



Bienes jurídicos que protege el actual derecho de familia: los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia

Eduardo Sánchez Álvarez

*Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Extracto

Es sabido que el derecho civil comprende académicamente distintas materias dentro de su campo de estudio. En los últimos tiempos, lo referente a los avatares y conflictos que surgen en el ámbito contractual es lo que quizá goza de mayor repercusión en la sociedad (cláusulas abusivas, contratación masiva, derecho bancario, problemática aparejada a los préstamos con garantía real hipotecaria...), reforzado de hecho con la interacción con fuentes jurídicas rectoras nacidas del derecho de la Unión Europea. Sin embargo, hay otra rama del derecho civil que está atravesando unos cambios vertiginosos, que se estiman perfectamente aptos para dotarla de una reconfiguración estructural: el derecho de familia. Hasta tal punto esto es así, que este sector del derecho civil puede estar regulando elementos que poco tienen que ver con la idea de familia que había venido imperando sociológicamente hasta no hace demasiado tiempo. En este trabajo se busca contrastar esta situación no desde un mero plano teórico o dogmático, sino escrutando regulaciones recientes de derecho positivo; y particularmente el elemento más crucial para poder concluir la producción de esa mutación: descubrir los bienes jurídicos que tienden a proteger las normas integrantes del área jurídico-civil que constituye el actual derecho de familia. Para ello, nos servimos en las líneas en que desarrollamos este estudio de las previsiones que se contienen en la Ley 15/2015, de 2 de julio, reguladora de la Jurisdicción Voluntaria, dado que a lo largo de su articulado se contemplan una serie no desdeñable de expedientes que tienen por objeto aspectos insertos en el ámbito del derecho de familia.

Palabras clave: derecho; familia; jurisdicción; voluntaria.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Sánchez Álvarez, E. (2020). Bienes jurídicos que protege el actual derecho de familia: los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia. *Revista CEFLegal*, 233, 5-38.



Family law reflected in the legal assets it protects: new voluntary jurisdiction law

Eduardo Sánchez Álvarez

Abstract

Civil Law includes academically different subjects within its field of study. In recent times, it is perhaps in relation to contractual disputes and conflicts that the greatest impact on society (unfair terms, mass contracting, banking Law, problems associated with mortgage-backed loans), reinforced in fact by the interaction with leading legal sources arising from European Union Law. However, another branch of civil law is undergoing dizzying changes, which are considered perfectly suitable to give it a structural reconfiguration: family law. This sector of civil law may be regulating elements that have little to do with the idea of the family that had prevailed sociologically until not too long ago. This work seeks to contrast this situation not from a theoretical or dogmatic plane, but by scrutinizing recent regulations of positive law; and particularly the most crucial element to be able to conclude the production of this mutation: to discover the legal assets that tend to protect the rules of the civil-legal area that constitutes the current family law. To do this, we serve in these pages of the Law 15/2015, of 2 July, regulating the Voluntary Jurisdiction.

Keywords: law; family; jurisdiction; voluntary.

Citation: Sánchez Álvarez, E. (2020). Bienes jurídicos que protege el actual derecho de familia: los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria en la materia. *Revista CEFLegal*, 233, 5-38.



Sumario

1. Introducción
 2. Concreciones previas: una privatización que deja entrever la disolución de la visión tradicional del derecho de familia
 3. Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia
 - 3.1. La jurisdicción voluntaria como categoría jurídica
 - 3.2. La Ley 15/2015, de 2 de julio. Sucinta mención ubicativa a sus rasgos principales
 - 3.2.1. Principios fundamentales
 - 3.2.2. Una parcial desjudicialización
 - 3.2.3. La introducción de un procedimiento común
 - 3.3. Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia
 - 3.3.1. Dispensa de impedimento matrimonial
 - 3.3.2. Intervención judicial en relación con la patria potestad
 - 3.3.2.1. Intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad
 - 3.3.2.2. Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente
 - 3.3.3. Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales
 4. Valoración de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia. Propulsión de su regulación hacia los principios generales del derecho de familia. En especial, bienes jurídicos que protegen en la actualidad el derecho de familia
 5. Colofón
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En las últimas décadas, resulta innegable que el derecho de familia, en cuanto disciplina jurídica inserta históricamente en el tronco general del derecho civil, ha experimentado unas formidables transformaciones que se han reflejado, por ejemplo, en verdaderas y hondas reformulaciones de los mismos conceptos jurídicos del matrimonio o la filiación¹. Ya no parece que podamos defender en nuestros tiempos un esquema o modelo de familia que se normativice y, acto seguido, sea cogentemente protegido por el derecho. Esa conceptualización de familia unívoca ha quedado atrás, se ha difuminado y pluralizado, y seguramente este camino emprendido no tenga ya retorno².

