

EL INTERÉS PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

HELENA SOLETO MUÑOZ
Prof.ª Dra. de Derecho Procesal
Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia
Universidad Carlos III

SUMARIO

- I. EL INTERÉS PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.**
 - II. ELEMENTOS DEL PROCESO AFECTADO POR EL INTERÉS PÚBLICO.**
 - III. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCESO DE FAMILIA.**
 - IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.**
 - V. INSUFICIENCIA NORMATIVA Y DISCRECIONALIDAD.**
 - VI. BIBLIOGRAFÍA.**
-

I. EL INTERÉS PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

La existencia de un interés público o social⁽¹⁾ en el proceso de familia se puede defender desde dos puntos de vista: desde una visión economicista, en la que el objetivo del sistema público sea la reducción de costes sociales buscando un máximo de eficiencia, o desde un enfoque social, basado en criterios de protección a los más débiles y a las formas sociales tradicionalmente entendidas como necesarias por los ciudadanos.

Ambas argumentaciones se vincularían al Estado social de derecho (art. 1.º de la CE), en el que la “protección social, económica y jurídica de la familia” es establecida como principio rector de la política social y económica (art. 39). Así, dado que la familia es el vehículo básico de socialización de los individuos, es de interés social su mantenimiento, y como el Estado cumple una función protectora de los miembros más débiles de la sociedad, es relevante que la educación y cuidado proporcionados por la familia a sus miembros siga asumiéndose por ésta tras las crisis familiares, y que no se produzca un desplazamiento de funciones y costes a cargo del Estado, y que, por otra parte, los componentes de la familia sufran lo menos traumáticamente posible las crisis.

La ruptura de la familia que se produce ante la correspondiente escisión del matrimonio o pareja produce por sí misma costes de diversa naturaleza⁽²⁾, con relevancia social inmediata si los afectados acuden a instancias judiciales para dotar de una nueva regulación a sus relaciones, o cuando alguno de los miembros deja de cumplir con sus funciones sociales y familiares, lo que justifica por sí mismo la intervención del Estado en la regulación de la crisis familiar, influ-

(1) Entendemos que a los efectos de la regulación procesal de familia se identifican los conceptos de interés público e interés social, si bien sería posible distinguirlos, tal como hace CERESO ABAD, “El fiscal como defensor del interés social”, en RGLJ, 1965, T. I, pág. 67 y ss., que si bien destaca la dificultad de deslindar los conceptos de interés general, público, común y social, define el interés social ligándolo a la llamada legislación social, al igual que FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 373, que vincula el interés social a los fines del moderno Estado de Derecho.

(2) MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*, Cambridge, 1994, pág. 21, apuntan que la formación de dos hogares plantea una dificultad económica por tres razones: la pérdida de economías de escala, la división del trabajo basado en el género y la existencia de consumo conjunto.

yendo en la toma de decisiones de los miembros de la familia por medio de ésta (3).

La regulación de la ruptura familiar se realiza con base en las normas materiales y a través del proceso en la mayoría de los casos, si bien parte de las crisis se resuelven particularmente, sin visado judicial.

La función del proceso de familia es establecer, de concurrir las causas tasadas por la ley, los efectos del cambio en la situación familiar, así como otorgar una regulación de las relaciones patrimoniales y personales de los miembros de la familia durante el proceso.

La regulación del proceso de familia se ha circunscrito hasta recientemente a la del proceso matrimonial, ignorándose otras formas familiares, sin embargo, en normas como la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se observa una ampliación de los procesos de familia, concretamente con aquellos destinados a establecer la guarda y alimentos para los menores de edad.

La protección de los hijos menores es en la actualidad el referente de todo proceso de familia (4), depurándose la finalidad de la regulación de la ruptura matrimonial de las leyes de 1981 de buscar la protección de los más débiles, procurando que éstos no sufran las consecuencias de la desavenencia, estableciendo al efecto medidas tales como la concesión del uso de la vivienda a los menores y al cónyuge que quede al cuidado de éstos, o la pensión compensatoria. Las secuelas de este sistema son patentes: se ha establecido un sistema en el que el cónyuge no guardador sufre todas las consecuencias de la crisis, independientemente de su culpa o voluntad, pues, si la ruptura familiar produce una

(3) BECKER, *The economic way...*, ob. cit., pág. 643, apunta que la aproximación económica a la familia asume que íntimas decisiones como divorciarse se alcanzan sopesando las ventajas y desventajas de acciones alternativas, y entre las que se pueden contar las resoluciones que hipotéticamente se puedan obtener a través del sistema de divorcio establecido. En el mismo sentido, MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing...*, ob. cit., pág. 40, apuntan que las normas y procedimientos usados en los tribunales para resolver las disputas afectan a la toma de decisión, y no sólo en los casos decididos por un juez, sino también en aquellos otros en los que la crisis es resuelta fuera de los tribunales.

(4) En el art. 92 del CC se establece que “*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”.

Por el contrario, en el sistema inglés de los años ochenta, que propugnaba una ruptura “limpia” (“clean break”), no se establecía la obligación de contribuir a las cargas, con lo que las mujeres, sobre todo aquellas que tuvieran hijos, dependían fuertemente del régimen de asistencia social, aumentándose muy considerablemente los costes estatales por este concepto. Ante ello, en los últimos ochenta y primeros noventa se introdujeron regímenes de alimentos para niños, con lo que el mantenimiento de los niños y sus necesidades primarias se volvió a desplazar a la familia, y normalmente a cargo del padre trabajador. MNOOKIN, *Divorce*, www.law.harvard.edu/, pág. 1.

división de patrimonios y un aumento de gastos, la estabilidad de algunos de los miembros de la familia es correlativa a la merma de ella de los otros miembros⁽⁵⁾.

Esta discriminación, comprensible en un sistema en el que la mujer no trabaja, en la actualidad no puede mantenerse, pues produce problemas de entidad: el padre deprimido económicamente por la imposición de las cargas alimenticias y el mantenimiento de un hogar propio posiblemente incumplirá dichas cargas, con el consecuente entorpecimiento de las relaciones entre los padres y por extensión con los hijos, establecimiento de acciones penales, etc. Además, la crisis personal que supone una ruptura será más difícil de superar en una situación de desigualdad, lo cual puede llevar a situaciones límite (agresiones, suicidios, etc.)⁽⁶⁾.

Ante la insuficiencia de este sistema, se observa un desplazamiento del interés social hacia el menor, reforzado por la legislación de 1990 y 1996, y concretado en la equiparación *de facto* de los hijos matrimoniales y no matrimoniales a efectos de ruptura familiar.

En el ámbito del proceso matrimonial se han desarrollado en la práctica forense elementos que fomentan el equilibrio en la ruptura, tales como la temporalidad de la pensión compensatoria, o el recurso a sistemas de mediación, de gran relevancia en Europa. En cuanto al proceso de familia no matrimonial, la búsqueda del bien del menor ha provocado que en la nueva LEC de 2000 se haya introducido el proceso de guarda y alimentos, impidiéndose de esta forma la discriminación de los hijos no matrimoniales.

Por otra parte, se perfila la cuestión de la discrecionalidad judicial que se da en este tipo de procesos, correlativa a una falta de regulación mínimamente exhaustiva de éstos. La discrecionalidad produce litigiosidad, y desincentiva el

(5) MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing...*, ob. cit., pág. 24, apuntan que para impedir que los costes aumenten desproporcionadamente sobre el cónyuge que abandone el hogar, la alternativa sería vender la vivienda actual y adquirir dos de menor coste, aunque ello no supondrá el escape del gran incremento de costes de dos hogares familiares comparado con los de uno.

(6) El interés social sobre la crisis familiar tiene en la actualidad un nuevo contenido: no se trata de proteger a los miembros más débiles de la familia, sino de otorgar un nuevo equilibrio a cada uno de sus miembros, facilitando su bienestar y la asunción de las cargas familiares que de otra manera habrían de adjudicarse al Estado. En este sentido, si lo deseable es que las partes regulen por sí mismas, dentro de lo posible, sus nuevas relaciones, pues además de producir mayor eficiencia los nuevos enfoques sociales exigen una mayor relevancia de la autonomía de la voluntad sobre estas cuestiones, la normativa vigente ha de facilitarlas.

acuerdo⁽⁷⁾, además de producir situaciones de inseguridad jurídica que serían inconcebibles en otros campos distintos del familiar, por lo que nos manifestamos a favor del establecimiento de una regulación más concreta, posibilitando en todo caso que los órganos jurisdiccionales adapten las resoluciones a la situación de hecho cambiante que se presenta en la crisis familiar⁽⁸⁾.

En el proceso de familia, dado lo característico de la materia debatida, existen elementos que lo apartan del proceso civil patrimonial, sobre el que tradicionalmente se ha producido el análisis doctrinal procesal, si bien determinados aspectos del proceso siguen basándose en el sistema patrimonial.

II. ELEMENTOS DEL PROCESO AFECTADO POR EL INTERÉS PÚBLICO

En los procesos de familia se ve trastocada la estructura tradicional del proceso civil, acercándose sus principios rectores a los propios del sistema inquisitivo, dada la concurrencia de elementos tales como el interés del menor, que lo apartan de una concepción patrimonialista del proceso. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta el grado de trascendencia en el individuo de las resoluciones civiles de familia, que se asemejan en cierta manera a las resultantes de un proceso penal, en el que los derechos fundamentales pueden verse limitados.

Indica VILLAGÓMEZ CEBRIÁN que las notas esenciales que caracterizan a estos procesos “informados por el principio inquisitorio” serían la existencia de un conflicto social y la consiguiente imposibilidad de composición del conflicto de forma independiente a la sentencia⁽⁹⁾.

La afectación de las normas del proceso matrimonial por el derecho vinculante se traduce en que no se somete al principio dispositivo en lo relativo a las cuestiones que puedan ser de interés público, y en la consecuente falta de sujeción a las normas generales del proceso civil patrimonial.

