Derecho español ante...», *Rev. Derecho Notarial*, abril, 1974, pág. 59. Traviesas (*Rev. Derecho Privado*, 1935, pág. 104) dice que el «Código civil, en su artículo 667, sólo expresa que no cabe más acto "mortis causa" de disposición de bienes que mediante el testamento, no que el testamento haya de comprender necesariamente bienes. Y no hay duda que un acto en forma testamentaria puede tener validez sin que contenga disposición de bienes. Un acto testamentario puede comprender meramente, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural del artículo 133 del Código civil».

(234) Para reconocimiento en documento público, cfr. arts. 131, 133, 1.216 del Código civil, 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 185 del Reglamento Régimen Civil y sus concordantes. Sobre carácter restrictivo en la interpretación del artículo 131, cfr. sentencias de 1 de julio de 1895, 7 de junio de 1949, 11 de diciembre de 1965 (R. A. 5.813), 28 de septiembre de 1966 (R. A. 4.180) y 27 de febrero de 1964 (R. A. 811). Para Manresa (*Código civil español*, tomo I, Madrid, 1943, página 626) no es necesaria la aprobación judicial en la declaración de paternidad en acta de matrimonio. En contra, ALBALADEJO, *El reconocimiento...*, ob. cit., página 167, y Resoluciones D. G. R. de 25 de octubre de 1902 y 7 de noviembre de 1914.

III. DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD

Preferimos la terminología de declaración judicial de paternidad a aquella de reconocimiento forzoso (235) por creerla más acorde a la posición de nuestro Código.

Dentro de la declaración judicial de paternidad (o maternidad) se distingue la verdadera investigación de la paternidad de la investigación del reconocimiento tácito, no solemne. En la primera hipótesis la ley ordena al juez que averigüe si pudo ser y probablemente fue este hombre padre de este hijo (236); en la segunda lo que la ley ordena al juez es si quiso este varón tener a esta criatura como su hijo.

La diferencia no es baladí, ni se pierde en un prurito de conceptualismo. Antes al contrario; tiene una gran importancia para apreciar el sistema que es propio de cada derecho positivo y para dar debido enfoque a problemas tan delicados como son todos los de filiación. Tan sólo quien tenga clara noción respecto a lo que pueda ser discutido según la ley, sabrá también qué ha de alegar, qué ha de probar y de qué medios de prueba podrá valerse.

En el primer supuesto el juez constata un hecho biológico, en el segundo el juez constata un comportamiento o conducta —en algún caso con trascendencia social— independientemente del hecho biológico de no mediar impugnación del reconocimiento y siempre que exista habilitación nuptia con dispensa o sin ella (art. 119 del Código civil).

La diferente motivación de las normas sobre declaración judicial de filiación natural, según se trate de maternidad o paternidad, radica en que «el embarazo y el parto son hechos exteriores y positivos que, aunque se traten de ocultar, pueden probarse fácilmente, y el escándalo que de la investigación pueda resultar es menor que el que produce la investigación de la partenidad y se compensa con la certeza del resultado» (237). Pero si estas motivaciones tuvieron entrada en las normas de nuestro Código civil no por la puerta de nuestro Derecho histórico sino del Derecho vecino (238) y pudieran estar justificadas en

(235) Cfr. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, 3.^a ed., pág. 347; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1974, página 429. Para ver la distinción entre investigación judicial de la paternidad, declaración judicial de la paternidad e imposición judicial de la paternidad. vid. BARDOSA COLL, «Comentario a la Res. Direc. Gral. Reg. y del Notariado de 26 de abril de 1968», *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1969, págs. 635 a 639; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, Madrid, 1966, pág. 65.

(236) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, págs. 262 y 263.

(237) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, ob. cit., tomo V, pág. 74; en el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1963.

(238) Afirma PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. II, Barcelona, 1970, pág. 101) que la interpretación que prevaleció de la dudosa Ley 11

una época anterior, en el momento actual están sometidas a seria y fundada crítica. Basta citar, entre otros, a Díez Picazo (239) cuando afirma que «el temor al escándalo no pasa de ser un pretexto fundado en una moral hipócrita y burguesa, pues para evitar las falsas imputaciones de paternidad el mejor camino será sancionarlas de manera especial, pero nunca yugular las verdaderas» (240).

La próxima reforma de la filiación, ya anunciada, no deberá yugular las verdaderas imputaciones de paternidad desarrollando el precepto constitucional (art. 39) de su investigación. Con ello, qué duda cabe, al juez le vendrá dado, en ciertos casos, un ámbito mayor de discrecionalidad para poder compaginar las pruebas que se refieran a los grupos sanguíneos y características biológicas, en general, de las personas con la presunción razonable de que el padre ha tenido relaciones sexuales con la madre en tiempo hábil de concepción, o para poder determinar la paternidad cuando la madre haya tenido acceso con varios hombres a través de una valoración racional de las pruebas. Del mismo modo, es indudable que las causas recogidas en los artículos 135 y 136 del Código serán también presupuestos válidos para la declaración judicial de paternidad (o maternidad), matizadas, igualmente, por las características biológicas de las personas (241) al servir de prueba tanto para la impugnación como para la defensa de dicha paternidad reclamada.

De la lectura de los artículos 135 y 136 podría, en principio, mantenerse qué poco margen de discrecionalidad conceden al juez en esta materia de filiación natural. Pero no debemos olvidar que el arbitrio judicial aparece no sólo cuando completa el presupuesto de hecho de la norma, sino también cuando los contornos de su aplicación no aparecen perfilados con nitidez. Refiriéndose al apartado 1.º del artículo 135, nuestra doctrina afirma que sus «términos son lo suficientemen-

de las de Toro, era que no hacía falta que el reconocimiento fuera expreso y que era posible la investigación judicial de la paternidad, en cuyo sentido se pronunciaron las sentencias de 16 de octubre de 1865 y 18 de marzo de 1873, pues fue la influencia francesa —como dice Díez Picazo— la que prohibió de manera absoluta de investigación de la paternidad y admitió únicamente el reconocimiento voluntario y solemne.

(239) Díez PICAZO, «De nuevo sobre reclamación de la filiación natural», en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, pág. 219.

(240) Para ver la diferencia entre el distinto tratamiento del sistema del Código civil y el de la Compilación de Cataluña, v. Díez PICAZO, «La filiación en el Derecho civil de Cataluña», *Anuario de Derecho civil*, 1962, págs. 81 y ss., y BADOSA COLL, en su «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 1968», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1969, págs. 634 a 669 y 915 a 929.

(241) Cfr. sobre pruebas biológicas en la impugnación de la paternidad (o en corroborarla), RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad...*, ob. cit., páginas 496 y s.

te amplios que dejan un gran margen de inseguridad y de arbitrio judicial» (242).

Nuestra jurisprudencia ha oscilado entre la interpretación restrictiva y extensiva (243) de la forma de prueba por escrito que establece el artículo 135 del Código y de los requisitos de indubitado y «suyo» que han de concurrir. En términos generales se adopta una postura rígida, tal vez por una mala interpretación de la base 5.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888 (244), o como dice Albaladejo (245), por confundir entre el reconocimiento-admisión y el reconocimiento-confesión expreso. Díez Picazo afirma la inseguridad en la interpretación del artículo 135, por lo que «convendría dejar en esta materia asentada sobre unas bases que fueran al mismo tiempo firmes y justas. En pocas materias como

(242) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1974, pág. 430.

(243) Para ver las oscilaciones de la jurisprudencia, v. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, ob. cit., tomo IV, págs. 109 y s. Admiten un criterio restrictivo, como escrito en que se manifieste expresamente la voluntad de reconocer las sentencias de 17 de junio de 1927, 23 de junio de 1922 y 7 de abril de 1924. Cambia posteriormente a un criterio más amplio y flexible en las sentencias de 8 de diciembre de 1933, 27 de abril y 21 de diciembre de 1934 y 9 de mayo de 1935. Vuelven al anterior criterio las sentencias de 8 de febrero de 1943 (comentada por HERNÁNDEZ GIL, *Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, págs. 79 y ss.), 22 de enero de 1948, 26 de abril de 1951, 8 de mayo de 1953, 28 de octubre de 1954, 29 de noviembre de 1958, etc. En algunas sentencias aisladas se revela el propósito no del reconocimiento, sino de declarar la paternidad, como las sentencias de 16 de mayo de 1963, 30 de junio de 1958, 27 de febrero de 1923 y 7 de abril de 1924, entre otras. Para que el padre venga obligado a reconocer al hijo natural se precisa que, en escrito indubitado, exteriorice la voluntad de tenerle como tal hijo propio, aun cuando no llegue a expresar su decidido propósito de reconocerlo legalmente, si bien sean inoperantes dichos efectos, todas aquellas otras manifestaciones «que se limiten» a revelar un afecto o una protección al supuesto hijo o las que solamente indiquen un conocimiento del estado de gestación de la madre y el propósito de sufragar los gastos derivados de tal estado, y consecuentemente alumbramiento (sentencia de 16 de mayo de 1963), y es preciso que el documento revele de una expresa y deliberada manifestación de paternidad (sentencia de 30 de junio de 1958), no implicando esta manifestación las frases «tu padre» (sentencia de 27 de febrero de 1923) ni «mi querida hija» en un retrato del padre (sentencia de 7 de abril de 1924). Modernamente se resuelve, con acierto, a que el escrito indubitado revele a través de una confesión, como se deduce del Código civil, una paternidad natural (sentencia de 2 de diciembre de 1970): «no es preciso que el escrito indubitado haya sido hecho con el deliberado propósito de reconocer legalmente al hijo, puesto que el Código no exige que en el escrito conste una voluntad de reconocer legalmente al hijo como suyo, deliberadamente expresada con este fin, debiendo imperar una interpretación declarativa de este artículo 135, por ser ésta la que más se acomoda al propio texto legal». En semejante sentido, manteniendo una interpretación declarativa, se encuentran numerosas sentencias del Tribunal Supremo de fecha relativamente reciente: 14 de junio de 1967, 24 de febrero de 1966 y 14 de marzo de 1964, entre otras.

(244) «No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado.»

(245) ALBALADEJO, *El reconocimiento...*, ob. cit., pág. 30.

ésta (se está refiriendo a la reclamación de la filiación natural) queda patente el valor humano del Derecho; en pocas materias como ésta la labor de la *jurisprudencia* puede llegar a ser verdaderamente *eficaz y constructiva* con relación al orden social» (246).

La valoración de los hechos constitutivos de la *posesión de estado* queda inmersa en los principios de libertad de apreciación de la prueba propios de todo proceso contencioso o no, y, en consecuencia, el juez llegado al convencimiento de la existencia de los datos legalmente establecidos (247) sólo puede proceder en la forma que la norma establece: declarar la paternidad reclamada.

(246) Díez PICAZO, «De nuevo sobre reclamación de la filiación natural», *Anuario Derecho Civil*, 1962, pág. 205. Este autor en dicho trabajo comenta las sentencias de 3 de diciembre de 1960 y 4 y 7 de noviembre de 1961. En momento anterior, y también en el *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 1415 y ss., comentó la de 29 de noviembre de 1958; todas sobre esta materia de filiación. Para este autor el documento —escrito indubitado— estará sometido a las normas que regulan la apreciación de la prueba y no a las de la interpretación de los negocios jurídicos. Concretamente a la prueba por confesión a que se refieren los artículos 1.231 y siguiente del Código civil y 587 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en su comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1958 (*Anuario de Derecho civil*, 1959, págs. 1419 y s.), se puede leer que: «el problema desaparecería si se considera el documento como confesión, pues en tal caso quedaría sometido, como hemos dicho, no a las normas generales de la interpretación de los negocios, sino a las normas generales sobre apreciación de la prueba»... «la confesión, por sí sola, hace prueba plena en contra de su autor, lo que no excluye, sin embargo, la posibilidad de demostrar la inexactitud del hecho confesado».

(247) DE CASTRO (*Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1949, pág. 83) señala que «el Código civil no define precisamente la posesión de estado; más el número 2.º del artículo 135 indica que mantiene la antigua dicción que señalaba su naturaleza cuasi posesoria. En efecto, la posesión de estado ha de reunir estas tres notas: a) Ejercicio por el titular, o respecto del titular, de las facultades y obligaciones peculiares del estado civil correspondiente manifestado por los actos de todos en general y, en especial, por los de las personas que están en más estrecha relación jurídica (del mismo padre o de su familia). b) Ha de ser públicamente reconocible por actos ni ocultos ni clandestinos (actos directos). c) Que tenga carácter estable y firme (continúa)».

La sentencia de 24 de febrero de 1966 (R. A. 815) establece que: «la posesión de estado de hijo natural se deriva de un conjunto o serie de actos reiterados que, por su naturaleza y circunstancias, determinan una situación de hecho de carácter permanente, en principio, de la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, aunque los elementos probatorios sean combatibles en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; elementos que pueden resumirse, según la doctrina clásica, en los conceptos "nomen", "tractatus", "fama" o "reputatio", si bien los dos últimos son los que tienen en el orden probatorio especial importancia y relieve, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad, pero en cuanto al último ("fama o reputatio") debe admitirse que, de acuerdo con la doctrina científica, no cabe exigir que los actos demostrativos de la paternidad natural sean tan ostentosos como en los propios de la familia legítima, ya que en ésta los cónyuges nada tienen que esconder u ocultar en las relaciones paternofiliales; pero, en cambio, es normal y corriente que el padre natural no suela alardear de su paternidad, y en lo que atañe al "nomen" es lógico se prescinda del apellido por las razones que se expresan en la sentencia de 24 de mayo de 1956».

En la familia ilegítima no se debe exigir que los actos reveladores de esta posesión de estado sean muy numerosos, ni practicados absolutamente con plena

La posición de la jurisprudencia es considerar que la intervención del juez en el supuesto del número 2.º del artículo 135 del Código civil queda circunscrita a la libre apreciación de la prueba, debiendo valorar a través del comportamiento paterno (o materno, art. 136, 1.º) de tener al hijo en la posesión de estado natural. Que la posesión de estado sea una situación de hecho (sentencias de 10 de febrero de 1897, 27 de febrero de 1927, 29 de noviembre de 1958, entre otras muchas) excluido de la casación por la vía del párrafo 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia de 7 de noviembre de 1961) y sí a través de su párrafo 7.º (sentencias de 22 de marzo de 1969, 8 de octubre de 1951, etc.), es lo que hace que para los Tribunales de Instancia se establezca el principio de la libre apreciación de la prueba, prevaleciendo esta apreciación en casación (sentencia de 22 de diciembre de 1955); pues aunque «la posesión de estado de hijo natural implica un concepto jurídico, que por tanto puede ser revisado en casación por el juzgador, no es menos evidente que su afirmación o negación se funda en hechos que el Tribunal ha de dar o no como probados, y, por tanto, para impugnar la negación de la posesión de estado llevado a cabo por el Tribunal de Instancia, es indispensable combatir los hechos sentados por el Tribunal por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (sentencia de 8 de octubre de 1951) (248).