Correlativamente, en ausencia de este paradigma cerrado y monolítico, el derecho se ocupa actualmente de establecer unas normas que se aplican a lo que materialmente se considera como familia en el sistema jurídico, mas desconexas de ese *prius* que tradicionalmente habíamos venido observando³. Puede haber autores que apelen melancólicamente a esa etapa precedente y su firmeza normativa, pero particularmente estimamos que ello no deja de ser un ejercicio poco práctico e inútil, habida cuenta de que debemos adaptarnos al marco social al que se proyectan las normas, el cual inefablemente ha desbordado y desbaratado esencias historicistas que posiblemente no han de volver⁴. No en vano, como perfectamente deja sentado el artículo 3.1 de nuestro Código Civil (CC), las normas deban ser interpretadas en relación con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

¹ «No cabe duda que este tipo de reformas del Derecho de Familia, que inciden en efectos tan centrales, han repercutido fuertemente en la conformación jurídica de lo que tradicionalmente se entendía por familia en cuanto institución que, por estar fundada sobre el matrimonio y constituir la base de la sociedad política, merecía una protección y un reconocimiento particulares del Estado y del Ordenamiento jurídico. Un debilitamiento de las coordenadas jurídicas en las que funciona el grupo familiar es patente» (Corral Talciani, 1994, pp. 103-104).

² «La vida familiar en España, como en el resto de países de la UE y más en general de todos los países industriales avanzados, se encuentra inmersa en un profundo proceso de cambio que ha sido concebido de distintas formas según sea la tradición sociológica desde la que se argumente [...] como parte de un proceso más general de individualización creciente» (Meil, 2004, p. 421).

³ Con carácter general, Martínez de Aguirre y Aldaz (1996), Díaz-Ambrona Bardají y Hernández Gil, (1999). También, Díez-Picazo Giménez (2012).

⁴ «Si la familia no tiene una identidad y se presenta como una especie de plasma que puede adoptar las más diversas formas, entonces todo puede ser familia. El problema es que si cualquier relación humana puede ser calificada de familia, entonces ninguna lo es específicamente. Si todo es familia, nada es familia» (Corral Talciani, 2016, p. 33).

En nuestra sociedad, las personas crean sus relaciones familiares cada vez desde una mayor libertad, prevaleciendo su voluntad y opciones subjetivas respecto a las transpersonales o grupales, hasta tal punto de que quizás se omite o cuando menos se relega la faz social de la persona humana y se la supedita a la satisfacción individual, sin asunción de responsabilidades colectivas en la arquetípica visión que por muchos siglos se ha venido manteniendo. La familia sigue existiendo con fortaleza –baste recordar cómo su abrigo se ha demostrado una de las principales respuestas de cooperación y asistencia económica y material durante la pavorosa crisis económica iniciada en 2008, y no cabe esperar menos ante el aterrador escenario económico que imperará tras el desastre de la pandemia de la COVID-19, que nos ha sobrecogido, devastado y sorprendido desde marzo de 2020, que parece que dejará a aquella depresión de 2008 en algo infinitamente más pequeño–, también como institución protegida y regulada jurídicamente, pero otra cosa es qué resulta susceptible de ser considerado como familia, ya que parece albergar en sí modelos muy plurales presididos por una creciente *autorregulación*. De ahí que aspectos firmemente anejos al derecho de familia se diluyan o se sustituyan por otros. En realidad, hasta podemos estar presenciando una inversión: como certeramente apunta García Amado (2016, p. 17), «no es que el derecho de familia se aplique a las relaciones familiares, sino que relaciones familiares son aquellas a las que el derecho de familia se aplica».

Acudiendo a nuestra Constitución (CE), en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico español adornada de aplicabilidad directa (cfr. art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ) y, obviamente, cúpula del derecho civil⁵ (que encontrará sus principios fundamentales e instituciones básicas en esa supersede normativa)⁶, comprobamos que dispone en su artículo 39.1 que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»⁷. Nuestra Carta Magna engarza perfectamente con la idea que inicialmente se ha dejado trazada, consagrándola⁸. Extraigamos del precepto relatado un par de aspectos.