(7) COOTER y ULEN, *Law and economics*, Massachusetts (EE.UU.), 1997, pág. 357, señalaban, en relación con la teoría de la negociación, que el optimismo produce litigiosidad (optimism causes trial), y DEWARD, John, “Reducing Discretion in Family Law”, en *The changing family*, Oxford (RU), 1998, pág. 239, apunta que un sistema basado en gran medida en la discrecionalidad judicial es caro e ineficiente.

(8) Observamos que los sistemas procesales menos regulados corresponden a los países que se entienden menos evolucionados, concediéndose consecuentemente una amplia discrecionalidad a los jueces. En este punto, nuestro país se encontraría entre los menos evolucionados de la Unión Europea.

(9) VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, “Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica”, *Actualidad Civil* núm. 21, 19-25 de mayo de 1997, pág. 481.

Entre los elementos procesales que indican una desvinculación del principio dispositivo, relacionado a su vez con la existencia de un interés público en la materia, podríamos señalar básicamente la indisponibilidad de las partes sobre el objeto principal del proceso, salvo en lo relacionado con la renuncia o el desistimiento, la determinación de fueros legales improrrogables, la determinación concreta de la legitimación⁽¹⁰⁾, la conversión del Ministerio Fiscal en parte, la falta de eficacia de la admisión de los hechos⁽¹¹⁾, la inexistencia de prueba legal⁽¹²⁾, y, sobre todo, la concesión al juez de una amplia discrecionalidad⁽¹³⁾.

(10) Mientras que en el proceso civil dispositivo la legitimación ordinaria radica en la simple afirmación del actor de la titularidad de un derecho y de la imputación al demandado de una obligación, en el no dispositivo se regula específicamente la legitimación de las partes, en concreto en los artículos 74, 75, 76, 81, 86 del Código Civil. MONTERO AROCA, *Los procesos matrimoniales*, Valencia, 1997, pág. 54.

(11) En el proceso no dispositivo, el juez no se encuentra vinculado por los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra. *Ibidem*, pág. 56. Así se indica en el artículo 752 de la LEC de 2000 respecto de las pretensiones sobre las que las partes no tengan poder de disposición.

(12) Indicaba MONTERO respecto al sistema anterior que la prueba de confesión con juramento decisorio no era admisible cuando versara sobre cuestiones sobre las que no cabe transacción, de acuerdo con lo indicado en los artículos 1237 y 1814 del CC, y en cuanto a la prueba documental, señalaba que no existe norma que excluya su valor legal, pero que debe negársele porque no puede imponerse al juez la existencia de un presupuesto fáctico que tenga como consecuencia la aplicación de la correlativa norma de *ius cogens*. *Ibidem*, pág. 56 y 57.

En este sentido, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se concreta en el artículo 752, inscrito en el capítulo sobre disposiciones generales relativas a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores que el tribunal no está vinculado a las reglas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, documentos públicos y documentos privados reconocidos, salvo que las pretensiones que se formulen puedan ser disponibles.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, "Consideraciones sobre la especialidad...", *ob. cit.*, pág. 482, apunta, más genéricamente, que la naturaleza inquisitoria de estos procesos confirma que sus principios rectores se encuentran en la esfera de la socialización o publicización del proceso civil, por lo que la vigencia de principios como el de aportación se ve reducida ante el incremento de la del principio de investigación, y las obligaciones de las partes se ven aumentadas.

(13) Todos estos elementos concurren en la regulación que de los procesos matrimoniales se realiza en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que GÓMEZ COLOMER, *El nuevo proceso civil: Ley 1/2000* (con Montero, Barona y Montón), Valencia, 2000, pág. 795, engloba entre los "procesos no dispositivos".

A) Normas de competencia.

En relación con la competencia territorial, se ha establecido la prohibición de acuerdos entre las partes para determinar la competencia territorial (fueros convencionales); frente al criterio general de la Ley de Enjuiciamiento Civil de disponibilidad del fuero territorial del artículo 54 ⁽¹⁴⁾ se ha establecido la impro-rogabilidad de forma expresa en relación con los procesos matrimoniales y de menores ⁽¹⁵⁾.

B) Funciones del juez de familia.

Entre las funciones del juez de familia se distinguen potestades y cargas distintas de las del juez civil, cuya base es la especial materia sobre la que ha de pronunciarse, y en la que el interés público se manifiesta porque dicha materia afecta al estado civil y a la situación de menores de edad: además de la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones sobre las que las partes no hayan solicitado resolución alguna (relacionadas con los menores de edad), ha de garantizar el bien del menor, pudiendo adoptar en todo caso y momento las medidas protectoras que considere más idóneas, de acuerdo con lo indicado en el artículo 158 del Código Civil tras la nueva redacción dada al precepto por la Ley del Menor.

También se le otorga una potestad supervisora del bienestar de las partes; así, está legitimado para rechazar los acuerdos de los cónyuges gravemente lesivos para uno de ellos (art. 90 del CC), y, en relación con el objeto principal del proceso, la necesidad de que el juez llegue a la convicción de la concurrencia de las causas de separación, nulidad o divorcio —eliminando por tanto la posibilidad de conceder la separación o el divorcio amparado en la simple solicitud de las partes, dado que en nuestro ordenamiento la simple voluntad de separación no es causa según la ley para obtenerla— le faculta para acordar

⁽¹⁴⁾ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil* (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Madrid, 2001, pág. 61 y ss.

⁽¹⁵⁾ CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, vol. II (trad. de la 3.ª ed. italiana por Casais y Santalo), Madrid, 1977, pág. 813 y 814, señala que en estos procesos “la competencia territorial es, de ordinario, competencia funcional y, por lo tanto, impro-rogable”.

En el artículo 769.4 de la LEC se establece la obligación del juez de examinar de oficio su propia competencia, elemento introducido a instancias del GS y CiU, frente al criterio general que se sigue manteniendo de la fungibilidad del juez competente materialmente (art. 58).

cualquier prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 770.4 de la LEC, que le permita llegar a tener la certeza de la existencia de la causa legal de que se trate ⁽¹⁶⁾.

C) Intervención del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal ⁽¹⁷⁾, ha de ser preceptiva cuando en el proceso se ventilen asuntos sobre estado civil o que conciernan a menores de edad; sin embargo, hasta la aprobación de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, su intervención en los procesos sobre menores no había sido impuesta legalmente.

CARPI apunta que la presencia del Ministerio Fiscal en un proceso civil es un punto de encuentro entre el principio inquisitivo y el dispositivo y un medio para conciliarlos. En materia civil, el Ministerio Público italiano no puede ejercer la acción salvo en presencia de una regulación expresa, cual es el caso del proceso de familia, en el que su intervención es obligatoria, bajo

⁽¹⁶⁾ CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 815, se refiere, como efecto del interés público existente y la consecuente restricción de las normas dispositivas, al debilitamiento de "los vínculos que por razones de oportunidad rodean comúnmente la iniciativa del juez civil en la selección de los hechos influyentes en la decisión", reforzándose el deber de investigación, y confiándosele en ocasiones el impulso procesal.

⁽¹⁷⁾ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria* (con Herce Quemada), Madrid, 8.^a ed., 1979, pág. 116 y ss., señala la intervención del fiscal en estos procesos como un indicio del interés público existente, por el que ha de velar, pues el Estado tiene un interés directo, tanto en impedir que un matrimonio sea declarado nulo o disuelto sin causa suficiente como en que no prevalezca un matrimonio inexistente o nulo en sí, y que de aquí resulta que se limite el principio dispositivo en estos procesos y que el Ministerio Fiscal intervenga ejercitando un derecho-deber con todas las facultades procesales de parte. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, "Consideraciones sobre la especialidad de los procesos...", ob. cit., pág. 483, indica que la participación del Ministerio Público en estos procesos "revela la vigencia y extensión del principio inquisitivo y limita el grado de libertad de las partes".

CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 813 y ss., señala que una consecuencia del interés del Estado en las relaciones objeto del proceso es "la frecuente participación del Ministerio Público en el proceso, como actor o como conclusionante".

Advierte MONTERO, *Los procesos...*, ob. cit., pág. 54 y 55, que hay que diferenciar la actuación del Ministerio Fiscal como parte necesaria y como representante en juicio de los incapaces; en el primer caso estaría actuando en defensa del interés público, mientras que en el segundo de los intereses privados de los incapaces.

pena de nulidad, y que consiste al menos en su audiencia en todos los procedimientos ⁽¹⁸⁾.

En relación con los procesos matrimoniales, la regulación de su actividad ha sido criticada, por encontrarse insuficientemente codificada, o por considerarse superflua o inapropiada en esta clase de procedimientos de carácter privado ⁽¹⁹⁾.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el contenido de la DA 8.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha sido retomado en el artículo 749, ampliándose el campo de intervención obligatoria, siendo su intervención preceptiva en los procesos de incapacidad, nulidad y filiación, por un lado, y por otro, en los demás procesos matrimoniales y de menores cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o ausente.

En cuanto a las funciones a desempeñar, ha de acudir a las comparecencias, emitir informes sobre las cuestiones relacionadas con los menores, incluso en los procedimientos de común acuerdo (art. 777.5 de la LEC), pudiendo recurrir la decisión judicial que apruebe la propuesta de convenio de los cónyuges si lo considera incompatible con el interés público, y también, en sede de medidas

⁽¹⁸⁾ CARPI, "La justice en matière familiale en Italie", en *Familles et Justice*, París, 1997, pág. 129. Señala el mismo autor que sin embargo esta audiencia es en la práctica más formal que sustancial, ya que la preocupación mayor por los asuntos penales produce una menor asistencia a las causas familiares (algo similar ocurre en la práctica española, en la que en muchos casos la audiencia del fiscal es documental).