Díez Picazo, criticando la posición del Tribunal Supremo por la «inseguridad gravemente peligrosa» que ocasiona la acentuación del rigor formal de la casación, es partidario de la vía del párrafo 1.º del

publicidad, pues sería absurdo que tuviera que alardear el padre de esas relaciones inmorales y del hijo en ellas concebido para que éste pudiera gozar de tal posesión (sentencia de 24 de mayo de 1964, R. A. 2.201). Elemento de singular valor es el «tractatus» o comportamiento del padre para con el hijo, el trato dispensado por éste a aquél, caracterizado por tres extremos: el mantenimiento, la educación y la colocación en calidad de padre, en cualquier forma que haga presumible la voluntad de éste de tratar como hijo al reclamante (sentencia de 1 de junio de 1962, R. A. 2.662).

No basta la opinión pública, si no se concretan los actos en que se funda, precedentes del padre o de su familia (sentencia de 19 de enero de 1931). Consiste la posesión de estado en el «concepto público» en que es tenido un hijo con relación a su padre natural (sentencia de 26 de abril de 1951), cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo, sin que sea preciso que tales actos se hagan tan ostentosamente como si se tratara de un hijo legítimo, habida cuenta de las ideas y consideraciones que pueden existir en las relaciones sociales (sentencias de 26 de junio de 1903 y 24 de marzo de 1927), pudiendo bastar, para que se reputa constituida la posesión de ésta con que el presunto padre se haya mostrado en su calidad de tal a quienes se encuentren alrededor de la madre o a quienes se hayan encargado de criar y educar al hijo (sentencia de 15 de junio de 1936).

(248) Cfr., igualmente, sentencias de 2 de marzo de 1929, 25 de febrero y 24 de marzo de 1927, 7 de noviembre de 1896, 26 de marzo de 1920 y 26 de abril de 1951.



artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil más que la del párrafo 7.º; «en puridad —dice este autor— son “questioni facti” los hechos sobre los que intente montarse la idea de posesión de estado, vgr., si el padre tenía al hijo consigo, si lo alimentaba, si atendía a su educación, si sufragaba los gastos, etc.; pero la valoración y la calificación jurídica de estos hechos no es ya una pura “questioni facti”. La consideración jurídica de los hechos, el determinar si pueden ser o no calificados como constitutivos de posesión de estado, es ya una “questioni juris”, y su alcance procesal en casación debe ser el del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (249).

(249) DÍEZ PICAZO, *De nuevo sobre la reclamación...*, ob. cit., págs. 230 y s.

CAPÍTULO VII

DEUDA DE ALIMENTOS

I. FUNDAMENTOS Y CONCEPTO SOCIOLOGICO-ECONOMICO DE ALIMENTOS

Incluimos los alimentos en el presente trabajo por derivar, en términos generales, de relación matrimonial o de *ius sanguinis* (250).

La palabra alimentos induce a pensar en algo vital o indispensable para la vida. En numerosas legislaciones cuando fijan el concepto de alimentos se hace enumeración de lo que suele entenderse por necesidades vitales (sustento, vestido, educación, etc.) que deben cubrirse o satisfacerse, recíprocamente, por miembros de una familia.

El Código civil español entiende que son alimentos lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición de la familia (cfr. art. 142, 1.º). La noción legal no adopta sólo un concepto fisiológico de alimentos (de necesidad «indispensable»), sino también una noción sociológica-económica (posición de la familia) (251).

La posición social debe entenderse, en el momento actual, por posición económica. El juez tiene facultad de apreciar las *posibilidades económicas que dicha posición social le revele*, puesto que, en definitiva, la obligación alimenticia tiene un contenido esencialmente económico (*in praeteritum non vivitur*). Por ello afirma Roca Juan, que realmente «en la sociedad moderna no parece que la entidad familiar, como grupo,

(250) Este fundamento de solidaridad familiar que impera en el deber de alimentos no quiere decir que no pueda generarse por otra fuente contractual, testamentaria o legal (cfr. art. 153 del Código civil); pero en estos casos el «tipo» alimentos (arts. 142 y ss.) no se producirá en su pureza, al faltarle alguno de sus presupuestos formales (pensemos que los alimentos debidos por fuente negocial pueden no estar sometidos al criterio de proporcionalidad).

(251) El concepto de alimentos no lo es fisiológico, sino social, e implica el criterio establecido por la Ley de que en determinados supuestos de aguda necesidad padecida por quien es miembro de una familia vienen obligados los demás componentes de la misma, comprendidos dentro de cierto grado, a prestarle la asistencia proporcionada al rango social de la familia. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 315.

goce de una posición social que no sea la que sus miembros posean individualmente considerados... la posición social de la familia no es más que la proyección de la situación personal del que ostenta la jefatura doméstica en el círculo familiar más íntimo... contemplando el deber de alimentos, como deuda familiar, parece que cuando el obligado es, precisamente, la persona que marca la posición social del grupo familiar, las necesidades del alimentista han de medirse según el nivel de vida que corresponde a la situación creada por el propio alimentante» (252).

La posición social de la familia (lo mismo que las expresiones legales de caudal, necesidad, auxilios, etc.) ha de ser apreciada por la asunción de criterios de contenido sociológico al caso concreto, lo que implica la concesión al juez de amplias facultades para solucionar los intereses en conflicto.

II. ALCANCE DE LIMITES DE LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL JUEZ

A) IMPORTANCIA DE DISTINGUIR, A ESTOS EFECTOS, ENTRE ALIMENTOS NATURALES Y ALIMENTOS CIVILES

Es tradicional en la doctrina partir de la distinción entre alimentos naturales o estrictos y alimentos civiles (o amplios) para hacer referencia, respectivamente, a «los auxilios necesarios para la subsistencia» (cfr. art. 143, párs. 2.º y 3.º) o a los que «no consisten en dar manutención tan solo, sino también en capacitar al alimentista, y hacerle partícipe de la posición social del obligado» (cfr. arts. 142 y 146) (253). En el caso de los alimentos amplios o civiles, el juez ha de valorar la *posición social* de la familia y guardar la *proporcionalidad* entre caudal y necesidades, por expresa imposición del texto legal; para los alimentos naturales o estrictos el Código *silencia* el requisito de la proporcionalidad, y su cuantía, en consecuencia, quedará a la decisión judicial. La solución, por tanto, habrá que buscarla en cada caso concreto, y aquella posibilidad de solución la tiene solamente el juez, que es «quien marcará los auxilios, según su prudente *arbitrio*» (254).

(252) ROCA JUAN, «Notas sobre la determinación de cuantía en la prestación de alimentos», *Anales de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, 1971, separata, págs. 29 y 30.

(253) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, ob. cit., pág. 210.

(254) Sentencias de 24 de diciembre de 1902, 12 de marzo de 1910, 12 de noviembre de 1947 y 2 de diciembre de 1970 (Col. Leg., núm. 564), entre otras.

La distinción entre estos dos tipos de alimentos tiene importancia para nuestro trabajo, pues la intervención judicial goza de un *mayor o menor* campo de *discrecionalidad*.

En el supuesto de alimentos civiles el juez ha de introducir en la estructura formal de su fallo los datos o conceptos legales de caudal, necesidad y proporcionalidad entre éstos. En el de los alimentos naturales se deja a su prudente arbitrio la valoración de las necesidades del alimentista (255), único dato a tener en cuenta en la estructura formal de su decisión.

En esta valoración de necesidad no puede atenderse, para fijar el *quantum* de los auxilios necesarios, exclusivamente a lo «necesario absoluto» para satisfacer las necesidades indispensables de la vida, sino también a lo «relativo», por el estado y circunstancias de la persona en el caso concreto (256). Por auxilios necesarios debe entenderse la manutención, la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio, sino también aquel concepto de lo *indispensable* a que se refiere el artículo 142, pues ello también es auxilio necesario indispensable para la subsistencia (257).

El juez en los alimentos civiles ha de respetar el dato legal de la proporcionalidad en el proceso lógico de su cuantificación; en los alimentos naturales, no obstante vincularle sólo el dato legal de la necesidad del alimentista, ve reducido el ámbito de su actuación.

El arbitrio judicial ha de moverse dentro de aquellos presupuestos que la opinión social estima como necesarios para la «vida» o para la «subsistencia» (cfr. art. 143): salario mínimo, costes de alimentación, de vivienda, gastos de transporte, etc.

El juez al fijar los «auxilios necesarios para la subsistencia o para la vida» pone en relación la «necesidad» del alimentista con el caudal del alimentante, lo mismo que hace para fijar el *quantum* de los alimentos civiles; pero a diferencia de éstos que se verán aumentados o disminuidos por aplicación del criterio de la proporcionalidad, en aque-

(255) «La necesidad es una noción relativamente precisa en la medida donde toma en consideración la satisfacción de una necesidad inmediata, es decir, una aspiración a un cierto nivel de consumo material que aparece como mínimo exigible en un grupo social determinado» (BELAID, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, París, 1974, pág. 121).

(256) GARCÍA-GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo I, Madrid, 1852, pág. 85; el necesario relativo no es igual para todos los hombres, y ni aún lo es el absoluto: la vejez tiene más necesidades que la infancia; enfermedad, más que la salud. Los límites del necesario absoluto son muy reducidos; basta un poco de justicia y buena fe para conocerlos; la opinión y la equidad son los que deben regular el necesario relativo.

(257) Cfr. SCEVOLA, *Código civil*, tomo III, Madrid, 1942, pág. 452, que patrocina esta interpretación de las propias palabras del Código de la equidad y de la justicia.

llos, los naturales, el *quantum* no vendrá determinado en base al caudal del obligado ni podrá fijarse cantidad superior por ser cuantioso su patrimonio. La relación entre «auxilios» y «caudal» ha de ponerse en relación para determinar si podrán satisfacerse, en primer lugar, las necesidades del alimentante y de su familia o si habrá de completar dichos auxilios cuando con anterioridad sólo se abonaran en parte (258). Por todo ello, la distinción legal entre un tipo y otro de alimentos hay que buscarla exclusivamente en el criterio de la proporcionalidad que hace al alimentista participar de la posición social-económica del obligado.

Los alimentos entre hermanos legítimos, aunque sean uterinos o consanguíneos, quedan reducidos al igual que para los hijos ilegítimos no naturales a los «auxilios necesarios» (259), pero deben condicionarse a la existencia de determinadas circunstancias: defecto físico o moral o causa que no sea imputable al alimentista. Estas circunstancias, matizadas jurisprudencialmente (260), quedan circunscritas al campo de la prueba; es una cuestión de hecho a valorar y decidir por el Tribunal de Instancia.

La Constitución de 1978 sanciona la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39, 2.º), lo que permitiría también a los hijos ilegítimos no naturales participar de la posesión social-económica del alimentante; pensemos que el trato discriminatorio del Código va en contra del precepto constitucional (cfr. disposición derogatoria tercera de la Constitución).

(258) El proyecto de 1851 no establecía la distinta cuantificación de los alimentos según fuera el alimentista descendiente legítimo o ilegítimo. El artículo 71 del Proyecto citado se limitaba a decir que «los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da y a las necesidades del quien los recibe» (criterio que ha prevalecido en el Código para los alimentistas no ilegítimos o colaterales).

(259) Aunque el Código en el 143, in fine, hable de «auxilios necesarios para la vida» y en el párrafo anterior lo haga de «auxilios necesarios para la subsistencia», no creemos que se haya intentado atribuir ni cualitativa ni cuantitativamente diferencia alguna. Por otro lado, no creemos que cuando el Código se expresa en estos términos lo haga para establecer una tajante distinción con la de alimentos, a que se refiere el artículo 142, entre otras razones porque en el artículo 143, párrafo 2.º, dice: «... se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios...». Por tanto no se puede prescindir en el caso de alimentos entre hermanos de la valoración, a efectos de su cuantía, de la posición de la familia, es decir, de la posición económica del hermano obligado a satisfacerlos.

(260) No tiene derecho a exigir alimentos de sus hermanos aquellas personas cuya situación angustiosa se debe exclusivamente a sus vicios y mala conducta probadas (sentencias de 16 de mayo de 1883 y 24 de diciembre de 1902). El hermano que disfruta pensión alimenticia cesará en su percibo, a costa de su hermano, tan pronto logre un título profesional (sentencias de 17 de diciembre de 1901 y 12 de marzo de 1910).

B) VARIOS OBLIGADOS: DETERMINACIÓN DEL SUJETO PAGADOR

El juez no puede individualizar la obligación de entre los varios obligados: se repartirá entre ellos el pago de la pensión (art. 145, 1.º) y en su consecuencia la cuantificará en *proporción* al respectivo caudal de los deudores, cuando el alimentista hubiera exigido *conjuntamente* alimentos a todos los co-obligados.

No obstante para no defraudarse la finalidad de la norma sobre alimentos, el Código faculta al juez para transformar esta mancomunidad, proporcional al caudal y por tanto de contenido desigual, en solidaridad (261): «en caso de urgente necesidad o por circunstancias especiales, podrá el juez obligar a una sola de las personas a que preste los alimentos provisionalmente» (art. 145, 2.º).

Dicha transformación debe ser *restrictivamente* interpretada. Normalmente será la perentoriedad en el cumplimiento de ciertas obligaciones, las mayores o especiales garantías que rodean a uno de los deudores co-obligados; pero la transformación supone detrimento para el patrimonio sobre el que se individualiza la obligación.

El proceder judicial ha de ajustarse al dato legal «urgencia» o al de «circunstancias especiales». El primero ha de estar presidido por la necesidad del alimentista, el segundo habrá de valorarse por el juez ante el peligro de no satisfacerse en todo o en parte la prestación alimenticia (262). No se puede determinar *a priori* en qué consiste la necesidad urgente ni la especial circunstancia de que habla el Código. Pero parece deducirse que la apreciación por el juez de tales supuestos quedan encomendados al sentido común y a la «lógica de lo razonable».

Por ello creemos acertadas las palabras de Manresa (263) de que el «juez apreciará esa circunstancia por la prueba de que ella habrá de hacerse en el juicio, y si la estima justa y procedente, obligará al demandado a que provisionalmente dé los alimentos».

El Tribunal Supremo ha establecido que no se infringe el artículo 145 cuando la Sala sentenciadora al establecer las cuotas que por alimentos habrían de satisfacer los demandados, apreció el estado de fortuna de cada uno de ellos, en uso de las facultades que *exclusivamente* le co-

(261) La sentencia de 2 de marzo de 1967 (R. A. 1.239) establece que la deuda en el caso del artículo 145, 2.º, se traduce en «solidaridad».