⁵ «La Constitución, desde el momento mismo de su entrada en vigor, influyó decisivamente en la dogmática del Derecho privado, en la práctica forense y en la propia jurisprudencia. Esta no es fuente del Derecho, pero complementará el Ordenamiento jurídico, como dice el art. 1.6 del Código Civil, esencialmente en la labor de aplicar e interpretar las fuentes con unidad de criterio. La Sala [...] de lo Civil del Tribunal Supremo ha hecho una constante aplicación de la Constitución, o bien partiendo de ella aunque sin hacer especial mención de la misma, o bien aplicando específicamente normas concretas» (O'Callaghan Muñoz, 2003, pp. 14-15). En fin, resulta una obviedad que nuestro ordenamiento jurídico «se reduce a la unidad en la Constitución» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 4.º).

⁶ *Vid.* Prieto de los Mozos (1998).

⁷ «Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como las Constituciones de Postguerra incluyen artículos protectores del matrimonio y la familia [...]. La protección de la familia debe entenderse a la luz de la experiencia de movimientos totalitarios. En sus posturas más extremas la subordinación al Estado, al Partido o al Pueblo suponía un severo ataque a la realidad familiar» (Serrano Ruiz-Calderón, 2006, p. 371).

⁸ «La familia, en cuanto primer grupo social, también recibe tratamiento constitucional y goza de una protección que, si inicialmente es abstracta (¿modelo de familia?), luego se concreta en los órdenes social, económico y jurídico. Sus particulares instituciones tienen suficiente presencia: el matrimonio, de forma

De un lado, es evidente que la familia erige un concepto jurídico, constitucionalizado además⁹. En una impreterible interpretación sistemática¹⁰ del texto constitucional (arts. 9.2, 10.1, 14, 32...), es inevitable observar que el impacto de la irrupción de la CE conlleva la necesidad de una adaptación del derecho de familia armónica a sus prevenciones, por pura jerarquía¹¹.

De otro, se comprueba que la CE no alberga un paradigma cerrado de familia¹² ni de su regulación jurídica¹³. Protege a ese concepto pero no le dota de un esquema o guion concreto, lo que nos permite colegir que remite al legislador ordinario, desde su volición, y siempre y cuando no se pugne con otros principios e intereses constitucionalmente abrigados –infra–, cuál y cómo haya de ser en particular esa familia a la que se deba cuidar. Parece indiscutible, pues, que no quepa cuestionar que dentro del concepto hallen acomodo dispares posibilidades.

abierta pero siempre con la atribución del *ius conubii* [...] a favor del hombre y la mujer (¿heterosexualidad constitucional?), la plena igualdad entre los cónyuges y la reserva legal en orden a los requisitos para su constitución, vida y extinción; la filiación, protegiendo el derecho al conocimiento del origen (investigación de la paternidad) y la igualdad de todos los hijos ante la ley con independencia de su filiación. La potestad paterna (patria potestad) viene cifrada en la afirmación de los deberes de los padres y la asistencia de todo orden que los hijos tienen derecho a recibir, además de la genérica protección a favor de los niños conforme a los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» (Arce y Flórez-Valdés, 2005, p. 76).

⁹ De hecho, «la existencia de una serie de normas como la igualdad de todos los españoles ante la ley y la no discriminación por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección de los niños, la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, la obligación de los padres de asistir a los hijos dentro o fuera del matrimonio durante la minoría de edad y aun con posterioridad, la protección de las madres con independencia de su condición civil, la protección de los ciudadanos durante la tercera edad con independencia de las obligaciones familiares, ha dado una nueva dimensión a lo que hoy en día pueda considerarse por familia» (Arroyo Moreno, 16 de junio de 2014).

¹⁰ Con reiteración ha subrayado nuestro Tribunal Constitucional «la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución –STC 179/1994, de 16 de junio, (NFJ003394)– pues esta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática –STC 5/1983, de 4 de febrero– STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5.º (NFJ013560).

¹¹ En detalle, Tenorio Sánchez (2012).

¹² «El concepto de familia que se emplea en el art. 39.1.º CE se refiere a la nacida de la unión matrimonial [...]. Eso no significa que únicamente este tipo de familia quede protegido por el artículo en cuestión, ni que deba hacerse una diferenciación entre la familia matrimonial y la no matrimonial» (Arroyo Moreno, 16 de junio de 2014). En este sentido, cfr. STC 47/1993, de 8 de febrero.

¹³ «Nada novedoso descubrimos si decimos que la expresión "familia" es polisémica y puede adquirir diversos significados según el contexto en el cual se utilice en alguna forma de comunicación. El Diccionario de la Real Academia Española menciona hasta diez posibles acepciones [...]. El ordenamiento jurídico puede querer regular una relación con diversos propósitos, de modo que también utilice el concepto de familia de diversos modos» (Corral Talciani, 2016, p. 22).