⁽¹⁹⁾ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pág. 728 y ss., se indica que "la intervención en el proceso civil de un órgano del Estado imparcial, distinto del órgano jurisdiccional que dirime la contienda, supone una disfunción en un proceso en el que se ventilan cuestiones entre particulares conocedores del asunto a debatir, por lo que serían exigibles peculiaridades procedimentales... para que su actuación cumpla realmente los fines perseguidos".

MESTRES TIBAU, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales", en *Revista Jurídica de Catalunya*, págs. 231 y 232, considera que sólo existe interés público tutelable con la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de nulidad de matrimonios contraídos entre personas afectas de impedimentos no dispensables, no dispensados o con defecto de forma, así como los de eficacia civil de resoluciones extranjeras, y que, en los demás casos, "el interés público no existe o se halla atenuadísimo", con lo que la injerencia del Ministerio Fiscal debería producirse *ad casum*, es decir, que el Ministerio Público debería ser designado específicamente en caso de existir incompatibilidad de intereses entre los menores, incapacitados o ausentes y las personas que respectivamente ostenten su representación legal.

provisionales⁽²⁰⁾, negar los hechos no acreditados en la documentación que acompañe a la demanda, proponer en la vista la prueba que estime pertinente, participando en la prueba propuesta por las otras partes, tomando parte incluso en la prueba de exploración de los hijos menores o incapacitados⁽²¹⁾.

III. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCESO DE FAMILIA

Ya hemos señalado que la relevancia social de la familia, y concretamente del matrimonio, se ha articulado tradicionalmente regulando la existencia de la institución principal, el matrimonio, desde su origen hasta su disolución, pasando por normar los efectos de los cambios en el estado matrimonial y los procedimientos para establecerlos, si bien no toda crisis familiar va a tener resonancia en el ámbito procesal, ya que las partes pueden decidir resolverla de forma privada, y ninguna autoridad interferirá, salvo que se ponga de manifiesto desprotección de menores.

Entre las crisis de mayor magnitud procesal se encuentran las que producen un cambio respecto al estado matrimonial, es decir, las de separación, nulidad y divorcio, y que se entienden comprendidas en el ámbito procesal civil⁽²²⁾, si bien existen otras crisis de trascendencia.

De esta manera, en virtud del interés público existente, no sorprende que cuando se regulan los procesos de nulidad, separación y divorcio, se ignoren determinados elementos tradicionales del proceso civil patrimonial, base del proceso civil, y que, por otra parte, lo mismo ocurra respecto de los procesos sobre guarda o alimentos para menores.

En el ámbito del derecho de familia y por lo tanto de los procesos matrimoniales, entran en juego intereses que ya no son únicamente privados: los intereses públicos se superponen a los particulares, por lo que en ocasiones dejan de

(20) En la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, "Incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles", VII.4.c), se apunta la facultad de promover la convocatoria de nueva comparecencia para la modificación de las medidas previas o adopción de otras nuevas si se estimara necesario en bien del interés público implicado en el proceso.

(21) Circular 1/2001, VII.4.

(22) BORRÁS, *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, Diario Oficial núm. C 221 de 16 de julio de 1998, págs. 0027 a 0064, <http://www.europa.eu.int/eur-lex>, pág. 8, apunta que en otros países los procesos matrimoniales pueden tener carácter administrativo, como es el caso de Dinamarca.

regir los principios tradicionales de libre disposición de los derechos privados⁽²³⁾, conformándose un tipo de proceso en el que el principio de necesidad domina, pese a tratarse de un proceso civil⁽²⁴⁾.

La existencia de un derecho vinculante en el marco de las relaciones privadas de los cónyuges, o de los formantes de la familia, que impida la libre disposición de los derechos en juego, implica que se encuentren afectados los principios imperantes en el proceso civil, regido tradicionalmente por el principio dispositivo⁽²⁵⁾, por lo que HERCE ha llegado a calificarlos como “juicios de interés público”, especiales respecto al proceso civil no propiamente por su forma, sino por sus principios rectores⁽²⁶⁾.

Dichos procesos matrimoniales y los de menores se encontrarían por ello en la “zona intermedia” que la doctrina ha señalado existe entre los procesos regidos por el principio de oportunidad, como son los procesos civiles de contenido patrimonial, y aquellos otros en los que el principio de necesidad impera

(23) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal*, *ob. cit.*, pág. 13, indica que en el proceso en materia matrimonial y en otras cuestiones de estado la naturaleza de las relaciones jurídicas controvertidas impone divergencias sustanciales respecto a los principios básicos del proceso civil, por lo que se ha hablado de un proceso inquisitivo o mixto. En *Derecho Procesal Civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal y jurisdicción voluntaria*, Madrid, 8.ª ed., 1979, pág. 115 y 116, apunta que los principios de aportación de parte y dispositivo, propios, en la generalidad de los casos, del proceso civil, ceden el lugar aquí, a semejanza de lo que ocurre en el proceso penal —aunque no en la misma medida—, al principio de “oficialidad”.

Señala MONTERO, *Los procesos...*, *ob. cit.*, pág. 49, que cuando los particulares carecen de autonomía de la voluntad desde la perspectiva del derecho material, por tratarse de normas imperativas, el proceso ha de acomodarse al principio de necesidad.

(24) CHIOVENDA, *Principios...*, *ob. cit.*, pág. 813, apunta que “*el Estado está no solamente interesado, como en todo proceso, en el mejor ejercicio posible de la función jurisdiccional, sino que lo está en las relaciones mismas que son objeto del proceso*”, por lo que se restringe el número de normas dispositivas, y se limita el principio dispositivo.

(25) En la Exposición de Motivos de la LEC, VI, se apunta que “*La nueva LEC sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo*”.

(26) HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*, Madrid, 8.ª ed., 1979, pág. 5.

FENECH, *Derecho procesal civil*, Madrid, 2.ª ed., 1986, pág. 76, indica —respecto al sistema anterior a la LEC de 2000— que aunque estos procesos se adecuen a las normas del procedimiento ordinario de menor cuantía, en realidad constituyen una importante excepción, ya que los principios que rigen el proceso son distintos, que están sometidos al principio de legalidad y oficialidad, y en los que no se da derecho de disposición material ni el derecho de disposición procesal a las partes, y es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.

totalmente, es decir, el proceso penal por delitos públicos, situándose junto al proceso penal por delitos privados y semiprivados, y se podrían calificar como de procesos no dispositivos⁽²⁷⁾ o cuasi-inquisitivos⁽²⁸⁾ o incluso inquisitivos⁽²⁹⁾, si bien la denominación más correcta parece la de no dispositivos, puesto que el principio inquisitivo tampoco extiende su imperio en todo el ámbito del proceso⁽³⁰⁾.

Los procesos no dispositivos se encuentran afectados en buena parte por el principio inquisitivo, si bien los particulares ostentan todavía cierto poder sobre la cuestión material, patente principalmente en la facultad de iniciar el proceso, que se atribuye en exclusiva a los cónyuges o progenitores, excepto en lo relacionado con la acción de nulidad, y también existen otros elementos que por su naturaleza siguen estando bajo la voluntad de las partes, y que vinculan al juez, como lo relativo a la solicitud y concesión de la pensión compensatoria (STS de 2-12-1987, ED 87/8926).

Precisamente la publicación no afectará a todos los elementos del proceso de familia, ya que entre los diferentes objetos procesales que se tramitan en un pleito de familia, y concretamente y sobre todo en el matrimonial, existen cuestiones desprovistas de interés público y que únicamente afectan a la esfera privada patrimonial, por lo que pueden seguir rigiéndose por principios completamente dispositivos, como es el caso de la aludida pensión compensatoria, que si bien se encuentra afectada en cierto modo por la socialización del dere-

(27) MONTERO AROCA, *Los procesos...*, *ob. cit.*, 1997, pág. 39 y ss., y MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Ortells, Gómez Colomer y Montón Redondo), Tomo I, Valencia, 1997, pág. 307. En la misma línea, distingue los procesos dispositivos especiales establecidos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de los no dispositivos, entre los que se encontrarían los matrimoniales y de menores. *El nuevo proceso...*, *ob. cit.*, pág. 37.

(28) También se les ha calificado como cuasi-inquisitivos; así, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La intimidad de los datos fiscales...*, *ob. cit.*, pág. 27, e incluso semi-públicos.

(29) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *ob. cit.*, pág. 116, señala que se trata de procesos de cognición especiales, o de diversas formas de un proceso civil inquisitivo.

(30) Señala MONTERO, *Los procesos...*, *ob. cit.*, pág. 53, que los procesos matrimoniales se encuentran afectados por la publicación de algunas normas de derecho civil que los regulan, publicación de grado menor que la existente en el campo penal, lo que supone que estos procesos no sean dispositivos, y que aunque se mantengan las mismas normas procedimentales que en el proceso dispositivo, los principios procesales serán distintos, al igual que GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *ob. cit.*, pág. 115.

En la Circular 1/2000, de 5 de abril de 2001, VII.4.A), se hace referencia a la vigencia excepcional del principio de oficialidad y al compromiso de búsqueda de la verdad material.

cho privado por derivar de la solidaridad entre los cónyuges, tiene un régimen de contenido intrínsecamente patrimonial⁽³¹⁾.

El objeto del proceso de ruptura de la familia matrimonial es complejo, es decir, que se encuentra configurado por la suma de diversos objetos procesales, unidos a su vez por vínculos de diferente naturaleza: junto al objeto principal, consistente en la obtención de un pronunciamiento sobre el vínculo matrimonial, existen otros a través de los que se pretenden diferentes pronunciamientos sobre los efectos de la influencia del proceso sobre la relación familiar, tales como las relaciones entre los cónyuges y los descendientes comunes, tanto en el plano personal como patrimonial, entre otros⁽³²⁾.