(262) MANRESA (*Código civil*, tomo I, ob. cit., pág. 701) afirma que de seguirse con absoluto rigor el principio de distribución proporcional entre los coobligados «podría darse el caso de que por desconocerse su domicilio o paradero o por otros varios motivos, se viera imposibilitado el alimentista de exigirlos en su integridad o en su total importe, sino en la cuantía correspondiente a los que estuviesen presentes o en aptitud de suministrarlos».

(263) MANRESA, *Código civil*, tomo I, ob. cit., pág. 701.

rresponden (sentencia de 18 de marzo de 1916) (264). La misma *facultad discrecional* existe para apreciar la necesidad de que preste provisionalmente los alimentos uno solo de los obligados, pues el párrafo 2.º del artículo 145 establece un arbitrio o potestad del Tribunal, cuyo uso nunca puede ser constitutivo de una infracción legal que motive el recurso de casación (sentencia de 24 de mayo de 1933) (265).

C) FIJACIÓN DE LA CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS

La intervención del juez, en facultades discretionales, no opera en el nacimiento del derecho a los alimentos.

La obligación nace «ex lege», quedando el juez mero aplicador de la norma: el parentesco o matrimonio es dato que escapa a cualquier facultad discrecional. Esta facultad, sin embargo, le viene dada por la norma para establecer la cuantificación de la deuda; *cuantificación* que se producirá cuando el que teniendo derecho a alimentos los exigiere judicialmente (cfr. art. 148) (266).

La fijación de la cuantía de los alimentos queda al prudente arbitrio de los Tribunales, siempre que subordinen su cálculo a las dos bases expresadas en el artículo 146 (267).

El artículo 146 del Código civil establece que «la cuantía de los alimentos, en los casos comprendidos en los cuatro números del artículo 143, será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe».

De este artículo se deduce que el Juez debe establecer las bases (caudal y necesidad) y, aplicando el criterio de la proporcionalidad, deducir el «quantum» de los alimentos.

Queremos significar que la proporcionalidad engloba un criterio o ideal de *flexibilidad*, que el juez ha de matizar para acoplarla al caso concreto de quien necesita alimentos y de quien debe satisfacerlos.

(264) Col. Leg., tomo 53, pág. 764.

(265) R. A. 1.932-1.933, núm. 1.700.

(266) Nos referimos a que debe exigirse en juicio para dar cumplimiento a lo patrocinado por nuestro Código civil, con ello no queremos significar que sea la sentencia la que constituye la obligación de alimentos ni que esta sea una materia que sólo la intervención judicial provee de coercibilidad. Creo muy acertadas las observaciones de Delgado Echevarría (cit. por LACRUZ SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, pág. 226, nota) al afirmar que «es verdad que no se puede exigir ante el juez el cumplimiento de la obligación de alimentos para el pasado, pero de esto no se deduce que tal cumplimiento no sea coercible: no es ya coercible (porque se refiere al pasado), pero no hay duda alguna de que era coercible en aquel momento, es decir, que se podía entonces exigir judicialmente su cumplimiento».

(267) ROCA JUAN, *Notas sobre la determinación...*, ob. cit., pág. 21.

Esta flexibilidad exige que se deje al arbitrio del juez la determinación del quantum de los alimentos (268).

Mantiene acertadamente Roca Juan que no parece que la ley atribuya a los jueces el fijar un «tipo» de proporcionalidad entre el caudal y las necesidades, como fracción abstracta, sino el determinar un *quantum concreto*, suficiente en cada caso, que cumpla la finalidad sustancial que la norma señala». Y para fijar ese «quantum» hay que separar los dos elementos sobre los que tiene que decidir el juez:

1) El caudal o las necesidades del alimentista que será de apreciación libre del juez, valorando los hechos; lo cual no es más que plasmar el principio de libre apreciación de la prueba.

2) La fijación efectiva del quantum de la prestación; acto que se mueve solamente en los límites de la norma, aunque el juicio descansa en la libre convicción sobre los hechos básicos contenidos en el precepto.

Ahora bien, eso no quiere decir que el juzgador, al fijar la cuantía mediante el manejo de los presupuestos legales, según su criterio, pueda llegar a un resultado arbitrario o fantástico, porque llevaría a la impugnabilidad del fallo a través de otro camino, a saber: el que ofrece el hecho de que la fantasía o arbitrariedad del juzgador al apreciar los presupuestos legales, conduzca a fijar una cuantía que infrinja la «proporción» a uno y otro dato (necesidad y medios), que la ley manda observar, produciendo un fallo «ilógico», y apartado de los fines de la norma. Y es que la ley ordena una determinación de la cantidad que sea proporcional a los medios y a las necesidades, y la idea de proporción entraña un razonamiento lógico (269).

En la misma línea, el Tribunal Supremo ha declarado que como no se señala en los artículos 146 y 147 el tipo de proporcionalidad que debe guardarse, corresponde la determinación de la cuota alimenticia al prudente arbitrio de los Tribunales y *siempre que subordinen sus cálculos a las bases indicadas* de caudal o medios del obligado y necesidades de quien los recibe. Habiéndolas tenido prudencialmente en cuenta, lo cual debe resultar de las pruebas aportadas, la decisión judicial no es impugnabile (270).

(268) Cfr. P. BELTRÁN DE HEREDIA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo III, vol. II, Madrid, 1978, pág. 27.

(269) ROCA JUAN, *Notas...*, ob. cit., págs. 7, 8, 9, 13 y 14. En esta obra se pueden consultar aquellas circunstancias que a juicio de Roca pueden conducir a la ilegalidad del fallo.

(270) Cfr. sentencias de 24 de mayo de 1933, 5 de junio de 1900, 6 de febrero de 1942, 24 de junio de 1946 (R. A. 718), 8 de marzo de 1961 (R. A. 943), 20 de abril de 1967 (R. A.1.949) y 9 de junio de 1971 (R. A. 3.158).

Es la proporcionalidad una cuestión de hecho de la libre apreciación del Tri-

El concepto de necesidad es relativo, puesto que sólo desde el plano de la *propia* necesidad es posible determinarlo. No obstante podemos configurar la necesidad como la «imposibilidad de proveer a la subsistencia, en todo o en parte, sea con los propios bienes, sea con su trabajo» (271).

La necesidad del alimentista es concepto que queda circunscrito a una libre valoración judicial de la prueba aportada, único modo de llenar de contenido fijo la relatividad del concepto al tener que matizarse las condiciones personales y sociales del alimentado con la situación del caso concreto (272).

bunal de Instancia, que sólo puede impugnarse al amparo del número 7.º del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia de 28 de junio de 1951, R. A. 1.888). Corresponde al prudente arbitrio de los Tribunales de Instancia determinar la cuantía de la pensión a satisfacer en conceptos de alimentos, no pudiendo impugnarse en casación la sentencia que la señala, salvo cuando atendidos los recursos del obligado a prestarlos y las necesidades del favorecido, según la posición social de la familia, sea notoria la desproporción de la cantidad fijada, extremo este que deberá acreditarse de manera cumplida para que pueda prosperar el recurso de casación (sentencia de 2 de diciembre de 1970, R. A. 5.253, y, en igual sentido, sentencia de 28 de junio de 1968) (Colec. Legislativa M. J., número 533).

(271) Cfr. SAVATIER, «Aliments», en *Repertoire de Droit civil*, Dalloz, tomo I, página 229.

El término subsistencia no ha de entenderse restrictivamente. Es decir, puede subsistir cubriendo necesidades que son limitadas en relación con lo que la prestación de alimento cubre; pues no hay que olvidar que esas necesidades son apreciadas dentro de un contexto social, y no dentro de la más restringida acepción de «mínimo vital indispensable».

En la definición de SAVATIER se hace referencia a la subsistencia, en todo o en parte. En este sentido coincidimos con la opinión de Roca Juan, cuando establece la posibilidad de que el concepto de alimentos pueda comprender una sola de las acepciones del artículo 142. Por ejemplo, puede pedirse por vía de alimentos lo necesario para curarse una enfermedad, sin necesidad de reclamar, porque no hace falta, vestido, habitación, etc... (*Notas sobre la determinación...*, ob. cit., páginas 45 y ss., en el comentario que hace a la sentencia de 28 de enero de 1913.) Sobre necesidad del alimentista, cfr. LACRUZ SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., páginas 227 y ss. El Tribunal Supremo ha establecido que el ejercicio de una profesión, oficio o industria no ha de entenderse como una mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en función con las circunstancias (sentencias de 9 de diciembre de 1972, R. A. 4.944, y 31 de diciembre de 1942, R. A. 1.548).

En relación al trabajo hay que tener en cuenta que el tomado en consideración será aquel para el que el alimentado esté capacitado. De esta forma no puede compelerse al alimentado a cambiar de trabajo, si este cambio no es acorde con sus facultades, ni con su posición social.

También en relación al trabajo del alimentado ha dicho el Tribunal Supremo que «no desaparece la obligación alimenticia, aunque el alimentista ejerza un oficio, profesión e industria, si por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir, y la posición social del llamado a dar los alimentos, estima el sentenciador que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más desahogadamente satisfechas (sentencia de 27 de marzo de 1900). La necesidad del alimentado es un concepto que está por encima de la posible indigencia de éste y de su posible prodigalidad. (V. ROCA JUAN, *Notas sobre la determinación...*, ob. cit., páginas 39 y ss., y el comentario a la sentencia de 22 de mayo de 1928).

(272) Beltrán de Heredia de Onís (*La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958, separata, pág. 37) establece que «el esta-

Igualmente el concepto caudal o medios del obligado a prestar alimentos queda dentro del marco probatorio. El Código deja a la libre apreciación del juez la capacidad económico-patrimonial del alimentante, pues la norma no sujeta *todos* los medios que posea el obligado (la propia norma obliga al juez a que tenga en cuenta las necesidades del alimentante, cfr. art. 147), sino sólo *aquellos* que restaran al obligado después de haber provisto a sus propias necesidades y de las personas que de él dependen (273).

Con carácter general no pueden afectarse al pago de la obligación concretos bienes, porque el baremo de la proporcionalidad lo impide; aunque en algún caso podrán serlo los sueldos o rentas.

El deudor ha de obrar diligentemente para el cumplimiento de su obligación, pues si por negligencia quedara incumplida puede exigirse responsabilidad (274).

En conclusión, en esta materia de la determinación cuantitativa de los alimentos, el Código (art. 146) maneja expresiones —caudal, medios, necesidad, posición de la familia—, que si bien son usuales, al ser asumidas por la norma, se convierten en verdaderas nociones legales, las cuales han de ser manejadas por el juez, teniendo en cuenta que el criterio que éste adopte acerca de su significado será decisivo a la hora de fijar la cantidad y que, por tanto, por una parte, no va más allá de

do de necesidad no debe identificarse siempre y en todos los casos con un estado de absoluta indigencia, es decir, de pobreza "in extremis". No es un estado de necesidad absoluto, sino relativo. Basta que lo sea en relación con las condiciones personales y sociales del alimentado. Será pues una cuestión de hecho a decidir caso por caso y, en consecuencia, de apreciación judicial.»

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que «corresponde al prudente arbitrio de los tribunales de instancia determinar la cuantía de la pensión a satisfacer en concepto de alimentos, salvo cuando atendidos los recursos del obligado a prestarlos y como necesidades del favorecido, según la posición social de la familia, sea notoria la desproporción de la cantidad fijada, extremo este que deberá acreditarse de manera cumplida para que pueda prosperar el recurso de casación (sentencia de 2 de diciembre de 1970). En igual sentido, sentencias de 15 de diciembre de 1896, 24 de febrero de 1925, 5 de junio de 1906, etc...

(273) La Ley impone deberes —como los paterno-filiares— que priman sobre el de alimentos. Cfr. ROCA JUAN, *Notas sobre...*, ob. cit., pág. 7.

(274) La doctrina se ha planteado el concreto problema de si el deudor de la prestación alimenticia estará obligado a trabajar para disponer de los medios que le permitan realizar dicha prestación. Varios autores (Tedeschi, Secco y Rebuttati y Beltrán de Heredia de Onís) se inclinan a creer que no existe, como obligación jurídica, ese deber de trabajo (CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, Derecho de familia, vol. II, 8.ª ed., pág. 267). Desde nuestro punto de vista, el obligado a prestar alimentos tiene obligación de trabajar, siempre que esta obligación se derive de lo que puede exigírsele normalmente a un «buen padre de familia»; es decir, cuando pueda exigírsele desde la referencia de un obrar diligente. Pero coincidimos con la generalidad de la doctrina, en que no puede exigírsele que trabaje para —sólo y exclusivamente— proporcionar alimentos a un pariente. Tampoco puede pedirsele que cambie de trabajo para dedicarse a profesiones más lucrativas.

la simple constatación de los hechos y, por otra, entra en el ámbito de su discrecionalidad (275).

D) VARIABILIDAD DE LOS ALIMENTOS FIJADOS

Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo 146, se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. Así se expresa el artículo 147 del Código civil, que no hace sino sancionar la variabilidad que siempre acompaña a toda prestación de alimentos al cambiar las circunstancias iniciales o presupuestos fácticos de fijación de la cuantía (276) y el criterio legal de la proporcionalidad entre dichos presupuestos.

En los alimentos naturales la variabilidad de los mismos es igualmente posible; ésta vendrá impuesta por la necesidad (cfr. arts. 143 y 146), no por la proporcionalidad; ésta es esencial a la estructura formal del juicio de alimentos amplios (cfr. art. 146) y no se da en los «auxilios necesarios para la vida o la subsistencia».

Albaladejo (277) partiendo del silencio legal en este punto deduce que los alimentos de esta naturaleza no admiten oscilaciones; pero ello no excluye que puedan aumentar las necesidades mínimas vitales del alimentista restringido (enfermedad, por ejemplo), o disminuir (encuentra trabajo que le permite mantenerse en parte), o que pueda disminuir los medios del alimentante (hasta no poder cubrir del todo el mínimo vital del alimentista), o aumentar (poder pagar por entero ese *minimum* que antes no podía cubrir por completo). La única diferencia es que, alcanzando ese *minimum* vital, no crecen, y sí los civiles o amplios, por el crecimiento de necesidades no esenciales del alimentista

(275) ROCA JUAN, «Notas sobre la determinación de cuantía en la prestación de alimentos», *Anales de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, 1971, separata, pág. 9.

Sobre este punto pueden cfr. las sentencias del Tribunal Supremo: 19 de diciembre de 1959, 18 de diciembre de 1952, 2 de junio de 1950, 13 de abril de 1951, 28 de junio de 1951, 22 de diciembre de 1951, 24 de febrero de 1925, 16 de noviembre de 1975, 27 de marzo de 1906 y 22 de diciembre de 1906. Todas ellas coincidentes en que «la determinación del "quantum" de la pensión alimenticia no es recurrible en casación, y es cuestión de mero hecho que el Tribunal Supremo "a quo" ha de examinar libremente, teniendo en cuenta la posición social de la familia, el caudal o medio de quien los da y las necesidades de quien recibe los alimentos».