2. Concreciones previas: una privatización que deja entrever la disolución de la visión tradicional del derecho de familia

El primordial aspecto que ante todo parece impulsar ese proceso reformulatorio, en cuanto a sus principios inspiradores atañe, es que se halla presidido por una briosa *privatización*, es decir, una suerte de *huida* de las normas de *ius cogens* de este ámbito material –reflejo de su transcendencia social y correlativo interés público que rebasa a las personas que la conforman–, siendo reemplazadas por la autonomía de la voluntad, el pacto, la disposición sobre los elementos que rigen este sector¹⁴. De otro modo, se comprueba una pérdida de la consideración de las normas de derecho de familia integradas en el orden público, mutando en una palpable *contractualización*¹⁵, tan acorde a unos imperativos sociológicos distantes de los que insuflaban los usos sociales hace no tanto tiempo –*infra*–¹⁶. En una aparente pugna entre la autonomía de la voluntad y la concepción del orden público familiar, el primer contendiente parece ir ganando ventaja. Así, la familia tiene origen en uniones de hecho, con independencia de la orientación sexual de sus miembros; el matrimonio, no perentoriamente heterosexual, es disoluble a voluntad no causal de cualquiera de los cónyuges¹⁷; la filiación no queda acotada al hecho biológico de la procreación o incluso se pretende extender hasta la denominada subrogación de la maternidad...

¹⁴ «Las transformaciones del Derecho de Familia han producido un retiro de la normativa jurídica de las relaciones de familia, de manera que puede hablarse de un fenómeno de progresiva desregulación o desjuridificación de esta disciplina. En un sentido coincidente se habla de una contractualización o privatización del Derecho de Familia, ya que este dejaría un ámbito cada vez más amplio para que sean los mismos individuos los que autorregulen sus relaciones familiares, de modo que la autonomía privada sea la fuente primaria de los derechos subjetivos que surjan para las partes [...]. Esta desregulación conlleva una privatización del Derecho de Familia, en el sentido de que se pierde el significado público de la familia y de sus roles institucionales o sociales. Todo lo referido a ella pasa a ser integrado en la esfera de la privacidad o intimidad de las personas, donde el Estado no tiene facultades para intervenir mediante reglas de Derecho imperativo» (Corral Talciani, 2016, pp. 29-30).

¹⁵ «Ha cambiado la familia, han cambiado las ideas sobre la familia, han cambiado las leyes sobre la familia (pero no necesariamente por ese orden) [...]. Lo que podríamos denominar la subjetivización del matrimonio y la familia [...] dejan progresivamente de ser contemplados como una realidad natural de carácter objetivo, cuyos contenido, significado y reglamentación vienen dados, en sus aspectos más esenciales o nucleares, al ser humano y a la sociedad por la propia naturaleza humana [...] y quedan también progresivamente sometidos a la voluntad humana, tanto individual como social (estatal) que puede darles la configuración, contenido, significado y reglamentación que estime más conveniente» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2005, pp. 481-842).

¹⁶ De ahí que la realidad contemporánea parezca cuestionar abiertamente la afirmación de que «si bien es cierto que el Derecho sustantivo de familia tiene una parte de Derecho Privado, que es el Derecho patrimonial de familia [...] prevalece el interés público, el interés social, sobre el personal» (Álvarez Torres y Martínez Montenegro, 2013, p. 46).

¹⁷ «La introducción del divorcio [...] hizo desaparecer la nota de indisolubilidad, y la reforma [...] operada en 2005 llega a hacer difícil que se pueda hablar realmente de unión jurídicamente estable y comprometida [...]. Queda [...] del concepto de matrimonio [...] la unión de dos personas dirigida a la mutua ayuda de

Parece evidente que concurren por estos lares una serie de vectores, pendiendo ver cuál es el dominante: vaciamiento de instituciones tradicionales, pero que no se ve relleno o sustituido por nuevos perfiles institucionales rígidos, sólidos, sino por una amalgama de posicionamientos y valores dispares que, sin embargo, se acogen dentro de esas categorías tradicionales, cada vez más formales o meras carcasas huecas y esqueléticas respecto a lo que hasta hace unos años traían consigo¹⁸.