SERRA describe la heterogeneidad del objeto procesal del proceso matrimonial, y se refiere a tres distintos contenidos de la sentencia, y, consecuentemente, a tres grupos de pretensiones: la pretensión matrimonial, que constituye la principal del proceso; las pretensiones de carácter económico, y las pretensiones relativas a los hijos. Estas tres pretensiones serían totalmente distintas entre sí, respondiendo a principios diversos y reclamando soluciones igualmente dispares⁽³³⁾.

En el mismo sentido, en el apartado XIX de la Exposición de motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que en estos procesos “*no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal*”, y en el artículo 751 se apunta que en estos procesos no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transac-

(31) En relación con el sistema alemán, apunta LEIBLÉ, *Proceso civil alemán*, Medellín (Colombia), 1999, pág. 479 y 483 que, mientras que en el procedimiento matrimonial se limita la aplicación del principio dispositivo, en las otras causas de familia distintas de la matrimonial, como la que versa sobre alimentos de los hijos matrimoniales, alimentos al cónyuge o régimen económico matrimonial, rigen los preceptos generales del proceso civil recogidos en la ZPO.

(32) En la Circular 1/2001 citada se indica que el objeto del proceso matrimonial es “*en buena medida indisponible, dado que afecta en su contenido inmediato al estado, pervivencia y circunstancias del vínculo matrimonial, y en sus consecuencias mediatas, a aspectos existenciales, educativos y personales de los hijos menores, incapacitados o ausentes que quedan bajo el resguardo protector del Estado. En lo que respecta a los principios rectores del proceso, se debilita el principio dispositivo y, en garantía de cualquiera de los cónyuges, de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección se incrementan considerablemente las facultades del Juez, que se ve investido de potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que ha de ejercitar en defecto e incluso en lugar de las propuestas por los litigantes*”.

(33) SERRA DOMÍNGUEZ, “El objeto del proceso matrimonial”, en *Justicia* 83, n.º 1, pág. 48.

ción, mientras que el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal salvo en los procesos de separación, divorcio y algunos casos de nulidad.

Sin embargo, esta excepción a la influencia del principio dispositivo se ve limitada en el apartado tercero del mismo artículo, en el que se dispone que las pretensiones que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente si estarán dominadas por dicho principio dispositivo, y que la renuncia, allanamiento, transacción y conformidad surtirán efectos. En la misma línea, en el apartado cuarto del artículo 752, relativo a la prueba, se excluye la aplicabilidad de las normas especiales de prueba a las cuestiones sobre las que las partes puedan disponer⁽³⁴⁾.

De esta forma, en relación con la nueva regulación, habrá de distinguirse entre las cuestiones sobre las que las partes tengan poder de disposición "según la legislación civil aplicable" y entre el resto de cuestiones, sobre las que el principio dispositivo no ejercería influencia⁽³⁵⁾.

A) La pretensión matrimonial.

En cuanto a la pretensión principal, que consiste en un pronunciamiento relativo a la modificación del estado matrimonial, ya sea pretendiendo la nulidad, separación o divorcio, entendemos que las partes no tienen poder de disposición sobre el derecho material, pues la obtención de un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio no depende únicamente de la voluntad de los cónyuges, sino que el juez se encuentra obligado a vigilar la concurrencia de las causas legales esgrimidas de nulidad, separación o divorcio, tasadas normativamente, y entre las que no se encuentra el libre consentimiento de los cónyuges.

Como consecuencia de esta falta de disponibilidad, únicamente el desistimiento de las partes tendría eficacia procesal, tal como se recoge en el artículo

(34) Estas precisiones se introdujeron en el proyecto de LEC en fase de Comisión.

(35) De acuerdo con GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez, Madrid, Colex, 2000, pág. 258 y ss., un proceso civil está regido por el principio dispositivo cuando en él concurren las notas de: a) poder de disposición sobre el derecho material, b) poder de disposición sobre la pretensión, y c) vinculación del órgano jurisdiccional a la pretensión.

MONTERO, *Los principios políticos de la nueva LEC: los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, págs. 63 y ss. se centra en las consecuencias procesales del principio dispositivo, que entiende significa que la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse a petición de parte y también puede poner fin a dicha actividad, que la petición concreta corresponde a las partes y que los tribunales han de ser congruentes.

751.2.4.^a de la LEC⁽³⁶⁾, y normas especiales de prueba se hacen eficientes, según se establece en el artículo 752.2, así, la falta de vinculación del tribunal a la conformidad de las partes o a las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes y documentos⁽³⁷⁾.

B) Pretensiones económicas que no afecten a menores.

Las pretensiones económicas que no afecten a los hijos menores de edad son un segundo grupo de pretensiones en las que el principio dispositivo rige, pues entendemos que la legislación civil otorga a las partes poder de disposición sobre ellas, aunque con alguna limitación en el proceso matrimonial, pues al juez se le otorga un poder de supervisión de los acuerdos a los que las partes lleguen, con el fin de que no sean “gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (art. 90 del CC, relativo al convenio regulador de la separación o divorcio de mutuo acuerdo, aplicable también en las relaciones patrimoniales en los procesos contenciosos, en los que es posible el acuerdo de los cónyuges respecto de las medidas complementarias al pronunciamiento principal)⁽³⁸⁾.

El reconocimiento de esta potestad judicial en un campo que se podría definir como completamente privado, en la medida en que se refiere a las rela-

(36) En cuanto a la regulación vigente, entendemos que ocurre lo mismo: En cuanto a la primera de las cuestiones, la disposición sobre el derecho material, lo cierto es que las partes no pueden establecer modificaciones del estado matrimonial sin la concurrencia de la jurisdicción, ya que, de acuerdo con las normas civiles, es preciso, para la obtención de la nulidad, separación o divorcio, un pronunciamiento judicial (art. 89 del CC), por lo que el proceso matrimonial se encuentra regido por el principio de necesidad. VILLAGÓMEZ, “Consideraciones sobre...”, *ob. cit.*, pág. 478.

(37) Así, CHIOVENDA, *Principios...*, *ob. cit.*, tomo II, pág. 813 y ss., apunta que en los procesos sobre estado viene limitada la aplicación del principio dispositivo, y que, como consecuencia de ello, la eficacia de la confesión judicial no vincula en todos los casos, así, no vinculará la confesión del motivo de separación, mientras que la confesión sobre elementos que favorezcan la supervivencia del matrimonio, reconocimiento de hijos, etc., sí tienen eficacia.

En el mismo sentido, y en relación con el derecho alemán, LEIBLE, *Proceso civil alemán...*, *ob. cit.*, pág. 479, señala que el principio inquisitivo rige únicamente para los hechos favorables al mantenimiento del vínculo matrimonial.

(38) En la sentencia de la AP Madrid de 3 de marzo de 1998 (AC 1998/449), se indica que el derecho a la pensión por desequilibrio económico está afectado por el principio dispositivo, y que ha de entenderse renunciado si no se ejercita de modo expreso, siguiendo la doctrina señalada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de diciembre de 1987 (ED 87/8926).

En la STS de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9430) se declara incongruente una sentencia por pronunciarse sobre el carácter ganancial de ciertos bienes sin haberse solicitado.

ciones patrimoniales de mayores de edad, materia que entendemos exenta del interés social o público que fundamente la desviación de los principios del proceso civil patrimonial, únicamente se puede justificar por la existencia de un interés social en la regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges tras la crisis, que en la actualidad entendemos inexistente⁽³⁹⁾, y que menos aún se da en los procesos que entablen los convivientes.

Consideramos que las cuestiones patrimoniales entre cónyuges y convivientes se encuentran afectadas por el principio dispositivo, por lo que será eficaz la renuncia, desistimiento, transacción y allanamiento que las partes realicen en relación a ellas.

C) Cuestiones relativas a los hijos.

En el tercer grupo de pretensiones, las relativas a los hijos, entendemos que hay que distinguir a efectos de eficacia del principio dispositivo entre cuestiones relativas a menores y cuestiones que afecten a mayores de edad: en relación con las primeras, el juez ha de tener presente la búsqueda del interés del menor, dejándose de lado el principio dispositivo, mientras que cuando éstos son mayores de edad, las relaciones patrimoniales y personales de padres e hijos se rigen por el principio dispositivo.

En relación con las medidas atinentes a los menores de edad, el juez no se encuentra sujeto a ninguna limitación procesal, estando además sometido a la búsqueda del interés del menor. La norma obliga al juez a pronunciarse sobre los menores; el principio de necesidad rige sus efectos, siempre que se haya iniciado el proceso matrimonial, ya que nada impide por otra parte que los cónyuges regulen sus relaciones con los menores privadamente, es decir, de hecho, si bien la eficacia de unos pactos de hecho aportados al tribunal como prueba de la regulación anterior no vinculan al juez, aunque pueden servir como referente para la futura decisión que adopte. Además, los padres no tienen el poder de disposición sobre el derecho material ni procesal, y el juez ha de pronunciarse sobre las medidas en beneficio de los menores aunque ello no le

(39) Sólo se justificaría la intervención judicial en relación con esta cuestión en aquellas situaciones en las que el sistema patrimonial establecido por los cónyuges fuera producido por móviles espurios (por ejemplo, a cambio de la custodia del hijo menor, uno de los cónyuges se obliga a pagar al otro una pensión compensatoria desorbitada), casos en los que entendemos que el cónyuge sometido a la injusticia o desproporción tendría recursos para hacerlo patente y evitar la efectividad de los acuerdos, esto es, ejerciendo una acción de nulidad, o argumentando un enriquecimiento injusto. Entendemos, de acuerdo con SERRA DOMÍNGUEZ, "El objeto del proceso matrimonial...", *ob. cit.*, pág. 57, que el juez no debería pronunciarse sobre el punto de que se trate.

haya sido solicitado por las partes, tal como se indica en la sentencia del TS de 14 de mayo de 1987 ⁽⁴⁰⁾.