(276) Hernández Gil (cit. por LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., página 215) nos dice que «la modificación puede presentar dificultades procesales cuando la cuantía se haya fijado en sentencia firme (cfr. art. 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); pero el Derecho procesal debe plegarse a las exigencias del material en todo cuanto incumbe determinar a éste».

(277) Cit. por LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., págs. 233 y 234.



o por el crecimiento de las posibilidades del obligado. Por ello estimo que al juez le está vedada no la variabilidad del quantum de los auxilios, sino que se haga siguiendo el criterio de proporcionalidad al caudal.

E) INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA ELECCIÓN DE LA FORMA DE REALIZAR LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS HECHA POR EL DEUDOR

El artículo 149 del Código civil establece que «el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, pagando la pensión que se fija o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

En principio, de este artículo parece desprenderse la no ingerencia del poder judicial: es una facultad de opción que corresponde al obligado, y a él sólo compete el cumplimiento de la prestación en una u otra forma.

De optar el deudor por satisfacer los alimentos «en su propia casa» (278), estimamos que al juez le están encomendadas facultades:

a) Para fijar el quantum de la deuda alimenticia, aun a pesar de optar el obligado por esta forma de cumplimiento.

b) Para dejar sin efecto el derecho de opción concedido al alimentante.

La primera cuestión la resuelve acertadamente Roca Juan (279) cuando afirma comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1909, que es de observar que la sentencia recurrida fija la cuantía de la pensión y concede además al obligado la facultad de prestarlos en su propio domicilio, lo que podrá ocurrir siempre que la parte que demanda los alimentos no oponga, también inicialmente, ningún obstáculo al ejercicio de la facultad de optar por prestarlos en esta forma. La sugestión que se ofrece es concretamente ésta: Si judicialmente el obligado opta por prestar los alimentos en el propio domicilio lo que la ley le concede directamente, aceptando con ello su deber de prestarlos, sin más que esta manifestación, ha excluido la necesidad de que se determine la cuantía de los alimentos. Creemos que el ejercicio apriorístico de la opción por el demandado a prestar los alimentos en el propio domicilio, lo que la ley le concede directamente, aceptando con ello su deber de prestar los alimentos en su propia casa, no exime necesariamente al juzgador de tener que fijar la cuantía de la

(278) Entendemos que con esta expresión legal se hace referencia al «hogar», al lugar donde se reside habitualmente y se cumplen las funciones y finalidades propias de la vida. No se puede entender en el sentido técnico-formal de domicilio.

(279) ROCA JUAN, *Notas sobre la determinación...*, ob. cit., págs. 20 y 21.

pensión. Por dos razones: la primera consiste en que, como la facultad de optar es del obligado, el actor solicitará como petición expresa que se fije una cuantía de la prestación a percibir, salvo que el demandado opte por no pagar la pensión. La otra circunstancia a tener en cuenta es que la facultad de opción puede ser ejercitada por el obligado en cualquier momento; y, en tal caso, la falta de determinación en la sentencia llevaría a que el alimentista, o el alimentante, tuvieran que reproducir necesariamente el juicio, a los solos efectos de fijar el quantum, cuando el alimentante quisiera optar por pagar la pensión o cuando la prestación en la propia casa se hiciera imposible o no conveniente, por circunstancias surgidas con posterioridad a iniciarse la prestación de alimentos en esta forma.

La segunda cuestión, o sea, la posibilidad de dejar sin efecto la facultad de opción, queda a la discrecionalidad del juez, cuando de las alegaciones hechas por el alimentista llegara al convencimiento de que se frustraría la finalidad de los alimentos, o que no es posible la convivencia.

Desde el punto de vista del alimentante, el recibir en su propia casa al alimentado puede suponer una forma menos gravosa de cumplimiento de su obligación (280). Parece evidente que el artículo 149 está pensando en la conveniencia *económica* del obligado, al concederle este derecho de optar por una u otra forma de cumplimiento.

Y es por esta misma razón por lo que su decisión ha de ser matizada por el criterio del juez, para que en vista de las circunstancias *subjetivas* del caso concreto la sola valoración económica no sea decisiva. Habrá el juez de valorar, esencialmente, si el recibir al alimentado en su casa es conciliable con la vida en común del alimentante y alimentista (281).

(280) Pensemos que desde el momento que los alimentos incluyen la habitación, esta forma de darles cumplimiento no haría necesario el mantenimiento de una habitación distinta para el acreedor, lo cual, considerando el precio que la habitación ha alcanzado actualmente, hace menos gravosa la prestación al mismo tiempo que cumple el requisito de lo «indispensable» que marca la Ley.

(281) MANRESA, *Comentarios al Código civil*, tomo I, ob. cit., pág. 710. Aun cuando manifiesta que si el alimentista no quiere sujetarse a vivir en la casa del alimentante perderá un derecho a los alimentos, manifiesta que «no debe aceptarse en absoluto el principio, pues existen casos en que el alimentante no puede hacer uso del derecho de elección concedido por el artículo 149, por ser imposible que el alimentista viva en su casa y compañía».

El Tribunal Supremo ha establecido que el derecho de opción que concede el artículo 149 no es absoluto e inflexible, sino que se haya subordinado a la condición de que no exista estorbo moral ni legal para que el alimentista se traslade a casa del alimentante (sentencias de 21 de diciembre de 1953, R. A. 676/1954, y 24 de junio de 1946, R. A. 718), pues permite un amplio examen por los Tribunales de las circunstancias del caso para ver si es posible la opción (sentencias de 29 de noviembre de 1934, R. A. 1.851, y 8 de marzo de 1952, R. A. 805), siendo este

F) LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN

La obligación de alimentos cesa en los supuestos que contempla el Código en el artículo 152, los cuales no implican siempre extinción de los alimentos, sino sólo modificación de su contenido, consecuencia del carácter provisional de la prestación alimentaria.

El juez, en los supuestos de los números 2.º, 3.º y 5.º del artículo 152, deberá valorar: «La reducción de la fortuna del obligado, hasta el punto de no poder sus propias necesidades y las de su familia»; «si el alimentista puede ejercer su oficio, profesión o industria o haya adquirido destino o mejorado fortuna»; «o cuando la necesidad del alimentista provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo».

En cuanto a la *reducción del caudal del obligado*, el juez no tiene más que aplicar los criterios de proporcionalidad de la fijación de quantum de la deuda o el traspaso de la obligación al que siga en el orden establecido en el artículo 144 (282).

examen apreciación de los motivos una cuestión de hecho que ha de discernir el Tribunal sentenciador (sentencia de 13 de noviembre de 1929), quedando en consecuencia a su prudente arbitrio (sentencias de 23 de noviembre de 1899, 24 de enero de 1927 y 15 de noviembre de 1960). No tienen derecho de opción el abuelo obligado a pasar alimentos a sus nietos, que de llevarlos a su propia casa, separándolos de su madre, haría imposible para ésta el ejercicio de los derechos de patria potestad (sentencia de 25 de noviembre de 1899); ni el padre natural que no ha reclamado ni ejercitado el derecho de patria potestad, habiendo tenido abandonado a su hijo (sentencia de 5 de diciembre de 1903), pero el Tribunal a quo puede autorizar el derecho de opción, aun tratándose de alimentos debidos por un padre a su hija natural menor de edad, que venía viviendo con la madre, si estima que no concurren circunstancias bastante poderosas que lo impidan (sentencia de 27 de abril de 1956).

No puede ejercitarse el derecho de opción si el marido y su mujer viven separados de hecho, en domicilios distintos, el primero en el domicilio de una hermana (sentencia de 21 de diciembre de 1953), pues la aplicación del derecho de opción, consagrado en este artículo, a los casos en que por mutuo consentimiento existe una separación de hecho y un rompimiento de la vida común, que sólo puede restablecerse con todas sus consecuencias cuando cesa la justificada separación, constituiría una contradicción in terminis (sentencia de 27 de abril de 1956).

No son causa bastante para privar al obligado a dar alimentos del derecho de optar por mantener en su propia casa al alimentista: el mero relajamiento de los vínculos de cariño entre padres e hijos (sentencia de 6 de octubre de 1904); ni la existencia de un litigio entre el alimentante y el alimentado (sentencia de 17 de noviembre de 1914 y de 13 de noviembre de 1926); ni el mero propósito de entablar un pleito, no realizado en mucho tiempo (sentencia de 11 de mayo de 1897).

(282) La graduación establecida en el artículo 144 del Código civil entre los obligados a prestar alimentos no lleva consigo la necesidad de que se guarde el mismo orden y en procedimientos sucesivos para pedir el cumplimiento de tal deber, pudiendo dirigirse la acción contra cualquiera de los comprendidos en la escala, con tal que se justifique que los llamados antes que él carecen de medios para satisfacerlos, porque además de requerirlo así los apremios de la deuda alimenticia, el orden en aquel precepto contenido se halla subordinado a la procedencia de la reclamación, y si, conforme al número 2.º del artículo 152, cesa la obligación de que se trata cuando la fortuna del obligado se hubiese reducido hasta el punto de no poder abonar los alimentos sin desatender otras necesida-

El juez ha de deducir de las pruebas aportadas, que el obligado no puede atender a sus propias y familiares necesidades por haberse reducido su fortuna «hasta el punto» de no poder atenderles. Ese «punto» queda a la libre discrecionalidad judicial. Pudiéndose, en consecuencia, no producirse la extinción de la situación de alimentos, sino sólo variación del quantum de la deuda.

Igualmente, podemos decir para el supuesto de *variación de las necesidades del alimentista*, por venir éste a mejor fortuna (283). Este paso a mejor fortuna podrá producir la extinción de la situación o sólo una modificación del quantum.

En lo que respecta al caso de que la necesidad del alimentista provenga de *mala conducta o de falta de aplicación al trabajo*, puede ser causa no sólo de cesación de la situación ya constituida, sino también de que el derecho no surja; la necesidad, requisito indispensable del presupuesto material de los alimentos, aun existiendo, no puede ser considerada por ser imputable exclusivamente al alimentista (284).

des preferentes, se extingue de igual modo o no procede la reclamación respecto de que se pruebe que se encuentra en tal caso, hállese o no disminuida su fortuna, y porque interpretando de otra suerte el artículo 144 se impondría al alimentista el gravamen, a la vez dispendioso y estéril, de promover una serie de procedimientos escalonados hasta llegar al que por sus recursos económicos pudiera levantar la carga (sentencia de 5 de abril de 1902, C. L., tomo XI, pág. 551).

(283) Afirman LACRUZ y SANCHO (*Derecho de familia*, ob. cit., pág. 237) que «cuando puede ejercer un trabajo el alimentista, se deducirá de las circunstancias de cada caso. Para que se dé la causa de extinción no es preciso que el alimentista esté ya trabajando, o que obtenga ya frutos de un trabajo, sino que pueda trabajar (sentencias de 24 de octubre de 1951 y 29 de noviembre de 1958), entendida esta posibilidad no como “mera capacidad” o “habilidad subjetiva”, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias (sentencia de 31 de diciembre de 1942), porque el que no trabaja porque no puede encontrar trabajo le son necesarios los alimentos, a pesar de haberlo intentado con la disciplina o medios a su alcance» (sentencia de 24 de junio de 1950).

(284) En Francia (cfr. *Juris Classeur Civil*, arts. 34-215, Alimentos), los hijos quedan obligados para con sus padres, aunque éstos sean responsables de su estado de necesidad; pero se dan casos, según establece la jurisprudencia, de hijos que se ven amenazados de prestar alimentos a padres que se han desinteresado de su suerte, en cuyo caso el juez puede descargar al deudor de prestar los alimentos cuando el acreedor haya faltado gravemente a sus obligaciones para con aquél.

Nuestra jurisprudencia ha declarado que «la sentencia que deniega los alimentos a un hermano, por atribuir su estado a errores y vicios del mismo, interpreta rectamente el artículo 143 en su último párrafo» (sentencia de 24 de diciembre de 1902); aunque la demandada observara respecto a su progenitor una conducta incorrecta, destrozando muebles de la casa e insultándole, tal actitud no es de estimar lo suficientemente grave para tenerla como determinante de la extinción de la obligación de prestación alimenticia, ha de estarse a dicha apreciación, si no se combate por el cauce adecuado (sentencia de 27 de diciembre de 1957); que el padre está en su derecho al negar alimentos a un hijo cuando éste, abandonando un destino, dando lugar con sus faltas a ser despedido de otras colocaciones y observando mala conducta, crea la situación en que se encuentra (sentencia de 12 de julio de 1904). La gravedad de la injuria ha de ser apreciada por el Tribunal de Instancia para considerarla comprendida en este número (sentencia de 27 de diciembre de 1957).

CAPÍTULO VIII

PATRIA POTESTAD

La regulación legal de la patria potestad sólo permite la intervención judicial cuando el gobierno paterno no cumple o se desvía de la «función» encomendada. El fundamento, por tanto, de dicha intervención hay que buscarlo en la protección del interés ajeno para cuya satisfacción se atribuye la patria potestad (285). El padre ostenta facultades legalmente concedidas para corregir, castigar, educar, etc., a sus hijos no en su propio interés sino en el de éstos. Frente al «ius» de los progenitores se debe contraponer el *interés de los hijos*, que debe ser elevado a la categoría de interés *prevalente* o preeminente frente al que ostentara el titular del derecho (286), porque es un «derecho-función».

En nuestra legislación el padre es el árbitro de las decisiones que afecten a sus hijos, presumiéndose beneficiosas al interés filial, mientras no se demuestre lo contrario. Sólo así, es decir, dejando al *padre ser árbitro para valorar el interés del hijo (y subsidiariamente al juez)*, se deben interpretar las normas jurídicas del campo que ahora estudiamos.

I. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO PERSONAL DE LA PATRIA POTESTAD

En la esfera personal de la patria potestad la intervención del juez aparece a propósito de la facultad de corregir y castigar que al pro-

(285) Cfr. sobre la naturaleza de la patria potestad, CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, Madrid, 1960, págs. 15 a 37, y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1978, tomo II, vol. II, pág. 53; CICU, *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1947; GISELA ZENK, «Zur Reform der Elterlichen Gewalt», *Archiv für die Civ. Praxis*, 1973, pág. 527; ALFREDO BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971; MAURICETT CRAFFE, *La puissance paternelle en Droit anglais*, Paris, 1971; PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1965.

(286) La patria potestad, como todos los demás poderes-deberes (o derechos función, si se prefiere), se distingue de un derecho subjetivo por lo ajeno del interés protegido. En el derecho subjetivo también existe un poder, pero normativamente conferido para la tutela de un interés propio. En los derechos función

genitor le confiere el artículo 155, 2.º: «el padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados... la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente»; cuando esta facultad correctora no pueda ejercitarse con eficacia, el Código, en sus artículos 156, 157 y 158, permite impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa o judicial (287).