La apreciación de esta circunstancia puede dejar entrever, a modo de cualificado indicio, una consecuencia de mucho mayor calado. Si el derecho de familia ha contado con fortaleza y consistencia propia anexa a la pujanza de un unificado y normativizado modelo familiar reciamente anclado a una tradición eminentemente iusnaturalista –preexistente, prejurídica, inmutable, reconocida mas no creada por el derecho– y con indudable apoyo religioso, que sin embargo ha quedado superado y transformado por una multiplicidad de esquemas familiares, ¿acaso no es razonable plantearse que el propio concepto de derecho de familia deba seguir ese itinerario y sufrir un desgaste con potencial efecto disolutorio? Valoremos que los vínculos biológicos no son determinantes para la aplicación de estas normas; la inexistencia de alguna clase de constitutiva formalidad jurídica tampoco

ambas [...]. Cabría pensar que estamos ante un peculiar fenómeno asociativo o societario [...] que se obligan a vivir juntas, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente, compartir las tareas domésticas y el cuidado de las personas dependientes a su cargo [...], respetarse, ayudarse y obrar en interés de la familia [...]. Hay matrimonio si los cónyuges asumen todo ese contenido [...] y no lo hay si no lo asumen [...]. No aparece la afectividad [...]. Hay que entender que los deberes conyugales son indisponibles por los cónyuges, aunque estos sí pueden, de común acuerdo, concretar o modular su contenido, siempre que esa modulación no afecte al contenido esencial del deber de que se trate [...]. Los deberes conyugales, con la única excepción del deber de socorro en su vertiente patrimonial –reténgase– carecen prácticamente de relevancia jurídica, ya que su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica [...]. De ahí que se tienda a calificar dichos deberes, crecientemente, como deberes de naturaleza exclusivamente ética, moral o social, pero no como obligaciones estrictamente jurídicas [...]. Los deberes conyugales son directamente incoercibles [...] y no cabe solicitar su cumplimiento forzoso [...] y cuya misma subsistencia depende exclusivamente de la voluntad del obligado [...] quienes pueden provocar su desaparición en cualquier momento, y por su sola voluntad, mediante el recurso al divorcio. A partir de ahí cabría concluir que el matrimonio civil es la unión entre dos personas con intención –de cumplir los referidos deberes de los arts. 67-69 CC– durante tres meses, y a partir de ahí quieran hacerlo» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2007, pp. 20-39). Démonos cuenta, en realidad, de cómo al matrimonio se le aparejan características propias de las uniones de hecho, y no a la inversa: tal sucede con su consustancial disolubilidad, observable ahora inequívocamente fundida al matrimonio.

¹⁸ «El Estado –la sociedad– carece [...] de un conjunto de ideas y valores definidos respecto al modo como los individuos deben organizar sus relaciones sexuales, matrimoniales o familiares: tal cosa queda relegada a la condición de cuestión privada, que concierne únicamente a los individuos afectados y pertenece a la esfera de su intimidad personal [...]. Pasan a ser considerados asuntos estrictamente privados, respecto a los que el Derecho tiene bien poco que decir. Y no solo privados, sino comprendidos en el derecho (fundamental) a la intimidad personal y familiar, en el que el Derecho no podría entrar» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2005. p. 484). Así pues, el Derecho tiende a consagrar, básicamente, ciertos rasgos de sustrato ético o moral orientados a reforzar o sustentar en realidad derechos subjetivos que la sociedad entiende relevantes, sirviéndose del recipiente de la familia.

implica la exclusión de su aplicabilidad; el no concurso de afectos o convivencias operan de igual forma no excluyente... Si por esa plural falta de definición sobrevenida por el giro que impone la sociología y la subsiguiente naturaleza de las relaciones sociales¹⁹ puede proclamarse que no hay familia prototípica, sin que el derecho construya alternativamente un concepto jurídico de familia, ¿es insensato pensar que ya no existe el derecho de familia tal cual lo veníamos entendiendo por inercia histórico-académica; que el presente derecho de familia sea, «se mire como se mire, derecho sin familia» (García Amado, 2016, p. 19)?