Por otra parte, la influencia del principio inquisitivo en las cuestiones sobre menores ha llevado al legislador a establecer un nuevo proceso de familia, llamado “de menores”, donde el objeto consistiría en la determinación de las potestades de guarda y custodia y de la obligación de alimentos para los hijos menores de edad, proceso en el que, por versar sobre cuestiones no disponibles, no surtiría efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, precisándose para el desistimiento la conformidad del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 751.2 de la LEC ⁽⁴¹⁾.

En cuanto a las cuestiones relativas a los hijos mayores de edad, que no tenían relevancia en el proceso de familia con anterioridad al año 1990, en el que se incluyó en el Código Civil la obligación legal de procurar alimentos a estos descendientes, entendemos que si bien en el proceso matrimonial o en el de la ruptura de la pareja de hecho se pueden establecer alimentos para los hijos mayores de edad, ello no implica su emparejamiento a la medida de alimentos para menores de edad a efectos de determinar el régimen aplicable, pues en su determinación no rige el principio de búsqueda del interés del menor ⁽⁴²⁾.

Una vez hecha la distinción entre estos distintos tipos de objeto procesal, se podría entender que dada la diversa sujeción a los principios procesales de las pretensiones, éstas deberían resolverse en distintos procedimientos, sin embargo, al menos en lo relativo al proceso matrimonial, el ordenamiento obliga a la acumulación de las pretensiones.

⁽⁴⁰⁾ La Ley, 87/8189R.

⁽⁴¹⁾ En el mismo artículo, apartado 3, se establece que “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el Capítulo cuarto del Título primero del Libro primero de esta Ley”, donde se preceptúa que es posible disponer del objeto del proceso mientras ello no sea prohibido o limitado por la ley.

⁽⁴²⁾ En la sentencia de la AP Barcelona de 14 de abril de 1998 (ED 98/3909) se distinguen los alimentos a los hijos mayores de los correspondientes a hijos menores en el pleito matrimonial: mientras que la concesión a los hijos menores no lleva aparejado requisito alguno, y se concede de oficio, los alimentos para mayores se justifican si, además de coincidir la petición con la ruptura y probarse la convivencia y la necesidad, se solicitan al juzgado, por no poder otorgarse de oficio, y la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pág. 734, remarca que el Ministerio Fiscal no debe entrar a examinar los pactos sobre alimentos para hijos mayores de edad, ni su lesividad, debiendo hacerlo “sino en tanto en cuanto pueda afectar a las personas cuyos intereses ha elevado el legislador a la categoría de interés público encomendando su defensa al Ministerio Fiscal”.

En nuestro proceso matrimonial es preciso, junto al pronunciamiento principal sobre el vínculo, al menos un pronunciamiento relativo a los hijos menores de edad, regulando su situación de guarda, de patria potestad, así como de alimentos. En lo relativo a estos asuntos, el principio de interés del menor sustituye completamente a los principios tradicionales del proceso civil, encontrándose el juez libre de toda limitación procesal en la búsqueda de dicho interés.

Será preciso entonces que exista una decisión judicial sobre cuestiones que afecten a los menores, tales como el uso de la vivienda familiar y el ajuar, mientras que el pronunciamiento sobre estas cuestiones en caso de no existir hijos menores, así como acerca de la pensión compensatoria o de la liquidación del régimen económico matrimonial, entrará a formar parte del objeto del proceso únicamente si uno de los cónyuges lo introduce, en cuyo caso el juez deberá decidir sobre ellos⁽⁴³⁾, lo cual es similar a lo recogido en el sistema alemán, en el que es necesario que al pronunciamiento principal sobre el vínculo lo acompañen otros sobre las cuestiones derivadas, "Folgesachen", que son las relativas a los menores y a la compensación económica entre cónyuges, mientras que cuestiones como los deberes alimenticios y la disolución del régimen económico matrimonial pueden tratarse en el proceso matrimonial, pero no de forma obligatoria⁽⁴⁴⁾.

(43) En el artículo 90 del Código Civil se recogen los extremos sobre los que debe versar el Convenio regulador, y en sus apartados D) y E) incluye la liquidación del régimen económico y la pensión compensatoria, señalando que su inclusión será eventual, con las expresiones "en su caso" y "cuando proceda". Por otra parte, en los artículos 91 y siguientes, relativos al proceso contencioso, se recoge un diverso grado de necesidad de pronunciamiento dependiendo de la naturaleza de la medida, siendo la de pensión compensatoria o de liquidación del régimen económico matrimonial de menor importancia.

Por otra parte, en el artículo 90 del Código Civil se indica la posibilidad de determinar en ejecución de sentencia las medidas patrimoniales, lo que hace patente la disponibilidad de estas pretensiones.

(44) Señala SCHWAB, "Droit de la famille et jurisdiction en Allemagne", en *Familles et Justice*; (Meulders-Klein dir.), París, 1997, pág. 109, que la formulación del principio de vinculación entre el divorcio y los efectos del divorcio implica la concepción de la disolución del matrimonio y sus consecuencias como un hecho complejo formante de un todo; los esposos deben recibir a tiempo una imagen de lo que el divorcio significa para ellos, lo que recoge la esperanza del legislador de impedir divorcios irreflexivos.

LEIBLE, *Derecho...*, ob. cit., pág. 485, apunta que la vinculación puede hacerse voluntariamente por los cónyuges, si bien en relación con las medidas relativas a los hijos y la pensión compensatoria puede vincularse de oficio. Como consecuencia de la vinculación, la sentencia recogerá las resoluciones pertinentes, y, si la petición de divorcio es rechazada, las causas consecuentes pierden su objeto. En general, el procedimiento vinculado se rige por las prescripciones que rigen para el procedimiento principal, pero que, cuando las causas consecuentes deban tramitarse por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria, deben aplicarse las prescripciones de ésta modificadas, de acuerdo con el parágrafo 621.1 ZPO.

Consideramos que la necesaria vinculación de la pretensión principal del proceso matrimonial y las cuestiones sobre medidas, es decir, la necesaria obtención junto al pronunciamiento sobre el vínculo matrimonial de otros pronunciamientos sobre efectos o medidas es una manifestación más de la influencia del principio inquisitivo en estos procesos, al impedir que las partes dispongan del planteamiento de las cuestiones derivadas en el mismo procedimiento, si bien se permite que los acuerdos de los cónyuges tengan alguna autoridad.

Entendemos además que, dado que las pretensiones son distintas, de diversa naturaleza, y afectadas por diferentes principios, desestimada la pretensión principal, las restantes pueden requerir soluciones distintas, siempre que no dependan para su existencia del pronunciamiento principal: rechazada la demanda de separación o divorcio, no es posible establecer una pensión compensatoria, que se basa legalmente en el pronunciamiento en ese sentido, al igual que la indemnización al cónyuge de buena fe en el de nulidad; sin embargo, pueden ser dictadas medidas tales como las relativas a la guarda de los hijos o alimentos para éstos incluso aunque los progenitores no lo soliciten, o contribución a las cargas o alimentos para el cónyuge si así se demanda.

Además de las pretensiones principales que puedan conformar un completo objeto del proceso matrimonial, desde la consideración del proceso cautelar o de la tutela provisional, se podría entender que existe un objeto procesal determinado por la pretensión de obtención de una regulación jurídica para un tiempo limitado por la eficacia de la resolución definitiva.

Nos planteamos si estas medidas provisionales tienen carácter facultativo en el proceso de familia, es decir, si su introducción ha de hacerse por alguna de las partes para que el juez pueda pronunciarse sobre ellas, y si su régimen se encuentra afectado por el principio dispositivo.

La pretensión de medidas provisionales estaría a su vez formada por la suma de una serie de efectos regulados en el artículo 102 del CC (efectos) y de pretensiones de contenido patrimonial, otras de contenido personal y otras medidas que afecten a los hijos menores, que se regirán por unos principios procesales diversos, análogamente a las pretensiones principales, a las que sirven en una relación de instrumentalidad, si bien en esta relación guardan cierta autonomía, como señala GIMENO⁽⁴⁵⁾.

Respecto de las medidas del artículo 102, llamadas “efectos”, es claro que su inclusión en el proceso de familia es automática —siempre que a la presenta-

(45) GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Madrid, 2001, pág. 132, se refiere a la pretensión cautelar, instrumental de otra principal declarativa, constitutiva o de condena, que mantiene cierta autonomía, pues los requisitos materiales para una y otra pretensión no coinciden, pueden incluso adoptarse sin contradicción y se agotan con la adopción de la medida cautelar.

ción de la demanda de divorcio o nulidad no haya precedido una de separación, caso en el que los efectos ya se habrán producido con anterioridad⁽⁴⁶⁾—, y que la voluntad de las partes no influye directamente en su producción, mientras que respecto al resto de las medidas habrá de distinguirse aquellas relativas a los menores, en los que la desvinculación del principio dispositivo es patente, del resto de medidas, cuya incorporación al proceso dependerá de la demanda de los cónyuges⁽⁴⁷⁾, además de que no concurra una regulación definitiva sobre la misma cuestión: las medidas provisionales se otorgan cuando existen unas determinadas circunstancias de necesidad, lo que impide su concesión cuando existiere una regulación anterior definitiva, por lo que no se puede afirmar que su inclusión como parte del objeto del proceso sea preceptiva salvo que no exista una regulación definitiva anterior y hubiera menores que pudieran verse afectados por los efectos del proceso de familia.

Así, entendemos es absolutamente necesaria la adopción de medidas provisionales en caso de existir hijos menores, mientras que, de no haberlos, fuera de los efectos producidos automáticamente al presentarse la demanda, la vinculación entre medidas provisionales y proceso no se manifiesta, pese a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil (*“admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes...”*), que apuntaría a un necesario otorgamiento de las medidas.

IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

En la práctica pueden observarse desde el plano normativo o jurisprudencial cuatro grados de protección jurídica a la familia, dependiendo de su naturaleza; así, el primer grado o de máxima protección correspondería a las familias

Un ejemplo de la independencia de la pretensión cautelar respecto de la principal la apunta el contenido del auto de la AP de Zaragoza de 14 de diciembre de 1995, AC 1995/2337, donde se indica que la suspensión del procedimiento principal no conlleva la de las medidas provisionales, y que es necesario para ello una petición específica de las partes.

(46) Para esta circunstancia, en el art. 775 de la LEC se prevé la posibilidad de que las partes soliciten en la demanda o contestación la modificación provisional de las medidas concedidas en un pleito anterior.

(47) SERRA DOMÍNGUEZ, “El objeto del proceso matrimonial...”, *ob. cit.*, pág. 55, afirma que la formulación de las medidas provisionales es facultativa, mas entendemos que ello es así sólo respecto de las medidas que no afecten a los menores de edad y siempre que no exista regulación definitiva anterior de las medidas, caso en el que únicamente procedería la modificación de éstas.

de carácter matrimonial; el segundo, a aquellas de origen no matrimonial con hijos, esto es, familias monoparentales y familias paramatrimoniales; en un tercer grado, a las parejas de hecho heterosexuales, y en un cuarto grado, a las parejas de hecho homosexuales.

Parece que la protección de estos núcleos familiares tiene su razón de ser en el diverso grado de interés público en la protección de dichos grupos, además de la tradición de determinadas formas familiares, como las que tienen su origen en el matrimonio, por ser la base de la sociedad, tanto en su aspecto económico como social ⁽⁴⁸⁾.

El interés público consistía fundamentalmente en la perpetuación de la especie y de la sociedad, tradicionalmente considerada viable sólo o esencialmente a través del matrimonio. La característica de la matrimonialidad ha ido protagonizando la institución familiar, llegando a un punto en el que los términos familia y familia matrimonial han llegado a ser lo mismo ⁽⁴⁹⁾, aunque la evolución social de los últimos decenios ha supuesto un apartamiento del sistema usual de familia matrimonial, patente en la proliferación de descendientes no matrimoniales.

(48) Además de ser el núcleo social en el que se reproducen físicamente los individuos, o el régimen básico de organización de la economía, la familia es el foco principal de educación de los individuos en sociedad, donde se inculcan los valores y se regenera el tejido social cada generación. Problemas actuales de gran relevancia en tanto que producen gran impacto al ciudadano, como señala IGLESIAS DE USSEL, *Informe sociológico sobre la situación social en España*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 536 y 543, tales como pueden ser la violencia urbana, la delincuencia juvenil o la difusión de las toxicomanías, se asocian cada vez más con el funcionamiento del grupo familiar. Toda jerarquía axiológica tiene en última instancia su origen en la educación familiar, según indica el mismo autor, y, tal como apuntó DURKHEIM, la familia constituye el mejor antídoto para la anomía y la desorganización social.

Señala IGLESIAS DE USSEL, "La protección de la familia en España", en *Papeles de economía española*, 1998, n.º 77, pág. 224 a 226, que la protección social a la familia puede justificarse apelando a múltiples razones, entre ellas, el alto valor que tiene entre los ciudadanos, la relevancia instrumental de la familia como trama de solidaridades, sobre todo en el contexto de la crisis económica y de empleo, difícilmente sustituible por el Estado como prestadora de servicios a menores, ancianos, parados, enfermos crónicos, minusválidos o drogadictos... Se la ha llegado a calificar como agente y colaborador del Estado en la consolidación del bienestar social. En este sentido, señala que el Consejo de Ministros responsables de Asuntos Familiares de la Unión Europea reconoció en su reunión de 29 de septiembre de 1989 la importancia de la protección familiar, legitimada en el reconocimiento de hechos objetivos y, no tanto, en bases ideológicas.

(49) SANZ MARTÍN, "La familia, su naturaleza y finalidad", *Actualidad civil*, n.º 19, 6-12 mayo de 1996, pág. 416, indica que el concepto de familia actual se articula bien sobre el matrimonio bien sobre el parentesco procedente del matrimonio.

Dicho interés público justifica la extensión de éste a los procesos de familia en general, en los que su presencia, como hemos señalado, provoca una configuración autónoma de los principios y elementos del proceso civil patrimonial, dispositivo por naturaleza, y sitúa a estos procesos en una zona intermedia entre los procesos dispositivos y los inquisitivos.

Sin embargo, la inaplicabilidad de los principios del proceso civil dispositivo sólo debe producirse en relación con aquellas pretensiones sobre las que el interés público sea patente y se haya determinado expresamente. Éste es el caso de las pretensiones sobre el vínculo matrimonial y de las referidas a descendientes menores de edad, como señala VEGA SALA⁽⁵⁰⁾, por lo que solamente las circunstancias relacionadas con la pretensión principal y con las relativas a menores deberían ser afectadas por el principio inquisitivo⁽⁵¹⁾.

La materia del derecho de familia debe encuadrarse en el derecho privado, porque constituye la disciplina de las relaciones entre particulares en posición paritaria. AULETTA considera que ya no es actual la tesis con origen en los años cuarenta que afirmaba que en esta materia existían connotaciones publicistas: por ser célula fundamental del Estado y por la naturaleza superior de los intereses en juego se justificaba una penetrante injerencia del Estado en las relaciones familiares, tesis que era la visión de la familia propuesta por un particular régimen político: el fascista, lo que no impide que el Estado tenga la competencia de procurar las condiciones necesarias para favorecer el nacimien-

⁽⁵⁰⁾ Es por ello que considera que el interés público sólo puede proyectarse sobre lo accesorio en el proceso matrimonial, siendo lo principal el pronunciamiento sobre nulidad, separación o divorcio, y lo accesorio las medidas, que afectarán, en el caso de haber hijos, a éstos. Señala además que en la familia hay dos tipos de relaciones, las horizontales, entre los cónyuges, y las verticales, entre los cónyuges y los descendientes, sujetas únicamente estas últimas al orden público. VEGA SALA, "Matrimonio: procesos de nulidad, separación y divorcio", en *Los procesos en los Juzgados de familia*, Barcelona, 1993, pág. 18, consideración con la que no coincidimos, ya que la pretensión principal está afectada por el principio inquisitivo, puesto que salvo en notas dispositivas como la eficacia de la renuncia o del desistimiento, o el deber de congruencia, no existe poder de disposición de las partes; ya hemos indicado que el proceso es obligado, que no tiene eficacia el allanamiento o la transacción, etc.

⁽⁵¹⁾ ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, Tomo I, *Proceso civil*, Madrid, 1996, vol. II, pág. 516, apunta que "La tesis publicadora del Derecho de familia, que se asienta entre otras razones sobre el estado civil, las acciones de estado y la naturaleza informativa de las normas de derecho de familia, tiene que ser revisada y conducida a sus justos límites. La libertad negocial y la autonomía existen también en Derecho de familia, aunque sea mucho más amplia con referencia a las cuestiones patrimoniales que a las personales".

to y desarrollo de las relaciones familiares, así como de la protección de los derechos que de éstas surgen ⁽⁵²⁾.

En este sentido, no es de ignorar la tendencia a reubicar las relaciones familiares en el ámbito privado, de forma que sean las partes las que reorganicen sus relaciones durante y tras la crisis matrimonial ⁽⁵³⁾. Se ha de destacar la influencia creciente de la mediación como medio de resolución de los conflictos familiares, de beneficiosos resultados tanto en la esfera procesal, en la que

⁽⁵²⁾ AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Turín, 1997, pág. 6 y 7.

CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, Saint Paul (Minnesota, EE.UU.), 1988, pág. V, apunta la evolución del derecho de familia en los diferentes Estados de EE.UU., observando una tendencia a otorgar mayor poder de disposición a los cónyuges en lo relativo a sus relaciones.

ALMAGRO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 518, considera que "un examen atento de la normativa nos conduce a la conclusión de que, con independencia de que la normativa vigente concede al Juez amplios poderes, los procesos matrimoniales no tienen en todas sus vertientes carácter inquisitivo, y en las últimas modificaciones legislativas y sobre todo en la práctica judicial se tiende a conceder una amplia libertad a los cónyuges en materia matrimonial, no sólo a través del convenio regulador sino incluso en la posibilidad de separación convencional".

⁽⁵³⁾ El poder de disposición de los cónyuges en la concreción de las medidas con anterioridad a la separación o al mismo matrimonio se encuentra muy limitada en nuestro ordenamiento; al contrario que en derechos como el estadounidense, los pactos prematrimoniales no tienen validez en nuestro ordenamiento, fuera de las disposiciones que se puedan adoptar en lo relativo al régimen económico matrimonial en capitulaciones, mas quizá sería positivo la introducción de cierta eficacia de dichos acuerdos, al menos en el orden económico. En nuestro sistema matrimonial, existe un régimen matrimonial primario del que se deriva el derecho a la pensión compensatoria, independientemente del régimen económico matrimonial al que se sometan, al que ni tan siquiera las convenciones pueden contradecir; el principio de interés del menor impide la vinculación de las medidas adoptadas por los progenitores que les puedan afectar, en ningún momento. En cuanto a las medidas de contenido patrimonial, el principio de necesidad imperante respecto a la determinación de la separación, nulidad o divorcio y su vinculación legal a los efectos de la crisis matrimonial impedirían la regulación de dichos efectos privadamente, a salvo la posibilidad de acordar, una vez iniciado el proceso, aquellos efectos patrimoniales que no tengan relevancia respecto a los hijos menores. En este sentido, los pactos de separación de hecho no son vinculantes una vez iniciado un proceso de nulidad, separación o divorcio. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997 (ED 97/2156) se indica que el acuerdo entre las partes sobre adjudicación de bienes es un negocio jurídico de derecho de familia, y que su efectividad como convenio regulador requiere aprobación judicial, y en la sentencia de la AP Barcelona de 27 de mayo de 1993, siguiendo la doctrina de la sentencia de la misma Audiencia de 9 de abril de 1990, se atribuyó a un convenio regulador no aprobado judicialmente valor únicamente probatorio. TORRERO MUÑOZ, *Las crisis familiares en la jurisprudencia: criterios para una mediación familiar*, Valencia, 1999, pág. 88.

acorta trámites, como en la personal, ya que el enfrentamiento es menor y los resultados no son impuestos⁽⁵⁴⁾.