Escribe Sancho Rebullida (288) que «el carácter arbitrario e irreversible de la orden paterna, fuera de los casos del artículo 157, es ciertamente criticable»; y parece cierto —sobre todo— si atendemos a la presente realidad social, la cual está desfigurada en la regulación actual.

La remisión judicial, debemos tenerlo presente, no es algo que se ponga antes de o junto a la autoridad paterna; es sólo un remedio, un recurso *subsidiario*, para supuestos *excepcionales o extraordinarios*, y puesta siempre *después*, para el caso de que existiera por parte del titular de la patria potestad un abuso en su ejercicio, un perjuicio grave para el menor... y, en resumidas cuentas, diríamos con terminología administrativa, cuando exista una desviación de poder por parte de quien ostente la patria potestad.

Parece desafortunado el artículo 156 cuando dice que el padre, o en su defecto la madre, pueden impetrar el auxilio gubernativo, «que deberá» serles prestado, en apoyo de su *propia autoridad*, sobre sus hijos. Las facultades correctoras no se ejercitan *en sí y por sí* en apoyo de la *propia autoridad paterna*, sino *por y para* poder favorecer los *intereses del hijo*. De no ser así, ¿qué sentido tiene el deber del padre de representar al hijo en el ejercicio de todas las acciones *que puedan redundar en su provecho?* (art. 156, 1.º).

La facultad correctora podrá ser utilizada cuando lo requiere la educación del hijo (289). El juez no puede intervenir en el *modo* o en el *cómo* de dicha educación a fin de proporcionar al menor una nueva orientación, porque el padre, legalmente, es el *juez de los intereses filiales* y sólo cuando usa sus facultades *excepcionales* (corrección o castigo) deja de serlo. Es sólo el ejercicio anormal de la patria potestad

el interés tutelado tiene distinto sujeto. Frente al derecho del padre o madre se debe contraponer el interés del hijo menor, que por su contenido social debe ser elevado a interés preeminente o primario.. De ahí que cuando dicho interés se vea disminuido o pierda, por la actuación del padre, su carácter de preeminente se haga necesaria la intervención estatal (judicial).

(287) Cfr. artículos 156, 157 y 158 del Código civil.

(288) LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, pág. 176.

(289) LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., tomo II, pág. 176: «La facultad correctora es correlativa al deber de educar.»

o el uso excepcional de facultades los que requieren la actuación judicial (290).

Al ser el titular de la patria potestad el que establece la dirección familiar, y en su caso el castigo del hijo, se justifica la escasa participación que tiene el juez en la corrección paterna.

A) EXAMEN DEL ARTÍCULO 156

a) *Intervención gubernativa*

El padre que ostente la patria potestad puede impetrar el auxilio de la *autoridad gubernativa* en apoyo de su propia autoridad para la corrección de sus hijos no emancipados en una triple situación:

— Para poder ejercitar la patria potestad en el interior del hogar doméstico.

— Para la detención de los mismos.

— Para la retención en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren (cfr. art. 156, 1.º).

Se deduce del párrafo primero del artículo 156 que la intervención judicial queda limitada a prestar «apoyo» a la decisión paterna. La redacción del precepto («que deberá serles prestado») hace pensar que el padre o madre, en su caso, son árbitros únicos de la corrección y castigo. No obstante, se puede mantener que la autoridad gubernativa no «deberá prestarle apoyo» al padre cuando aprecie que el castigo que se pretende infligir no es *moderado*, es decir, acorde con la falta cometida por el hijo (cfr. arts. 155 y 171 a sensu contrario).

Este párrafo primero del artículo 156 pone de manifiesto, una vez más, la falta de adecuación entre realidad y norma. Inadecuación que se evidencia ante el hecho incomprensible de cómo podrá la autoridad gubernativa auxiliar al padre dentro del hogar doméstico. Se comenta si junto a cada padre que solicite el citado auxilio ¿se sentará a la mesa familiar un policía?; igualmente encontramos sin contenido y significado las expresiones «detención» y «retención en establecimiento que los recibiere»: *la detención* sólo el juez —y no autoridad gubernativa— podrá decretarla en forma, pues los «reos» son siempre «puestos a disposición judicial», sea cualquiera la comisión de su delito o

(290) Castán Tobeñas (*Derecho civil español común y foral*, tomo V, vol. II, Madrid, 1966) en la página 161 habla de unas facultades excepcionales de los padres cuando hace referencia a las correctivas y punitivas, y en la página 157 se refiere a una representación anormal o excepcional de los hijos cuando ésta no se hace por el padre sino por el defensor judicial cuando haya contraposición de interés.

falta, y «*la retención en establecimiento*» podrá quedar sin efecto si no los recibiesen (pues a sensu contrario la retención se produce cuando «los establecimientos legalmente autorizados los recibiesen») (291).

Nuestro Código no ha sido afortunado en la redacción de este párrafo primero del artículo 156.

b) *Intervención judicial*

A mi entender, el Visto Bueno judicial (pár. 2.º, art. 156) supone una limitación a la discrecionalidad total del padre para la detención de su hijo y a la vez *un margen de arbitrio confiado en la decisión judicial*. Es la suma de la orden del padre (o madre) y el Visto Bueno del juez los que *legitiman* la detención. Se desprende de nuestro ordenamiento jurídico familiar que el Visto Bueno del Juez de Distrito deberá siempre darse cuando el padre en su facultad correctora no exceda lo moderado; pero igualmente se deduce que dicho visto bueno no procederá, a sensu contrario, cuando se aprecie falta de moderación, según la expresión legal (cfr. art. 155, 2.º), o incluso, a nuestro entender, otro perjuicio para el hijo (292).

Scaevola (293) mantiene que «esta intervención, meramente formal y externa del juez, no parece acertada, creyendo que, a semejanza de lo dispuesto en el Código francés, aquél debía dictar la orden *fundada* de detención en vista de la petición de los padres».

Nos permitimos discrepar. Una cosa es que la intervención del juez sea externa o formal y otra diferente que no exista «control» de la petición; para el comentarista del Código la intervención del juez queda relegada a una actitud meramente pasiva: poner el Visto a la petición de los padres. La afirmación que hace nuestra doctrina de que no existe control judicial en la facultad punitiva que corresponde a los padres en base el artículo 156 del Código, parte, a nuestro modo de ver, de configurar que el párrafo 2.º del citado artículo es un complemento del 1.º, en el sentido de que mediando el Visto Bueno del juez el «establecimiento de instrucción» o los «institutos legalmente autorizados» *no podrán negarse* al ingreso del menor en éstos; cosa que sí podrían, de mediar sólo orden gubernativa.

(291) SCAEVOLA, *Código civil*, tomo III, Madrid, 1942, pág. 536.

(292) Pensemos en los supuestos en que por el estado psíquico del menor o por la deficitaria atención del establecimiento hicieran poco aconsejable la retención en los mismos de los hijos.

(293) SCAEVOLA, *Código civil*, tomo III, arts. 108 a 109, 5.ª ed., Madrid, 1942, página 537.

Se puede afirmar, de la interpretación conjunta de ambos párrafos, que el «asimismo» con que se inicia el segundo no va referido solamente a conceder un recurso judicial cuando se le niegue el ingreso del hijo en el establecimiento o institución, sino también a otorgar al padre una doble posibilidad para apoyar su facultad correctora o punitiva: la vía gubernativa (pár. 1.º) o la vía judicial (pár. 2.º).

Del artículo 156 se desprende que el padre corrige y aprecia la conveniencia e interés de la corrección, detención o internamiento; la discrecionalidad del juez aparece en la *apreciación* de si esa corrección, detención o internamiento es o no moderada. El *arbitrio* judicial está en la «*moderación*» (proporcionalidad), que es a su vez límite de la actuación del juez, como se verá más adelante.

B) EXAMEN DEL ARTÍCULO 157

La norma positiva ha querido conceder al juez una intervención que más bien es una ingerencia y un control en la dinámica de la patria potestad, cuando se trate de padres que habiendo pasado a segundas nupcias tuvieran hijos de anterior matrimonio o cuando sin serlo ejercen algún cargo u oficio, limitándose este control cuando se ejerciten facultades punitivas por el titular.

El juez debe examinar los *motivos* en que el padre funda su acuerdo de castigarle y *oír*, en comparecencia personal, al hijo.

En base al artículo 156, el juez no puede entrar en el fondo del asunto más que para comprobar que no existe castigo desproporcionado, y de no existir deberá dar su Visto Bueno. Por el contrario, el artículo 157 reconoce discrecionalidad al juez cuando se den los presupuestos que en el mismo se contienen. El juez, que será el de Distrito del domicilio conyugal o familiar, una vez compulsadas las *motivaciones* de los padres y las alegaciones del hijo dictará acuerdo denegatorio o aprobatorio de la petición sin que quepa ulterior recurso.

Se ha cimentado la intervención del juez en la «falta de cariño de los padres respecto de los hijos habidos en anterior matrimonio, cuando contraen segundas o posteriores nupcias» (294), pero si esto es así lo es en cuanto ha de buscarse la *protección* y *conveniencia* del menor, y en el discernimiento del hijo para valorar la actuación paterna. El juez deberá atender más que a los motivos de los padres a la alegación que haga el sometido a la patria potestad, pues se supone que una persona que ejerce cargo u oficio puede defenderse socialmente por sí

(294) Así se manifiesta SCAEVOLA, *Código civil*, ob. cit., pág. 537.

y tener concepciones sobre la vida diferentes, y por esto no reprochables, de las de sus progenitores (295).

C) LOS LÍMITES A LA ACTUACIÓN JUDICIAL

De los distintos supuestos de hecho que hemos visto anteriormente se deducen unas limitaciones en el proceder judicial. De entre ellas se ha de destacar:

a) En todos los supuestos la intervención judicial, salvo en aquellos donde la actividad del progenitor pueda ser constitutiva de delito o falta por atender a la integridad física o espiritual del menor (malos tratos, ejemplos corruptores, etc.), es una intervención que se produce como consecuencia de rogación por parte del titular de la patria potestad. No hay intervención de oficio: el padre o madre «podrán reclamar la intervención del Juez municipal...» (art. 157).

La actuación de oficio está igualmente vedada para hacer cesar la situación correctora del hijo detenido. La detención del menor sólo puede levantarla el padre o madre, «cuando lo estimen oportuno» (artículo 158).

La intervención del juez es, en todo caso, subsidiaria (como se desprende del principio de rogación) del mandato paterno. Cuando el hijo no obedezca el mandato del padre, en orden a su educación, instrucción... el padre podrá, dada la naturaleza de la patria potestad, actuar la corrección como complemento necesario de la educación, entendida en su más amplio sentido; sólo en el caso de conducta desobediente, díscola, irreversible o perniciosa se justifica la intervención del juez.

Ante el silencio legal de los actos que determinan el «auxilio» que pueda solicitar el padre, Castán (296) entiende que deben concretarse a aquellos en que «no pueda contener de otro modo la mala conducta del hijo o resultare imposible vencer de otra manera la resistencia opuestas por éste a las órdenes paternas; no procederán las medidas del artículo 156, sin embargo, en los casos en que el hijo no está obligado a obedecer las órdenes del padre; parece igualmente que procederá en la conducta de la hija menor que se dedique a la prostitución».

(295) No encontramos justificación en el actual momento de la evolución jurídico-familiar porque en los supuestos del artículo 157 debe motivar el padre el acuerdo de castigar y en los del 156 no se requiere tal motivación, pues aun cuando suponga ingerencia en el desarrollo normal de la patria potestad no olvidemos que ésta está atribuida a su titular en beneficio de los sometidos, o como dice la Constitución (art. 39) en la protección integral de los hijos.

(296) CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentarios al Código civil...*, tomo II, vol. II, ob. cit., páginas 156 y 157.

b). Arbitrio judicial propiamente dicho existe en la valoración de los «motivos» que se refiere el artículo 157 del Código civil. Pero respecto de esta valoración se ha de puntualizar:

1. Que tal valoración sólo puede hacerse caso por caso, y para uno concreto en particular. No se pueden dar reglas apriorísticas de comportamiento judicial. No hay motivos idóneos o legítimos y motivos espúreos o ilegítimos, más que después de examinar la distinta situación. El juez no puede —cuando no se le justifique por los padres— acordar la detención del hijo, alegando la conveniencia de su superior educación o seguridad personal.

2. La conducta del hijo debe ponerse en relación con el comportamiento paterno; de tal suerte que un acto sin grave trascendencia, donde los padres no han intentado siquiera corregir al hijo, no debe ser causa para que el juez determine su colocación o detención en establecimiento correccional; lo mismo que una falta de «respeto o desavenencia» (art. 154) al progenitor, salvo que estuviera incurso en calumnia o difamación, tampoco es base para que el juez use de la facultad concedida en el artículo 156.

3. En la valoración que se haga por el juez han de tenerse en cuenta si el titular de la patria potestad ejercita un castigo moderado (cfr. art. 155, 2.º). Abusa del poder correccional el titular que hace del mismo un empleo no moderado, no proporcionado. Moderado equivale a justo. No justo es lo que en la concreta situación familiar se aparta del normal trato filial. El interés y conveniencia del menor radica en ser *tratado normalmente*. Lo normal es, a su vez, lo proporcional, y para saber en qué puede consistir lo que excede de lo moderado el juez ha de recurrir a principios de buena fe, buenas costumbres y «a los hábitos de la singular y concreta familia, teniendo en cuenta en un cierto grado las distintas clases sociales» (297) a que permanezca la familia; todo lo demás, es causística, esto es, valoración de las circunstancias del caso concreto, en base a los criterios antes dichos.

II. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD

Con mayor amplitud se aprecia la intervención del juez en la esfera patrimonial de la patria potestad, debido al ámbito de participación que históricamente tenían los hijos sobre determinados bienes.

(297) BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, páginas 105 y 106.

La intervención judicial en el ámbito patrimonial de la patria potestad se pueden concretar a los siguientes supuestos:

A) INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA FORMACIÓN DE INVENTARIO DE LOS BIENES DE LOS HIJOS EN QUE SUS PADRES TENGAN LA ADMINISTRACIÓN O USUFRUCTO

El artículo 163 del Código civil establece que: «los padres tienen, relativamente a los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo o administración, las obligaciones establecidas en la sección 3.ª del título V de la Ley Hipotecaria.

Se formará inventario, con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, a propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el juez el depósito de valores mobiliarios propios del hijo».

Los padres como *usufructuarios* están obligados por el número 1.º del artículo 491 del Código civil a formar inventario de los bienes usufructuados, haciendo tasar los bienes muebles y describiendo los inmuebles, dispensándoles, por disposición de los artículos 492 y 491, 2.º, de prestar fianza, salvo que contraigan segundas nupcias; en este supuesto podrá exigirse hipoteca legal en garantía de los bienes de los hijos de anterior matrimonio (cfr. arts. 168, 190, 191 de la Ley Hipotecaria, y 266 y 267 del Reglamento Hipotecario).