Si la familia como tal ha dejado de ser el criterio rector que oxigena a esta serie de normas, ¿cuáles pueden ser los elementos que las vertebran y sean aptos de mantener una visión sistémica de este conjunto normativo? ¿Qué bienes jurídicos, qué realidades normativas se protegen? A nuestro juicio son dos las direcciones a las que se encaminan las normas que gozan de esta filiación académica. Por un lado, parecen cuidar más bien la protección de intereses de índole patrimonial, obligacional. ¿Se erige así un grupo de normas a modo de especial derecho de obligaciones? Por otro, se intuye también que constituyen objeto de atención normativa las relaciones interindividuales (no la institución familia *per se* de la que se produce tangible desagregación, insistimos) en dos vertientes básicas: las paterno-filiales y la convivencia en pareja (sea o no matrimonial, sea homosexual o heterosexual). Pero también en esta segunda faz prepondera un enfoque destacadamente económico (relaciones patrimoniales entre los convivientes, responsabilidad frente a terceros de esa comunidad que conforman, prestaciones alimenticias, pensiones en el caso del artículo 97 CC...). Así pues, se produce una retirada de la normativa con base en esa relajación pero, simultáneamente, y en una pirueta regulatoria inversa, se hipernormativizan ciertos aspectos, solamente algunos, apegados a lo familiar (por ejemplo, se permite en régimen prácticamente incondicional y puramente volitivo el divorcio, pero se norma con minucioso detalle lo concerniente a los efectos ulteriores a la disolución por divorcio del matrimonio).

El derecho de familia actual, así las cosas, ya no se encarga de la militante defensa de la institución que le da nombre, habida cuenta de que la misma se ha disipado tal cual se vino entendiendo durante siglos, transformándose –en expresión tomada de Corral Talciani– en «multiformismo familiar»²⁰. Contagiado por la pulsión social que coloca al individuo, sus ansias, su libre determinación y desarrollo personal como la primera premisa del orden social –cfr. art. 10.1 CE–, el derecho de familia se reubica. Se apresta a la guarda de

Un conjunto de muy heterogéneas posiciones personales individuales que o bien protege, como derecho, o bien vincula con obligaciones para con otros sujetos

¹⁹ Cfr. Roca Trías (1999, p. 60).

²⁰ Esto es, no se excluye la forma tradicional de familia, pero se la hace coexistir «con otras modalidades diversas de familia que ya no suponen el matrimonio heterosexual con vocación de descendencia. La diversidad habría llegado también al ámbito de la familia y, por ende, al de su regulación jurídica –nótese–» (Corral Talciani, 2016, p. 25).

individuales, nunca para la familia como tal [...]. Sobre todo, la tendencia es que dichos derechos y deberes tengan una dimensión directamente económica o sean fácilmente traducibles a términos económicos [...]. Lo que no tenga esa faz dineraria se considera perteneciente a la vida privada, a la conciencia íntima y al libre desarrollo de la personalidad de cada cual (García Amado, 2016, p. 32)²¹.

Ello aboca al legislador y, consiguientemente, a la jurisprudencia a admitir y reconocer en sus tareas de creación y aplicación jurídico-normativa semejante diversidad.

En síntesis, se destaca la primacía de una serie de derechos individuales asociados al ámbito familiar, pero sin que los mismos puedan acotarse por el influjo de la protección del instituto familiar tomado *per se ipso*, al haber quedado relegado o desdibujado²² desde el mismo momento en que no contamos con un paradigma cerrado de familia (no definida por ningún rasgo objetivable como la biología o las formalidades negociales), sino que esta erige ahora un *concepto jurídico abiertamente indeterminado* «que sólo puede llenarse después de un análisis de lo que una determinada sociedad percibe y desea reconocer» como tal (Corral Talciani, 2016, pp. 23-24), presidida asimismo por un criterio de *instrumentalidad* (medio para obtener la satisfacción de determinados fines) siempre con pérdida de fuerza o sustantividad propia, autónoma. Se trataría de una institución en la que se colmen intereses y derechos de los individuos a ella incardinados, adquiriendo subsiguientemente contornos difusos en su configuración en función de aquellos, que tan plurales llegan a ser²³. Como colofón, el individuo queda ineluctablemente antepuesto a otras instituciones, por mucha raigambre de la que hayan venido disfrutando históricamente²⁴.

²¹ Como apostilla Martínez de Aguirre y Aldaz (2007, p. 55), «la sociedad y el Derecho parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia [...] y por tanto de cómo ha de ser regulada. De ahí que se haya hablado de un Derecho que duda sobre sí mismo, y cuyos fundamentos, sobre todo en relación con las reformas más recientes, son inciertos». A nuestro juicio, no se trata tanto de incerteza cuanto de pluralidad, de muchos modelos, híbridos, donde antes solamente había uno; y de una respuesta jurídica, consecuentemente, multiforme y necesariamente abierta para poder dar cabida a todo ello. Frente a una inercia tradicional, ha primado una realidad social distinta y consolidada en los tiempos contemporáneos.