Por otra parte, como consecuencia del interés público en la protección de los derechos surgidos en las relaciones familiares, la protección habrá de extenderse a los derechos familiares con origen en vínculos no matrimoniales, no olvidando la regulación procesal de la crisis de la familia de hecho.

En los Estados Unidos, a partir de la década de los años sesenta, la tendencia a conceder a los ciudadanos poder de control sobre sus relaciones personales se ha incrementado, lo cual es de fácil apreciación en lo relativo a los acuerdos antenuptiales. Con anterioridad al caso Posner versus Posner, los acuerdos antenuptiales que regularan alimentos o el pago de una cantidad al cónyuge en caso de divorcio eran inválidos, y sólo tenían valor probatorio, sin fuerza vinculante para la corte, y dicha invalidez tenía su origen en la inmoralidad de unos pactos que incitaban al divorcio [Moats v. Moats, 168 Colo.12D, 45D P.2d 64 (1969); Krejci v. Krejci, 191 Neb. 698, 217 N.W. 2d 470 (1974)]. El citado caso Posner v. Posner (233 So.2d 381 Florida 1970) fue el inicio de una corriente permisiva de este tipo de acuerdos; la corte consideró en este caso que el Estado había atenuado su posición al divorcio, con el efecto de permitir acuerdos prematrimoniales que incluyeran compensaciones al cónyuge y regulación de los derechos de propiedad tras el divorcio, que se fue extendiendo a otros Estados, si bien en algunos de ellos, en sus estatutos, se excluye la validez de los acuerdos que releven del deber de mantener. En resumen, para que un acuerdo antenuptial fuese válido debería ser honesto, basado en un conocimiento completo de los recursos económicos de los contratantes, y que previera una adecuada provisión en vista de las necesidades de éstos, tanto en el momento de realizarse el acuerdo como en el futuro, y no podría versar sobre cuestiones establecidas por la ley que no puedan ser modificadas (sería inválido un acuerdo que incluyera la obligación de divorciarse, o la de no divorciarse, o que regulara las relaciones sexuales, o que impidiera que los hijos de alguno de los cónyuges convivieran con éstos...). CLARK, *The law of domestic...*, ob. cit., págs. 1 a 17.

En Alemania es posible excluir expresamente en las capitulaciones matrimoniales la pensión compensatoria, mas es inválido si en el plazo de un año desde la celebración se interpone demanda de divorcio, de acuerdo con lo contenido en el artículo 1408.2 del BGB. Esta limitación indica claramente que la voluntad del legislador es conceder eficacia a la voluntad de los cónyuges en este sentido siempre que la voluntad excluyente no esté relacionada con una crisis matrimonial latente.

La jurisprudencia italiana no admite acuerdos sobre efectos patrimoniales y personales de un eventual divorcio, porque ello podría incidir sobre el ejercicio de un derecho indisponible, o comportar una renuncia parcial a derechos patrimoniales, y el convenio regulador en la separación consensual precisará para su validez de su acompañamiento por el decreto de homologación judicial. AULETTA, *Il diritto...*, ob. cit., pág. 231 y 232, y FORTINO, *Diritto di famiglia: I valore, i principi, le regole*, Milán, 1997, pág. 311.

⁽⁵⁴⁾ TORRERO MUÑOZ, *Las crisis familiares...*, ob. cit., pág. 22. Indica además (págs. 23 y 24) que la recomendación n.º R 1 (98) sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de los Estados miembros el 21 de enero de 1998, favorece la implantación de este mecanismo de resolución de conflictos, facilitando la separación, disminuyendo los efectos negativos de la separación y el divorcio y reduciendo los costes económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para el Estado y la familia.

V. INSUFICIENCIA NORMATIVA Y DISCRECIONALIDAD

Ya nos hemos referido al interés público existente en la protección de la familia, que sin embargo únicamente se ha instrumentalizado a través de la concreta regulación de los procesos afectantes a la institución matrimonial, que si bien es la de mayor relevancia social, no es la única realidad familiar digna de atención.

Mientras que la crisis matrimonial se encuentra regulada, la de otras formas familiares similares, como la de la unión de hecho, es inexistente en nuestro sistema jurídico, debiéndose acudir a analogías procedimentales con los procesos matrimoniales o a la forma procesal del juicio ordinario, concebido como un proceso de carácter patrimonial, que es preciso adaptar a la materia familiar, apartada en cuanto a los principios procesales de los que rigen aquéllos.

Una de las consecuencias de la insuficiente regulación de los procesos matrimoniales y sobre todo, en un sentido más amplio, de los “procesos de familia”, categoría que no se emplea de forma generalizada ni jurisprudencial ni doctrinalmente⁽⁵⁵⁾, es el incremento de la discrecionalidad del juez, que marcará los caracteres del proceso que se siga, pero generando una grave inseguridad jurídica para las partes, porque el hecho de que la materia familiar quede afectada por un interés público no puede suponer la completa inseguridad de los integrantes de la familia en crisis, en concreto de los progenitores, y la aplicación del principio del interés del menor a todos los elementos del proceso de familia.

La discrecionalidad legal se fundamentaría en la facultad de una persona para adoptar una decisión, teniendo elección entre varias posibles, conferida bien explícitamente por el legislador, bien asumida autónomamente por el decisor, o como una característica más de la toma de decisión. Un sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad en las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener resoluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del juez a cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información disponible, lo que puede llevar a retrasos y maniobras entre las

⁽⁵⁵⁾ Por el contrario, véase de la autora *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Valencia, 2002, 367 págs.

partes para obtener información⁽⁵⁶⁾, lo que colapsa el sistema de tribunales y hace más difícil a las partes llegar a un acuerdo⁽⁵⁷⁾.

Otra de las cuestiones problemáticas es la de la estandarización de los pronunciamientos judiciales, tendentes a favorecer a las madres, y la inseguridad ante la que se enfrentan las partes sobre los límites de las medidas de contenido económico, dada la falta de pautas para su determinación⁽⁵⁸⁾.

De acuerdo con lo señalado en el estudio de ROCA TRIAS, la aplicación de la Ley del Divorcio ha resultado ser, en lo relativo a gran número de pronunciamientos, “perversa”, por estar afectada de prejuicios y argumentos sociales, favoreciendo cualitativamente a la mujer⁽⁵⁹⁾. La normativa aplicable

(56) Como señalan COOTER y ULEN, *Law and...*, *ob. cit.*, pág. 357, en relación con la “bargaining theory”, el optimismo produce litigio.

(57) DEWARD, “Reducing Discretion in Family Law”, en *The changing family*, Oxford, 1998, pág. 240 y ss. Políticamente, el motivo de estos cambios normativos sería reducir costes asociados a la ruptura de la familia: los costes asociados a la ruptura familiar son tanto internos como externos, y a cargo tanto del Estado como de las partes. Los costes internos serían los pagados por el Estado para que las disputas sean resueltas: mantenimiento de los tribunales, o, indirectamente, la ayuda legal para los litigantes, y los costes externos los que asume el Estado de bienestar en forma de ayudas para los afectados por una ruptura familiar. Una estructura basada en una regulación mayor haría los casos más fáciles de resolver, y así reduciría costes internos; una medida más regulada y formularia, por ejemplo, relativa al menor, contribuiría a reducir los costes externos de la ruptura familiar en el Estado de bienestar (pág. 231).

(58) Remarcamos, tal como hace PASTOR VINARDELL, “El llamado ‘criterio standard’ en las separaciones matrimoniales contenciosas: Del sistema causal del Código al repudio libre del cónyuge varón”, *La Ley*, 1987, vol. 3, págs. 869 a 873, la importancia en la práctica de la aplicación del llamado “criterio standard” en las separaciones matrimoniales contenciosas: este criterio, de aplicación minoritaria en las Audiencias, algo más extendida en los Juzgados de Primera instancia y dominante en muchos Juzgados de Familia, supone estimar siempre y por principio las demandas de separación presentadas, se pruebe o no lo alegado, otorgándose la guarda y custodia de los hijos menores a la madre (salvo que en ella concurriese causa grave que pudiese perjudicarlos) y, por consiguiente, el uso del hogar familiar, así como el derecho a percibir alimentos y la pensión compensatoria, en su caso. Este criterio judicial se presta a su utilización estratégica por la mujer, constituye una instrumentalización por parte de una de las partes del proceso y del juez, y conduce a una situación de hecho que es tanto como el repudio libre del cónyuge varón sin concurrencia de causa legal.

(59) Señala como argumentos utilizados para la motivación de las decisiones que la adjudicación a la mujer de la vivienda o del derecho de guarda de los menores depende de la actuación del “argumento de la parte débil”, que sería el que legitima al juez para conceder la protección al cónyuge en la posición más débil, y que habitualmente se corresponde con la de la mujer, o del de la importancia de los cuidados maternos para los descendientes más

sigue estando diseñada para situaciones de ruptura de familias tradicionales, propiciando la discriminación del hombre en favor de la mujer, patente también en la práctica, y en documentos como la circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986⁽⁶⁰⁾.

Las protestas en relación con las insuficiencias materiales de la normativa actual son patentes: los padres separados y divorciados se quejan de la discriminación que sufren; las mujeres maltratadas de la insuficiente protección que se les brinda; los padres titulares de la guarda de los menores del impago de pensiones, y los beneficiarios del derecho de visitas, de que les impidan relacionarse con sus hijos.