En este supuesto, a que se refiere el artículo 168, 3.º, de la Ley Hipotecaria, el Ministerio Fiscal como defensor y protector del sometido a patria potestad, puede pedir en nombre de éstos que se inscriban los bienes inmuebles y se constituya la hipoteca legal (arts. 190 y 191 de la Ley Hipotecaria), pero queda relegada a que la efectividad de estos derechos no se pida por las personas citadas en los tres primeros apartados del artículo 191 de la Ley Hipotecaria: personas de quienes procedan los bienes, los herederos o albaceas de dichas personas y los ascendientes del menor (298).

La intervención judicial (del Ministerio Fiscal) es una intervención subsidiaria y en general derivada del principio general de defensa y protección que en todo caso presta el Ministerio Público. Es una intervención de *control legal*.

La obligación de inventario abarca también al supuesto de que el padre tuviera *únicamente* la administración de los bienes del sometido a patria potestad. Esta obligación impuesta a los padres es loable, pues

(298) Cfr. sobre este punto ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, tomo IV, vol. II, Barcelona, 1968, págs. 886 y ss.

va en interés del hijo, y la intervención del Ministerio Fiscal intenta conciliar o proteger los distintos intereses contrapuestos que pudieran existir entre hijo y padre.

La intervención del Ministerio Fiscal en la formación del inventario, así como su propuesta para que el juez decreta el depósito de valores mobiliarios, de propiedad del hijo, no tiene mayor efectividad que *la de exigir las garantías pedidas*; pero no afectan a la administración por el padre ya que esta facultad legal de administración no se condiciona a que se presten las garantías de que habla el artículo 163 (299).

La facultad que tiene el juez para decretar el depósito de valores mobiliarios no puede extenderse a los casos en que al padre correspondiera el usufructo de los bienes y no hubiera prestado la fianza a que viene obligado por el artículo 492.

No se desprende del artículo 163 que el juez esté obligado a decretar el depósito; pero sí vendrá obligado cuando por el Ministerio Fiscal así se proponga en beneficio del menor no emancipado.

En resumen, la intervención del órgano judicial queda limitada *al control* de determinadas *garantías* de la administración de los bienes de los hijos; es decir, de una gestión provechosa, para conservar el «potencial» patrimonio de aquéllos (300).

Todo lo que exceda de la facultad administradora (301) del padre o madre, en su caso, requiere un mayor control judicial, manifestado a través de la necesaria autorización.

B) AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ENAJENACIÓN DE DETERMINADOS BIENES

El artículo 164 del Código establece un importante supuesto de la intervención del juez en el desarrollo de la función de la patria potestad, con el fin de proteger los intereses del menor (302).

(299) Cfr. COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1975, página 841.

(300) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., Barcelona, 1975, pág. 181.

(301) Sancho-Lacruz (*Derecho de familia*, ob. cit., págs. 181 y 182) establecen que «se trata, en suma, de una administración ordinaria que no comprende los actos de disposición de inmuebles».

(302) El artículo 164 se aplica también a la protección y garantía de derechos de los hijos nacideros (cfr. Resolución de 13 de enero de 1965, R. A. 184), siempre que se dé el supuesto de que existan bienes (cfr. sentencia de 30 de abril de 1896, Colección Legislativa, vol. II, pág. 234).

a) *Condicionantes de la intervención del juez en la enajenación de bienes de menores, del artículo 164 del Código*

La autorización judicial constituye presupuesto de validez de la enajenación de los bienes, necesaria, en consecuencia, so pena de nulidad radical del acto (303) y sin que pueda ser título para evadir las limitaciones del dominio.

Es la autorización el que legitima el ejercicio del poder dispositivo que ostenta el titular de la patria potestad.

La intervención del juez se ve condicionada:

1. A que sea pedida por el padre, o la madre en su caso. No puede el juez de oficio decretar la enajenación o gravamen, aunque por cualquier forma llegara a conocimiento del juez la necesidad o utilidad del acto dispositivo. Tampoco está habilitado para pedir tal autorización el Ministerio Fiscal (305).

2. La autorización del artículo 164 sólo puede darse por el juez cuando se trate de enajenaciones en situaciones o hipótesis *normales*; pues de existir contraposición de intereses corresponderá la designación de defensor judicial del menor.

3. El juez autorizará el acto únicamente cuando se trate de enajenación. Es decir, en todos aquellos actos que no sean constitutivos de mera o simple administración. Queda reducido al concepto de administración (306) «únicamente al goce, conservación y uso de la cosa o patrimonio administrado, alcanzando sólo a lo que ésta produce —como el empleo de las rentas que dé, la venta de los frutos que se le obtengan—, o si alcanzan a ella misma, no enajenándola ni constitu-

(303) Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, ob. cit., págs. 308 y 309, y las sentencias del Tribunal Supremo y Resolución de la Dirección General de Registros que allí se incluyen; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, volumen II, Barcelona, 1970, págs. 212 y ss.

(304) Para levantar la prohibición de enajenar es insuficiente la autorización judicial obtenida al amparo del artículo 164 del Código civil, como si se tratara de bienes que se hallen en el patrimonio de los menores, sin sujeción a limitaciones del poder dispositivo (Resolución de 22 de junio de 1943, R. A. 832). Ver en este sentido Resoluciones de 15 de junio de 1884, 23 de julio de 1924 y 23 de marzo de 1926. Confirmada por sentencia de 7 de mayo).

En contra del criterio sentado por la resolución de 22 de junio de 1943, al menos en los efectos frente a terceros, la sentencia de 21 de junio de 1943 mantiene como doctrina: «que, concedida la autorización judicial (aun cuando existiere prohibición testamentaria de enajenar), dicha autorización ampara a los que, fiados en el acto jurisdiccional, contrataren ante notoria con la madre de los menores».

(305) La falta de notificación al Ministerio Fiscal del auto de autorización no constituye nulidad (sentencia de 28 de octubre de 1907, Colec. Legislativa, tomo 108, núm. 115).

(306) ALBADALEJO, *Derecho civil*, tomo I, Barcelona, 1970, págs. 441 y ss.

yendo sobre ella derechos reales». Este debe ser el criterio delimitador para que el juez realice con arreglo a Derecho una intervención válida en los actos a que se refiere el artículo 164.

Los actos a que se refiere este precepto han quedado suficientemente matizados por la doctrina y la jurisprudencia (307) como actos de enajenación o disposición voluntaria (308).

Sobre dos tipos de actos quiero hacer mención especial: la transacción y la donación.

La *transacción*, por su semejanza a la enajenación (*transigere est alienare*) y por ser operación que puede disminuir sensiblemente el patrimonio del menor, ha de someterse a autorización judicial. El Código civil en su artículo 1.810, 2.º, establece que «el padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad, pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial» (309).

Entre el artículo 164 y el 1.810 del Código se hace notar las siguientes peculiaridades: Una, que el artículo 164 habla de una *previa* autorización judicial, requisito que no se contiene en el artículo 1.810; en segundo lugar, que la sanción por la falta del requisito de la autorización judicial es diferente, pues el artículo 164 requiere la autorización judicial como presupuesto de *validez* del acto, mientras en el artículo 1.810 se requiere como presupuesto de *eficacia* (310).

(307) El Código italiano, artículo 320, establece una pormenorizada enumeración de los actos que necesitan la intervención del juez. En nuestro Derecho hay que recurrir a la doctrina y la jurisprudencia. Necesitarán autorización judicial el arrendamiento de fincas rústicas (art. 9, 5.º, L. A. R., a sensu contrario), el de fincas urbanas (cfr. así MARIANO ALONSO PÉREZ, «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», *Revista de Derecho Privado*, 1973, págs. 7 a 39). Para otros supuestos pueden cfr. nuestra jurisprudencia muy abundante al respecto.

(308) No se precisa autorización judicial para las ventas de bienes que haya que enajenar para pago de deudas en vía de apremio, y en fase de ejecución de sentencia y en todos los demás supuestos a que se refiere CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, Pamplona, 1975, págs. 614 y ss.

(309) El procedimiento para conseguir tal aprobación judicial se regula de los artículos 2.025 a 2.029 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cfr. PUG BRUTAU, *Fundamentos...*, ob. cit., tomo IV, vol. II, págs. 212 y ss.

(310) Sobre anulabilidad de transacción otorgada por el padre sin autorización judicial, cfr. sentencia de 21 de mayo de 1940 (R. A. 421). Sobre transacción, cfr. sentencia de 5 de mayo de 1958 (R. A. 1.717), y sobre renuncia de indemnización de perjuicios por imprudencia en conducción de vehículos atribuyéndole el carácter de transacción, cfr. sentencia crim. de 19 de febrero de 1974 (R. A. 787).

Sobre nulidad de actos sin la autorización del artículo 164, cfr. sentencias de 21 de junio de 1943 (R. A. 980), 10 de octubre de 1932, 28 de mayo de 1965 (R. A. 3.083), 25 de junio de 1959 (R. A. 2.933), 9 de diciembre de 1954 (R. A. 284). La razón de esta sanción radica en que el artículo 164, norma de carácter familiar, amparadora de los derechos de los menores, afecta a un interés y garantía públicos que ha sido transgredida.

La *donación* de bienes del menor requiere la autorización judicial. No obstante encuentro difícil explicar cómo podrá satisfacer los presupuestos de «utilidad» o «necesidad» de la donación. La finalidad de la autorización del juez radica, como dije antes, en la protección y defensa del menor, por lo que no encontramos justificación que el artículo 1.060 del Código (311) la exima para repudiar una herencia, pues de dicho acto pudiera, en ocasiones, derivar un perjuicio (pensemos el caso de que el padre renunciara, siendo beneficiosa para el menor) (312).

4. La intervención judicial se concreta a la enajenación y gravamen de los bienes inmuebles; se ha pensado que el Código civil derogó el artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (313).

Con un criterio realista debería de extenderse esta intervención a todo tipo de bienes muebles o inmuebles de cierto valor económico. La *ratio* del precepto que comentamos se basa en la estimación de los muebles como *res viles*, lo cual tenía una adecuada justificación en la época de publicarse el Código, muy distinta del año 1958, cuando se reforma y en tal tiempo debía haberse rectificado. En el actual momento social se ha llegado a decir que son «viles» los inmuebles porque entre otras razones tienen peor estimación que los muebles (314).

La nulidad del acto sin autorización no cabe subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalida la enajenación anteriormente estipulada sin que precediera ese requisito que indispensablemente se exige como previo (sentencia de 9 de diciembre de 1954, R. A. 284). La previa autorización judicial ha de preceder a la inscripción de la venta (Resolución de 10 de marzo de 1944, R. A. 517), puesto que el juez debe normalmente conocer con antelación las causas de necesidad y utilidad en que se funda y su *dictamen* favorable deberá ser elemento *ineludible* para la calificación de la escritura.

(311) Dispensando la autorización, cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1943 y 25 de noviembre de 1945.

(312) Que la renuncia de herencia no entre los actos de enajenación (la renuncia de los derechos del menor sí tienen esta cualificación y requieren, por tanto, autorización judicial) no significa que no pueda repercutir en perjuicio de los intereses patrimoniales del sujeto a la patria potestad. La autorización judicial debería extenderse no sólo al acto por el que *salgan* bienes —aunque sea con el contravalor—, sino también a aquel por el que *dejen de entrar* en el patrimonio del menor, por la finalidad protectora que aquélla tiene; al menos así debiera entenderse como recurso subsidiario ante negligente actuación del titular de la patria potestad.

(313) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado que los únicos requisitos vigentes del 164 del Código civil y 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son:

1. Que la autorización ha de darla el juez de Primera Instancia.
2. Que será el juez de Primera Instancia del domicilio del titular a la patria potestad.

Los demás requisitos, entre ellos que la enajenación se haga en pública subasta, no están vigentes. Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad...*, ob. cit., página 302, y *Comentarios al Código civil...*, tomo III, vol. II, pág. 190.

(314) Nuestra jurisprudencia ha sentenciado la no intervención del juez en la enajenación de un buque, que según el artículo 585 del Código de Comercio

Acertadamente, la compilación de Aragón en su artículo 13, 2.º, pone límite a la facultad dispositiva del titular de la patria potestad y hace intervenir al juez de Primera Instancia o a la Junta de Parientes, en defecto de lo ordenado por la persona de quien procedan los bienes, cuando se tratara de actos de disposición de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios y objetos preciosos.

La intervención del juez será necesaria siempre que afecten los actos a los bienes inmuebles, independientemente de que lo fueran a título oneroso o lucrativo (315).

5. El padre, la madre o el defensor judicial (como representante de los intereses del menor y para el caso de que fueran contrapuestos a los del titular de la patria potestad) necesitan justificar la utilidad o necesidad del acto; la autorización del juez está prohibida, salvo que mediare «*causa de utilidad o necesidad*», y así se justificare.

La necesidad o la utilidad son los presupuestos imprescindibles de la autorización. Esta no puede mediar sin aquéllos.

Son diferentes los conceptos de utilidad o de necesidad. La utilidad hace referencia al objeto que se pretende enajenar; utilidad, contrapuesta a perjuicio económico irreparable que produciría la no enajenación solicitada.

La necesidad va referida a un concepto vital, es decir, a la subsistencia —física o moral— del ser humano. Esta obedece a un concepto sociológico, mientras que la utilidad lo es económico.

Con los conceptos utilidad y necesidad el Código ha pretendido comprender las situaciones posibles sobre venta de bienes de menores; ya se refieran al propio *bien* o a la *persona* titular del mismo.

La justificación de la utilidad o necesidad para el gravamen o enajenación deberá ser *libremente* apreciada por el juez.

La justificación debe de ser de tal naturaleza que la necesidad lo fuera *absoluta* o *imperiosa* y la utilidad lo fuera de tal grado que demostrara ser *evidente* y *grande*.

En la valoración judicial de las causas justificadas para autorizar el acto pretendido se han de observar los siguientes criterios:

tienen la consideración de muebles, considerado como inmueble del solo efecto de ser hipotecado (sentencia de 17 de marzo de 1959, R. A. 1.510).

En el sentido de atender al valor del bien y no a su calificación entre mueble e inmueble, ver MARIANO ALONSO PÉREZ, «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», en *Rev. de Derecho Privado*, 1973, pág. 23.

(315) Para Castán Vázquez (*La patria potestad*, ob. cit., pág. 302) el acento debe ponerse más que en la naturaleza de las cosas enajenadas, en la índole de los actos de enajenación, tendiendo a impedir que el padre realice por sí solo actos que —como los gratuitos o los que impliquen asunción de obligaciones— supongan desaparición de bienes o impongan una responsabilidad al patrimonio.