²² «Prima por completo la voluntad individual [...] sobre cualquier eventual interés familiar supraindividual [...]. No existe propiamente un interés familiar distinto del individual de los componentes del grupo: matrimonio y familia no pasarían de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad individual de sus componentes y del libre desarrollo de su personalidad» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 1996, p. 38). Efectivamente, «la familia no puede ser contemplada como en el sistema liberal, como una realidad en sí misma, sino como un instrumento al servicio del individuo» teleológicamente encaminada a la cubrición de ciertas necesidades (Roca Trías, 1999, p. 69).

²³ En detalle, *vid.* Roca Trías (2014).

²⁴ «Esta evolución se integra [...] en un proceso más amplio, marcado por el paso de una visión institucional del matrimonio y la familia, hacia una visión contractual o voluntarística y, ya en su última fase, puramente individualista» (Martínez de Aguirre y Aldaz, 2007, pp. 18-19).

Más aún, ya no es jurídicamente factible estimar inferior en parangón con otro a cualquier paradigma familiar *latu sensu*. Se diagnostica simultáneamente una *constitucionalización* y una *privatización* del derecho de familia.

Vista esa creciente transformación del derecho de familia en cuanto criterio rector, se estima muy útil escrutar algunos aspectos concretos de la legislación más reciente que puedan ser demostrativos de la misma, buscando tanto la comprobación empírica de esta inercia cuanto los efectos específicos que sea apta de generar. En las siguientes páginas proponemos alcanzar ese objetivo sirviéndonos de una regulación normativa específica, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV); a conectar debidamente, en una visión que se busca sistemática, con otros elementos que con ella interactúan, como es lógico en un conjunto normativo que se proclama y aspira a erigir un verdadero ordenamiento. Dentro de su articulado, se contienen expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia, arbitrados en su título III (arts. 81-90, ambos inclusive), abarcando la dispensa del impedimento matrimonial o la intervención judicial en relación con la patria potestad y los supuestos de desacuerdo conyugal en la administración de bienes gananciales.

Justamente cuando se pide la intervención estatal para la constitución o declaración de una determinada situación jurídica, probablemente se podrá apreciar con nitidez esa serie de vectores de cambio a la que nos referimos. Esto es significativo es unos tiempos como los que corren, en los que a una innegable *crisis de la ley*²⁵ se le adiciona que en ella se conciben otro tipo de objetivos, más de desasosegante mercadotecnia que estrictamente jurídicos (propedéutica legislativa, demostración del empeño modernizador del legislador por encima de cualquier racionalidad o sensatez, simbolismos envueltos en una aureola de imposible taumaturgia de transformación de la realidad por su mera formulación en una ley, etc.)²⁶.

²⁵ El derecho se ha decantado innegablemente por una visión primordialmente legislativa. Su correlato pasa a ser la inflación e hipertrofia normativa quien, a su vez, gesta la referida crisis de la ley que cuenta con uno de sus rasgos señeros en la posible deficiente calidad técnica de las normas. Sobre ese *prius*, la certidumbre en el momento aplicativo del Derecho se vuelve un imposible, al quedar envuelta en una multiplicidad de titubeantes elucubraciones normativizadas habilitadas resueltamente por un desbaratado ordenamiento jurídico –cfr. López Jiménez (7 de julio de 2009)–. Concluye Ramón Fors (8 de abril de 2009) que, considerando «la incesante y caudalosa producción normativa que nos asfixia, y que la función unificadora del Tribunal Supremo parece estar condenada a ir diluyéndose, tanto por el desmesurado volumen de trabajo que tiene que afrontar dicho organismo como por la aparición de otros Tribunales que asumen esa misma competencia. Todo ello incrementa la complejidad del Ordenamiento jurídico y propicia su falta de armonía [...]. Los juristas no somos conscientes de hasta qué punto el Derecho vigente se está convirtiendo en algo cuyo conocimiento es inaccesible para el ciudadano normal; e incluso los juristas se ven obligados a especializarse y, lo que es peor, aunque lo intenten no consiguen penetrar en los arcanos de otras materias que no sean las que habitualmente estudian».

²⁶ «Se ha hecho realidad la llamada motorización legislativa [...] que implica no solamente una masificación de la ley, sino también un cambio radical, en ocasiones, de su papel. Otras veces se buscan regulaciones particularizadas, al margen de la generalidad imperativa, que era considerada por los clásicos como una característica esencial de la ley [...]. No siempre la norma persigue realmente la transformación de

3. Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia

Antes de detenernos en ellos, es preciso tanto ubicar el actual régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria, enlazado a la tradicional cuestión de su naturaleza jurídica, cuanto analizar velozmente sus principales rasgos.