En cuanto a los defectos en el procedimiento, son tan graves que se intentan salvar con regulaciones paralelas en el mejor de los casos, claramente inadecuadas para determinar los procesos por carecer de validez legal, y que sirven para hacer patente la insuficiencia normativa que existe en este ámbito.

Así, desde 1986 en Madrid se realizan acuerdos entre jueces y abogados de familia en los que se determinan elementos tan importantes como el ámbito de aplicación de la ley (aplicabilidad de la normativa procesal matrimonial a los casos de parejas no unidas por vínculo matrimonial); procedencia de las medidas provisionales (limitación a casos de urgencia); procedimiento a seguir en medidas provisionales; reclamaciones susceptibles de recurso, o el

pequeños. ROCA TRIAS, "Los criterios judiciales en la aplicación de la 'Ley del divorcio'", en *Los Procesos en los Juzgados de Familia*, Barcelona, 1993, págs. 48 y 52. Señala la misma autora como casos excepcionales aquellos en los que se conceda la guarda al padre (*ibidem*, pág. 53), y que en éstos, por el contrario, la motivación de la resolución en dicho punto es mucho más extensa y profunda que en los casos habituales de otorgamiento a la madre, y que esta actitud hace considerar a la decisión como adoptada "no tanto a través de criterios estereotipados, sino en razón del claro beneficio del menor". *Ibidem*, pág. 54. En cuanto a la atribución de la pensión compensatoria a la mujer, indica que en muchos casos se justifica en un razonamiento sexista del órgano decisor, en realidad injustificable, y que supone la defensa de la "profesionalización del matrimonio" por parte de la mujer. *Ibidem*, pág. 61.

(60) En dicha Circular se indica que para determinar la guarda de los menores habrá de seguirse el criterio contenido en el artículo 159 del CC, en el que se indica que los hijos e hijas menores de siete años deberán confiarse a la madre, "precepto inspirado en la conveniencia de que los hijos de edad temprana tengan la necesaria asistencia maternal tan precisa para su equilibrio y adecuado desarrollo de la personalidad". Esta referencia discriminatoria del Código Civil fue eliminada en 1990, mas recogemos aquí la reflexión hecha en la Circular por contener en esencia la inclinación de la mayoría de las personas implicadas en la resolución judicial de la crisis matrimonial.

régimen de ejecuciones provisionales, lo cual evidentemente es desproporcionado ⁽⁶¹⁾.

Por su parte, el Ministerio Fiscal también realiza una labor exegética y de integración de lagunas con instrumentos como la aludida Circular 3/1986, de 15 de diciembre, en la que también se intenta resolver la cuestión de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales, y concretamente su participación en los procedimientos de mutuo acuerdo, y los casos en que ha de admitirse el recurso de casación, o la consulta n.º 2/1987, de 2 de abril, sobre intervención del Ministerio Fiscal en procesos derivados de la ruptura de uniones familiares con descendencia ⁽⁶²⁾, y, finalmente, con la Circular 1/2001, de 5 de abril, que aborda estas cuestiones desde un punto de vista más racional y centrado en lo procesal.

En nuestro país, el incremento del número de personas afectadas por la separación o el divorcio y el cambio de mentalidad frente a la institución del divorcio en sí y a sus consecuencias ha venido a dejar patente la insuficiencia de la regulación sobre la separación y el divorcio, sobre todo desde el punto de vista material, una vez promulgada la nueva LEC de 2000.

El interés público que existe en la protección de la familia, sancionado constitucionalmente, ha de derivar en una regulación garantista de los derechos y situaciones de los descendientes menores, así como de los cónyuges y los convivientes, al menos cuando éstos tengan descendientes, superando la situación actual de dejación de su regulación, suplida por pronunciamientos judiciales, limitados en esta función ⁽⁶³⁾.

Ahora bien, la falta de regulación de las cuestiones del proceso de familia, y concretamente matrimonial, provoca que en algunos casos los jueces se arro-

⁽⁶¹⁾ En el futuro, sería conveniente que estas reuniones unificaran criterios de carácter patrimonial, tal como se ha hecho en otros países como Alemania, en relación con la Tabla de Düsseldorf.

⁽⁶²⁾ Indica la propia Fiscalía, a través de la Memoria de 1995, que es preferible apuntar las soluciones procedimentales adecuadas al legislador a *"tratar de paliarlas a través de Instrucciones y Circulares, de obligado cumplimiento para los Fiscales, pero sin otro valor para la jurisdicción que su poder de convicción"*. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1995, pág. 729.

⁽⁶³⁾ En el sistema anterior, en cada Provincia, e incluso en cada Juzgado se aplicaba el procedimiento de diferente manera, dada la falta de mecanismos de unificación, situación que se superará gracias a los que sí contiene la nueva LEC, como el recurso por infracción procesal, el recurso en interés de la ley y la casación.

guen discrecionalidad y justifiquen la resolución en equidad, valorando la prueba de tal forma que se llega a oponer a elementos de prueba objetivos⁽⁶⁴⁾.

En el derecho comparado se observa una corriente legislativa y doctrinal tendente a limitar la discrecionalidad en el derecho de familia, regulando más exhaustivamente la normativa relacionada con éste. Así, DEWARD indica esta tendencia en el derecho de familia de Reino Unido, Escocia, Nueva Zelanda y Australia⁽⁶⁵⁾, y en este sentido en la LEC de 2000 se regulan de forma más exhaustiva los procesos de familia, estableciéndose especialidades probatorias en materia de familia tales como la posibilidad de incorporar en cualquier momento material probatorio sobre estas cuestiones, que el juez pueda decretar de oficio la práctica de la prueba que estime pertinente, y que las normas generales sobre prueba testifical y documental no son aplicables, lo que implicaría que en cuestiones dominadas por el principio dispositivo como la pensión compensatoria o el uso de la vivienda familiar en caso de no existir hijos menores la vinculación al régimen general de prueba sería absoluto (art. 752).

En todo caso, la discrecionalidad judicial sigue siendo muy amplia, posiblemente por la necesidad de dotar al sistema de flexibilidad, lo que no impediría, por otra parte, una mayor comunicación entre Jueces de Familia, equipos psicosociales, Ministerio Fiscal y abogados para establecer cauces alternativos de resolución de conflictos y baremos aproximados para la fijación de cuantías por alimentos a los hijos.

(64) Un hábito extendido es la presunción por parte del juez, a la hora de fijar las cuantías de las pensiones de desequilibrio económico, alimentos o compensatoria, de la existencia de medios económicos superiores a los demostrados por las partes, es decir, la presunción de ocultamiento de bienes, e incluso, para el caso de las modificaciones de medidas, de la adjudicación de la culpa de la incapacidad económica al obligado al pago, con la consecuencia de no disminución de las pensiones correspondientes. Estas prácticas producen una absoluta inseguridad jurídica, y en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1997, núm. 54/1997 (ED 97/2172) vulneraría las limitaciones establecidas en el artículo 3.2 del CC y en la CE, como señala el voto particular realizado por el magistrado señor Mendizábal.

(65) DEWARD, *Reducing...*, *ob. cit.*, pág. 231 y ss., destaca la importancia de la presión ejercida por determinados grupos, entre los que destacarían asociaciones de padres divorciados, que propugnan el reconocimiento de los derechos aparejados a los deberes que por la vía de la resolución discrecional se les suele atribuir. SCHWAB, *Droit de la famille...*, *ob. cit.*, pág. 114, también apunta la influencia de los grupos de padres separados ante el despojo de sus derechos en los procesos matrimoniales, que luchan contra el Scheidungsrecht (la injusticia del divorcio, en vez de Scheidungsrecht, el derecho del divorcio).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, Tomo I, *Proceso civil*, Madrid, 1996, vol. II, 600 págs.

AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Turín, 1997, 391 págs.

BECKER, *The essence of Becker* (Febrero y Schwartz eds.), Stanford U. y Hoover Institution Press, Stanford, 1995, 669 págs.

BORRÁS, "Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial", *Diario Oficial* n.º C 221 de 16 de julio de 1998, 41 págs. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>.

CARPI, "La justice en matière familiale en Italie", en *Familles et Justice*, (Meulders-Klein dir.), París, 1997, 639 págs.

CEREZO ABAD, "El fiscal como defensor del interés social", en *RGLJ*, 1965, T. I, págs. 62 a 96.

CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, vol. II (trad. de la 3.ª ed. italiana por Casais y Santalo), Madrid, 1977, 924 págs.

CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, Saint Paul (Minnesota, EE.UU.), 1988, 1050 págs.

COOTER y ULEN, *Law and economics*, Massachusetts (EE.UU.), 1997, 481 págs.

DEWARD, John, "Reducing Discretion in Family Law", en *The changing family*, Oxford, 1998, 634 págs.

FENECH, *Derecho procesal civil*, Madrid, 2.ª ed., 1986, 607 págs.

FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, 735 págs.

FORTINO, *Diritto di famiglia: I valore, i principi, le regole*, Milán, 1997, 420 págs.

GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 2000, 338 págs.

— *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Madrid, 2001, 606 págs.

GÓMEZ COLOMER, *El nuevo proceso civil: Ley 1/2000* (con Montero, Barona y Montón), Valencia, 2000, 902 págs.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*, Madrid, 8.ª ed., 1979, 445 págs.

IGLESIAS DE USSEL, *Informe sociológico sobre la situación social en España*, vol. I, Madrid, 1994, 1106 págs.

— “La protección de la familia en España”, en *Papeles de economía española*, 1998, n.º 77, págs. 224 a 238.

LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Medellín (Colombia), 1999, 544 págs.

MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*, Cambridge, 1994, 396 págs.

MESTRES TIBAU, “La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, págs. 225 a 233.

MNOOKIN, “Divorce”, www.law.harvard.edu/, 12 págs.

MONTERO AROCA, *Los procesos matrimoniales*, Valencia, 1997, 1107 págs.