1.º El juez puede discrepar de las peticiones, alegaciones o informaciones que deban evacuarse, pues son medio de llevar a la convicción del juez la justificación de la necesidad o utilidad de la autorización (316).

2.º Se exige legalmente la expresión del *motivo* de la enajenación; el *objeto* a que deba aplicarse la suma obtenida y la *justificación* de la necesidad o utilidad de la enajenación (art. 2.012, 3.º y 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Son en estas expresiones donde el juez halla los verdaderos límites y condicionamientos de su autorización.

Por el juez, pues, se han de valorar los criterios de «*proporcionalidad relativa*» entre los *motivos* determinantes de la petición (que satisfagan la enajenación como «necesaria» o «útil») y el *objeto* a que se aplicará el importe o beneficios de la enajenación o gravamen.

El criterio de proporcionalidad, no impuesto expresamente por la ley, se deduce de la finalidad de la autorización exigida por el artículo 164; necesidad o utilidad de la enajenación para atender las necesidades sociales y humanas o el incremento (utilidad) del patrimonio del menor.

Por tanto; si el «objeto» a que se destinase la suma o importe de la enajenación se puede atender por otro conducto diferente del de la enajenación, el juez, motivando su decisión, denegará la autorización solicitada. El cauce por el que ha de discurrir el proceder judicial consistirá en observar la proporcionalidad entre el motivo alegado y la finalidad que se atendería con la enajenación.

Por ello estimo que el precepto alude a la *sustitución de valores* en el patrimonio del menor, o hace *desaparecer un pasivo* patrimonial (vgr.: pago de una deuda). Sobre este presupuesto es importante determinar el objeto a que se aplica la suma obtenida.

3.º El juez ha de actuar con aquellos criterios con que haría un «buen padre de familia» la enajenación o gravamen de los bienes del peculio de su hijo; llenando de contenido, estas nociones asumidas legalmente, de acuerdo al sentir común, a la opinión social.

La autorización judicial tiene por finalidad el *interés* del menor, pero el juez, en circunstancias excepcionales, podrá aplicar la suma

(316) El informe de los testigos (cfr. art. 2.013 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) lo tendrá en cuenta el juez como elemento justificativo de la utilidad o de la necesidad, pero la apreciación de las mismas queda a la discrecionalidad judicial. Lo mismo debemos mantener respecto al informe del Ministerio Fiscal aun cuando éste sea defensor de las personas incapaces (cfr. art. 2 del Estatuto del Ministerio Fincal). Por lo que respecta a la firma de los hijos mayores de doce o catorce años, según su sexo que debe acompañarse a la petición de autorización judicial sirve de un elemento más de juicio, sin que ello signifique el condicionar la concesión favorable de la petición.

obtenida en beneficio de *otro* miembro de la familia (vg.: operación quirúrgica de la madre), pues la opinión social indica que ello también repercute en su beneficio.

b) *Efectos de la intervención judicial*

La autorización judicial legitima la actuación del titular de la patria potestad en aquellos actos a que se refiere el artículo 164. Si el *padre enajena sin autorización judicial*, el acto es nulo, sin posibilidad de confirmación (sentencia de 9 de diciembre de 1953); está incurso el contrato en el artículo 1.259 del Código civil y sin que la nulidad pueda ser subsanada por una posterior autorización judicial, por cuanto el requisito de la autorización judicial se exige como *previo*, a diferencia de la ratificación contemplada en el párrafo 2.º del artículo 1.259.

La nulidad del acto realizado por el representante del menor sin la autorización no radica en que ésta se exija como previa; la enajenación de los bienes del pupilo hecho por el tutor, sin la *previa* autorización del consejo de familia (art. 269) la hace sólo anulable. Por tanto, la distinta ineficacia jurídica no hay que buscarla en el momento en que se exige la autorización correspondiente, sino en la legitimación exigida.

C) INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR DEL MENOR A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 165

Administración y representación legales, afirma Cossio (317), «constituyen dos facetas distintas de una misma función; el padre administra al hijo, en cuanto le representa legalmente, y esta representación legal no tiene más límites que los establecidos para la realización de los actos de disposición, que exigen la autorización judicial previa cuando se dé oposición de su propio interés con el interés del hijo, que determina la designación de defensor judicial».

La protección del menor a que el artículo 165 se dirige, se funda en un interés de carácter público que hace necesaria la intervención pública judicial, «sin que ello suponga de manera alguna merma de la autoridad paterna que ha de ejercerse siempre con espíritu de imparcialidad, sacrificando si es necesario en aras de sus deberes para con los hijos, sus intereses propios y cabalmente para ello establece la ley la defensa pública de los menores encomendada en su caso al Mi-

(317) COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1975, pág. 841.

nisterio Fiscal y a los Tribunales, que han de proveerle de un defensor cuando se dé la contraposición de intereses» (318).

El arbitrio judicial se concreta en la *apreciación* del contrapuesto interés y en qué *persona* ha de recaer el nombramiento.

a) *Nombramiento y designación del defensor*.—El artículo 165 del Código civil (319) conduce a la afirmación de que la actuación judicial en el nombramiento del defensor queda relegada a un mero automatismo: nombrar como defensor, y por el orden jerárquico establecido en el artículo 211 del Código civil, a los parientes que les correspondiera la tutela legítima. No obstante, se puede mantener cierta facultad discrecional manifestada en la posibilidad de elegir entre otro pariente o un extraño, cuando no existan personas de los mencionados en el artículo 211, o cuando entre éstos y el menor apreciara la posibilidad de intereses contrapuestos. En esta elección el arbitrio del juez queda sometido a los límites de que la persona que nombre sea «de probada independencia, honorabilidad e imparciabilidad» (320); no concurren en ella alguna de las causas sobre «inhabilidad, excusa o remoción de la tutela» (321); tener capacidad para actuar en juicio y extrajudicialmente, y, en suma, que no haya ni actual ni potencialmente una contraposición de intereses.

El nombramiento debe realizarlo siempre el juez en forma de auto y mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Pueden instar el citado procedimiento las personas que enumera el artículo 165: padre, madre, Ministerio Fiscal, o cualquier otra persona capaz para comparecer en juicio (322). La propuesta de quien deba ser nombrado defensor judicial hecha en la petición o testamento (323) no vinculará al juez, que podrá si lo estima conveniente, después de valorar la imparcialidad del propuesto y la defensa de los intereses patrimoniales del

(318) Sentencia de 30 de noviembre de 1961 (R. A. 4.445).

(319) «El juez, a petición de... conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondiera la tutela legítima, y a falta de éste...» (párr. 2.º).

(320) R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, págs. 29 y 30.

(321) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 184.

(322) La sentencia de 9 de mayo de 1968 (núm. 358 de la Colec. Jurisp. Ministerio de Justicia) establece que la protección del menor que el artículo 165 encarna ampara un interés de carácter público, lo que se pone de relieve por el hecho de que la petición de su nombramiento no sólo pueda partir del menor y de los propios padres, sino también del Ministerio Fiscal y «de cualquier persona capaz de comparecer en juicio», así como porque *su designación es atributo exclusivo de la autoridad judicial*, hasta el punto de que, según las sentencias de 9 de octubre de 1908 y 30 de mayo de 1920, dicha autoridad puede nombrar a un extraño cuando los más próximos parientes llamados por el artículo 165 del Código civil tengan idéntico interés que los padres.

(323) El nombramiento lo hace el juez en forma de auto, aunque el padre haya designado al defensor en testamento (Resolución de 27 de julio de 1924).

menor, confirmar la propuesta o denegarla y nombrar persona que a su juicio sea un *auténtico defensor* del menor (324).

Las facultades del defensor no nacen de la designación y, consiguiente, nombramiento judicial sino de la ley, y mientras no se deje sin efecto o se anule el nombramiento hay que respetar el estado creado por virtud de la representación que la autoridad judicial competente le atribuye (325).

La representación legal que se le confiere por el título judicial de nombramiento sólo se contrae al caso específico y concreto para el que se constituye (326), sin que esto signifique que el defensor no pueda actuar en todo lo relacionado con la misión confiada judicialmente (327).

b) *La apreciación del interés contrapuesto.*—Para que el juez proceda al nombramiento del defensor es necesaria la oposición de intereses entre el representante legal y el menor.

La contraposición de intereses es un problema de hecho que debe resolverse, caso por caso, ponderando las concretas circunstancias que puedan concurrir en el especial supuesto (328); sin que olvidemos que

(324) La ratio del nombramiento obedece a la posible existencia de un perjuicio del menor y evitar que la potencial ambición del titular de la patria potestad perjudique el patrimonio del sometido a ésta.

Para Federico de Cantro («El autocontrato en el Derecho privado español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, pág. 417, cit. por ALONSO PÉREZ, *El patrimonio...*, ob. cit., pág. 26) el evitar el peligro de lucro fue el que originó la creación del defensor judicial; Jerónimo González («El defensor judicial», en *Revista Crit. de Derecho Inmobiliario*, 1930, págs. 193 y s.) establece que la defensa judicial viene impuesta para no limitar la participación útil del hijo; Francisco Hernández Gil («Sobre la figura del defensor judicial de menores», *Revista Derecho Privado*, 1961, pág. 210) habla de un provecho, ventaja patrimonial para el padre y un perjuicio o gravamen para el hijo.

(325) COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1975, págs. 843 y 844.

En igual sentido se manifestaron las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1901, 9 de octubre y 14 de marzo de 1955 (R. A. 765) al mantener que la intervención del defensor judicial no puede negársele eficacia una vez nombrado, mientras no se anule el nombramiento.

(326) El nombramiento sólo es procedente para un asunto determinado, o sea, cuando el interés del menor es opuesto al del padre o de la madre, siendo, en cambio, la regla general que el padre y, en su defecto la madre, representen a sus hijos no emancipados en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho, representación que la Ley les impone como un deber (sentencias de 29 de abril de 1964, 8 de enero de 1917 y Resolución de 27 de julio de 1924).

Aunque el artículo 165 parece referido a las situaciones normales del matrimonio, también es de aplicación a las situaciones anormales del mismo (separación convencional o medidas previas provisionales o definitivas de la separación), cfr. en este sentido BROCA MAJADA, *Manual de Formularios Civiles*, tomo III, Barcelona, 1966, pág. 2555.

(327) Cfr. sentencia de 28 de octubre de 1965 (R. A. 4.756); aunque en ningún modo se extiende a la administración permanente (sentencia de 17 de abril de 1933). Cfr. ALONSO PÉREZ, *El patrimonio...*, ob. cit., pág. 26.

(328) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 183, y el resumen doctrinal del concepto general de oposición de intereses que allí se hace.

el artículo 165 contiene una disposición imperativa de ineludible observancia, cuya aplicación «deberá ser interpretada con la necesaria amplitud que permita la vigencia del principio, impidiendo quede implicado por criterios extremadamente restrictivos y con un sentido marcadamente público, antes que individualista y privado» (329).

La ley dice que se nombrará defensor judicial siempre que el *padre* o la *madre* tengan intereses contrapuestos a los de sus hijos en algún asunto. Como se ha dicho antes, esta norma tiene que interpretarse con suficiente amplitud para conseguir la finalidad que persigue. De esta suerte, estimamos que si fuera el padre el que tuviese intereses contrapuestos a sus hijos no necesitará la designación de defensor cuando sea la madre la que los defiende frente a su padre (sentencia de 6 de marzo de 1976). Cuando sea la madre la que tenga intereses contrapuestos a su hijo y no lo tuviere su padre, no necesitará nombramiento de especial defensor, por entenderse que el padre es el representante legal de su hijo y como tal defenderá, en cumplimiento de la función asignada, los intereses de su menor (330).

En fórmula orientadora, de tipo general, la defensa del menor vendrá determinada en aquellos supuestos en que se perjudiquen —por *contraposición y no por concurrencia*— los intereses del menor; pues como afirma la sentencia de 18 de febrero de 1969, exige un cuidado especial el tratamiento de la patria potestad como poder, deber o función y justifica las medidas que las «legislaciones dictan en esta dirección en el sentido de proteger y tutelar como más digno de ello el in-

(329) Sentencias de 18 de febrero de 1969 (R. A. 926), siendo ponente Beltrán de Heredia y Castaño. En igual sentido, v. sentencia de 15 de octubre de 1973 (R. A. 3.557).

(330) La jurisprudencia ha establecido que no es necesaria la designación de defensor judicial cuando la madre defiende a sus hijos frente a su padre (sentencia de 6 de marzo de 1976, R. A. 1.175, y 9 de junio de 1909); cuando aquélla no tenga intereses opuestos al del hijo, aunque el padre exista (sentencia de 15 de diciembre de 1960, R. A. 3.478); pero es inadmisibles que el padre, teniendo intereses opuestos al de su hija conceda autorización a su esposa para representar a los hijos comunes sin recurrir al mecanismo del defensor judicial (sentencia de 18 de febrero de 1969); cuando se oponen conjuntamente al pago de una deuda que se supone contraída por el común causante (sentencia de 17 de junio de 1903); cuando se trata de disolución y liquidación de una sociedad (sentencia de 9 de enero de 1912). La existencia de intereses contrapuestos hace que los actos en que los padres intervengan en representación de los hijos no sean anulables, sino nulos de pleno derecho (sentencia de 9 de mayo de 1968, R. A. 3.721), y se puede encontrar: en la partición hereditaria (sentencia de 26 de noviembre de 1955, R. A. 3.588, y 30 de noviembre de 1961, R. A. 4.445), en los autocontratos (sentencia de 5 de noviembre de 1956, R. A. 3.430), cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (sentencia de 12 de octubre de 1895) si el hijo, heredero del padre, liquida herencia en la que la madre tiene derecho a sus gananciales (sentencia de 25 de mayo de 1906), si se trata de división de herencia en la que la madre y el hijo legitimario (sentencia de 6 de noviembre de 1930), cuando se limita la participación útil del hijo (sentencia de 9 de mayo de 1968).



terés de la familia abstracta y genéricamente considerada, evitando al máximo los posibles conflictos de otra clase de intereses, que deben estar subordinados a aquél, aunque intercedan entre padres e hijos, que si entonces la ley parece amparar a éstos especialmente, lo que en verdad tutela es el referido *interés superior*, personificado en los hijos por la necesidad de proteger, incluso frente a sus genitores, los derechos de los que por su edad, u otra circunstancia que restrinja su capacidad, no están en condiciones de solicitar directamente la protección legal, ideas todas ellas elementales en un régimen jurídico normal a las que responde el sistema de que se hace eco el artículo 165 de nuestro Código civil».

D) LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL

En este artículo se establece que: «Los padres que reconocieren o adoptaren en forma menos plena no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción.»

Prescindiendo de la vigencia de este precepto (331) destacamos cómo en tal supuesto la intervención del juez queda relegada a un plano subsidiario; cuando no se presten garantías suficientes a la administración o usufructo de los bienes del hijo reconocido o adoptado. Y que tal intervención queda, por otro lado, relegada a criterios objetivos, aunque el artículo 166 se refiera «a satisfacción del juez». Puesto que la finalidad del precepto es buscar *suficiente garantía* de los resultados de la administración (332).

(331) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, Madrid, 1975, tomo I, pág. 130. El precepto, redactado así en la reforma de 1958, pasa desapercibido en la de 1970. Habrá que entender modificada, por lo menos, su terminología y referido a la adopción simple. Pero incluso respecto de ella resulta dudosa su vigencia, dado que el nuevo artículo 176 afirma que «la adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad», sin salvedad alguna en el artículo 180. En estas condiciones tanto vale argumentar que la regla especial (artículo 166) excepciona a la general (art. 176) cuando que la norma posterior (artículo 176, según Ley de 1970) deroga a la anterior (art. 166, según Ley de 1958).

(332) No se les prohíbe a los albaceas, por este artículo 168, el que entreguen los bienes a los hijos que en el mismo se indican en tanto garanticen los resultados de la administración (sentencia de 8 de febrero de 1917). No ha cometido el Tribunal de Instancia la infracción del artículo 168, porque el que la fianza insuficientemente prestada por el recurrente haya sido aprobada en diligencia de jurisdicción voluntaria por el juez de Primera Instancia para que se hiciera cargo de la administración de los bienes de sus hijos adoptivos, no es obstáculo a que en el juicio contradictorio, actualmente sustanciado, lan deficiencias de que adolece la fianza sean subsanadas y corregidas a instancia de la defensora judi-

III. INTERVENCION DEL JUEZ EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD: EXAMEN DEL ARTICULO 171 DEL CODIGO CIVIL

Actualmente la patria potestad se configura como un oficio, como una función de los padres para la protección, beneficio y utilidad de los intereses de sus hijos menores de edad; la intervención del juez en el ejercicio de la patria potestad queda relegada única y exclusivamente a que el progenitor use de la patria potestad como si de un derecho subjetivo se tratara, prescindiendo de su función. Por eso no puede intervenir «a priori» en la valoración de los criterios del gobierno familiar, ni en aquellos intereses que más beneficien al hijo.

El control judicial de la actuación de los progenitores en el desarrollo de la patria potestad lo es siempre «a posteriori». Es decir, cuando se produce una alteración en lo que *normalmente* constituye la *situación jurídica* de patria potestad. Por todo ello la privación o la suspensión de la patria potestad —no la pérdida— tiene un carácter sancionador; es una sanción, impuesta por *resolución judicial* cuando se vulneran los esquemas *normales* de la situación jurídica (333). Baste pensar en aquellos supuestos en que se «imponga como pena la privación de la patria potestad por sentencia firme en causa criminal» (art. 169, 1.º, del Código civil); por condena en delito contra la honestidad (cfr. art. 452 bis, letra g, Código penal, según la modificación introducida por la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, articulada por Decreto de 24 de enero de 1963); por ser culpables los padres del delito de abandono de familia (art. 487 del Código penal); «cuando por sentencia firme en pleito de separación personal así se declare, mientras duren los efectos de la misma» (art. 169, 2.º, del Código civil); en el matrimonio putativo para el cónyuge culpable o de mala fe (cfr. artículos 69, 2.º, y 70, 2.º); o cuando se trate de las causas consideradas en el artículo 171 del Código civil.

La privación o suspensión de la patria potestad, en base al artículo 171, no opera de forma automática o ex lege, sino a través de la

cial de los menores que por carecer de capacidad legal para intervenir en aquellas actuaciones no pueden estar ligados a las mismas por ningún vínculo de derecho (sentencia de 25 de junio de 1927).

(333) Por privación debe entenderse, como mantienen Sancho Rebullida (en su obra conjunta con LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, 1975, págs. 192 y s.), la sanción civil al ejercicio inadecuado de la patria potestad que requiere resolución judicial a diferencia de la pérdida (vg.: adopción del hijo, que se opera ex lege), y por suspensión debe entenderse la privación o pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad que pueda producirse de modo automático —vgr.: artículo 170— o mediando resolución judicial.



comprobación del ejercicio de la patria potestad, a fin de examinar la falta de adecuación a su función (334).

Al juez le está vedada toda ingerencia en el ejercicio de la patria potestad que no sea fundada en alguno de los supuestos típicos o causas especificadas en el artículo 171 del Código o artículos 9 y siguientes de la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores (Texto Refundido de 11 de junio de 1948); es decir, por aquellas causas que no son legalmente forzosas sino legalmente discrecionales (335).

Constancia de que el juez goza de gran discrecionalidad en la calificación de los tipos y en la privación y suspensión de la patria potestad lo corrobora el párrafo 2.º del art. 171 (336). Según éste, los Tribunales pueden, cuando *no se derive grave perjuicio* para la educación o formación del hijo, resolver discrecionalmente que no ha lugar a la suspensión o privación de todo el entramado jurídico o situación legal que conlleva la patria potestad, sino solamente una *modificación* en

(334) Decían las *Partidas* que entre «las razones porque pueden constreñir al padre que saque de su poder a su hijo, es una de ellas cuando el padre castiga al hijo muy cruelmente o sin aquella piedad quel deve aver segund natura, y también si el padre fiziese tan grand maldad que diesse carreras a sus hijas de ser malas mugeres de sus cuerpos, apremiándolas que fiziesen a tan grande pecado». Tomado de MANRESA, *Código civil español*, Madrid, 1944, tomo II, págs. 87, 88 y 89, donde se puede ver la regulación en el Derecho comparado del ejercicio abusivo de la patria potestad.

De igual modo, García Goyena (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, págs. 172 y 173) mantiene que el abuso grave del padre en el ejercicio de la facultad de criar y educar a los hijos, puede ser causa de gran peligro en el orden físico o moral para el hijo menor porque los Tribunales deben protegerle y proveer según las circunstancias a su prudente arbitrio, quitar o modificar los derechos de la patria potestad.

(335) Cfr. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Madrid, 1975, páginas 451 y 452.

«Por tanto, el Código establece unas causas de suspensión que podríamos llamar forzosas por venir impuestas legalmente en vista de la imposibilidad del que ejerce la patria potestad de desempeñarla, por su incapacidad, ausencia o interdicción y otras discrecionales que pueden acordarse judicialmente en vista de la imposibilidad moral de ejercer la patria potestad por el que trata con dureza a sus hijos o les dé malos ejemplos.»

(336) Nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentenciado que el incurrir el padre y la madre en caso de indignidad es suficiente para pretender la suspensión de la patria potestad respecto de ambos cónyuges (sentencia de 23 de junio de 1905); dentro de la dureza excesiva se comprende no sólo la material caracterizada por los castigos corporales inmoderados, sino toda clase de acto que signifiquen crueldad o abuso de autoridad en daño de los intereses morales de los hijos (sentencia de 14 de octubre de 1935, R. A. 1.858); se dan ejemplos corruptores por ejercer clandestinamente la prostitución acudiendo a casos de recibir y tener amante que es casado (sentencia de 30 de septiembre de 1930, R. A. 1.146); no es ejemplo corruptor el adulterio anterior de la madre (sentencia de 9 de noviembre de 1898), cuando la conducta del padre ponga en peligro la formación o educación moral del hijo, por lo que no es necesario actos coetáneos (*obiter dicta*) (sentencia de 30 de octubre de 1963, R. A. 4.275). Es igualmente ejemplo corruptor la vida licenciosa, de reconocida inmoralidad, no siendo el hecho de tener un hijo ilegítimo, sobre todo cuando no vive bajo el mismo techo familiar (sentencia de 25 de junio de 1923) o la embriaguez habitual (sentencia

su contenido. Así, pueden privar a los padres, total o parcialmente, del usufructo de los bienes del hijo, o adoptar las providencias que estimen convenientes a sus intereses (337).

La doctrina española, apoyándose en la jurisprudencia, establece que el precepto del artículo 171 es facultativo y no preceptivo y en consecuencia el juez puede o bien privar o bien suspender a los padres de la patria potestad sobre sus hijos (338); facultades judiciales

de 17 de marzo de 1928). El abandono de familia está incluido entre los ejemplos corruptores (sentencia de 24 de junio de 1931), no subsanándola la legitimación por subsiguiente matrimonio cuando el reconocimiento tardío está influenciado por móviles interesados, razón por la que procede denegar la potestad por el abandono en que los padres han tenido a su hija (sentencia de 7 de julio de 1975, R. A. 2.945). Pues no se cumpliría la función tutelar de la patria potestad en beneficio de los hijos (sentencia de 18 de febrero de 1969, R. A. 926, y 15 de octubre de 1973, R. A. 3.557).

(337) Pues cuando quiebra la confianza que el legislador depositó en el padre para la administración del patrimonio de los hijos, los Tribunales vienen facultados conforme al precepto del artículo 171 del Código civil no sólo para privarles del usufructo de los bienes de éstos, sino también cuantas medidas o providencias estime convenientes, en defensa de los intereses y patrimonio de los mismos (sentencia de 30 de octubre de 1963, R. A. 4.257).

La facultad sobre los bienes no la tienen los Tribunales Tutelares de Menores, los cuales sólo podrán decidir sobre la guarda y educación; en suma, sobre el aspecto personal de la patria potestad. A los Tribunales Tutelares de Menores corresponde decretar la suspensión de la patria potestad sobre los hijos menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho de guarda y educación en los casos previstos en el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores y en los consignados en los números 5.º, 6.º, 8.º, 10 y 12 del artículo 584 del Código penal y artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1903 (artículo 9, 3.º, de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, Texto Refundido de 11 de junio de 1948). En su artículo 13, párrafo 1.º, establece que «la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión, quedarán exclusivamente encomendadas a la competencia de los Tribunales de Menores sin perjuicio de las demás facultades que, en el orden civil, puedan corresponder a los Tribunales ordinarios a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código civil; y en el artículo 14, párrafo 3.º, que «los acuerdos de los Tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres (o tutores) sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor, y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes. Si el Tribunal Tutelar adquiriese el convencimiento de la necesidad de suspender el derecho a la administración de tales bienes, participará al Ministerio Fiscal los hechos en que se funde dicha convicción, al efecto de que éste promueva el procedimiento que corresponda ante el Tribunal Civil». Se puede cfr. en este sentido, sentencia de 29 de septiembre de 1960 (R. A., 2.833).

Por otro lado, la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores sólo se ejercerá en aquella situación de normal matrimonio, en su consecuencia la competencia para decidir sobre los hijos es del Tribunal ordinario que conozca de la anormalidad de la situación matrimonial (separación). Así, cfr. sentencias de 24 de diciembre de 1965 (R. A., 6.003), 3 de julio de 1964 (R. A. 3.855), 11 de diciembre y 18 de diciembre de 1964 (R. A. 318 y 320).

(338) Cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo II, Madrid, 1944, pág. 89; SANCHEZ REBULLIDA, en *Derecho de familia*, conjunto con LACRUZ, Barcelona, 1975, páginas 193 y 194; SCAEVOLA, *Código civil*, tomo III, págs. 625 y 626; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1970, págs. 248, 249 y 250.



derivadas de la norma para *apreciar* si se dan los ejemplos, los malos tratos, etc.

Para la apreciación y calificación de las causas del artículo 171, el juez ha de atender a las siguientes consideraciones:

a) La conducta de los padres sea culposa o dolosa. No puede sancionarse a quien inconscientemente trata duramente o da orden inmoral, salvo reiteración.

b) Los términos «excesiva» —referido a la dureza en el trato— y «corrupción» —en los ejemplos, órdenes o consejos— suponen que el comportamiento o actividad del titular de la patria potestad sea grave, real y trascendente para la formación, educación y desarrollo del menor en un orden físico o moral; es decir, que el juez, con su intervención, procure la «protección integral del menor» que sanciona el artículo 39 de la Constitución de 1978.

Por ello, la resolución por la cual se priva al padre del ejercicio de la patria potestad tiene la virtud de transferir a la madre la titularidad de la misma; no obstante podrá impedir dicha transferencia cuando de las pruebas practicadas en el proceso (aunque la demanda se haya dirigido sólo contra el padre) se desprendiese una actitud comprendida en el artículo 171 (339).

c) La intervención judicial sólo puede darse cuando *han mediado malos tratos* con exoesiva dureza o *corrupción* de los hijos (a través de consejos, órdenes o ejemplos).

Por el carácter de *sanción* que reviste la privación o suspensión decretada se hace necesario que el comportamiento o actitud de los padres sea anterior al planteamiento de la acción o de la denuncia por incurrir en alguna de las causas del artículo 171.

A la discrecionalidad judicial queda no tanto constancia del ejercicio abusivo, inadecuado o desproporcionado de la patria potestad, que son muchos a deducir de las pruebas practicadas (340), como si de los

(339) Cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo II, Madrid, 1944, pág. 94. Declara la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1906, que siendo indignos el padre y la madre es lógico y hasta necesario dirigir la demanda de suspensión contra ambos, ya que aunque la madre no ejerce la patria potestad sino en defecto del padre, en ella habrá de recaer si sólo el padre se le suspendiese de ese derecho, siendo redundante exigir un nuevo juicio posterior para arrebatar a la madre facultades que desde luego consta que es indigna de ejercer.

(340) Atribuye el artículo 171 a los Tribunales la potestad de privar a los padres de la patria potestad o de suspender el ejercicio de ésta, apreciando discrecionalmente en cada caso los supuestos originadores de la privación o suspensión de la patria potestad y en doctrina establecida en las sentencias de 28 de enero de 1913, 25 de junio de 1963, 30 de enero y 17 de marzo de 1958, 30 de sep-

mismos se ha ocasionado un *perjuicio al menor*; perjuicio no sólo *real* y *actual*, sino también *potencial*, porque aunque no hayan sido realmente dañados, sí pueden serlo potencialmente; pues «por el ejemplo» de los padres puede producirse un daño, no actual, sino para el futuro.

La valoración errónea de los hechos probados hace posible recurrir la decisión judicial.

tiembre de 1930 y 14 de octubre de 1935, entre otras, que no cabe impugnar en casación el uso de esas facultades discrecionales (cfr. así la sentencia de 8 de octubre de 1971, R. A. 3.821).

No cabe impugnar en casación el uso de las facultades discrecionales, pero sí es casable la sentencia que no tuviera en cuenta la prueba practicada; pues como establece la sentencia de 14 de marzo de 1899 (Colec. Legislativa, tomo IV, página 456), es manifiesto que los Tribunales pueden usar discrecionalmente de las facultades concedidas por el artículo 171 cuando en vista de las pruebas suministradas estimen que así procede en justicia. Cabe la casación sólo cuando la estimación del juzgador de Instancia se basó en patente error de hecho o de derecho cometido en la apreciación de la prueba (sentencias de 24 de junio de 1931, R. A. 2.102; 25 de enero de 1923 y 25 de junio de 1963).