3.1. La jurisdicción voluntaria como categoría jurídica

El concepto de jurisdicción voluntaria constituye uno de los grandes escollos académicos para el derecho, seguramente por aglomerarse en ella expedientes y realidades dispares. Como apunta González Poveda (2008, p. 127), «los actos de jurisdicción voluntaria tienen en nuestro derecho naturaleza muy compleja», sujeta lógicamente a una extensa e intensa evolución histórica. Doctrinalmente, no existe unanimidad «ni sobre su definición, ni sobre su naturaleza jurídica, ni sobre la clasificación de los actos, expedientes o negocios, ni siquiera sobre su número concreto es posible dar una orientación clara» (Guzmán Fluja, 2003, p. 768). Es cierto que contamos con algún dato diáfano al observarla: se ciñe al ámbito del derecho privado y supone un instrumento de tutela jurídica alternativo a la vía procesal, si bien limitado, especialmente en óptica temporal, por no aparejarsele tradicionalmente efecto de cosa juzgada, extremo por otra parte «inmanente a dicha tutela, pues lo contrario llevaría a la indefensión de los otros legitimados intervinieran o no en este expediente a los que afecta la resolución en alguna medida por falta de un sistema adecuado para su defensa» (Alonso Furelos, 2012, p. 129).

La pretensión objetiva que se trata de obtener es diversa: constitución, declaración, prevención o aseguramiento de derechos o de estados; ordenación de actos ejecutivos; autenticación de documentación... Aunando los rasgos que parecen conformar la jurisdicción voluntaria, Alonso Furelos (2012, p. 76) nos aporta una definición descriptiva:

la realidad, antes que legitimar una determinada política o contribuir a crear una apariencia de que se está resolviendo un problema [...] normas deliberadamente ambiguas o genéricas [...] para deferir la decisión de las cuestiones a un marco institucional que se espera aceptable para las fuerzas políticas intervinientes» (Xiol Ríos, 2011, p. 7). Así las cosas, «la producción de normas es tan abultada [...] que resulta difícil augurarle –al jurista– un dominio pronto y satisfactorio de cualquier tema, incluso en los planos medios del conocimiento de la especialidad a la que [...] se dedica. Por eso, a menudo, hallamos al jurista, aun casi sin quererlo, ocupado en una modesta y acelerada labor de exégesis de la ley [...]. Junto a la ley existen otras formas espontáneas no categorizadas conceptualmente, usos, costumbres, directivas, recomendaciones, estándares, modelos uniformes, normas técnicas, protocolos, códigos de conducta diseñados por unos u otros grupos o entidades privadas (no oficiales) con la voluntad de observarlos sin saber a ciencia cierta cuál es su fuerza de obligar. Hay un mundo que no es el del legislador oficial en el que adquiere eficacia y tiene valor esta forma de ordenamiento jurídico. No en el sentido de orden-mandato, sino en el de ordenamiento de lo social, con el significado de poner orden: una finalidad propia del Derecho» (Bonet Navarro, 2015, pp. 16-22).

Un método de tutela jurídica rápido, sencillo y económico para producir los efectos jurídicos previstos por el legislador y que solicitados y acordados se hallan limitados en el tiempo, consistentes en la mera declaración de una situación, la creación, modificación o extinción de la misma o su aseguramiento en virtud del cual el juez aplica una norma jurídica material civil o mercantil al caso concreto a petición del solicitante de la misma, sea una persona pública o privada según el interés en juego.

En sentido negativo, para Vegas Torres (2016, pp. 140-141) la jurisdicción voluntaria

sería todo lo que queda fuera de la legislación, de la jurisdicción y de la administración [...] pero [...] caben actividades de lo más variado: adopción y acogimiento de menores, declaración de ausencia y fallecimiento, consignación, deslindes, convocatoria de juntas generales de sociedades, conciliación y otros muchos,

hasta tal punto que a su parecer esta institución «considerada sin referencia a actos, expedientes o procedimientos concretos no es prácticamente nada». Se regulan así actos, expedientes y determinados procedimientos antes que un categorial instituto genérico.

3.2. La Ley 15/2015, de 2 de julio. Sucinta mención ubicativa a sus rasgos principales

La LJV anhela colmar una imprescindible *modernización* de la tutela del derecho privado, a la búsqueda de una mayor *integración sistemática* y de una asegurada *racionalidad*. La LJV se apresta a asumir un papel neurálgico en la actualización de un área de nuestro ordenamiento, en la cual, pese a la probablemente no intensa dedicación doctrinal o legislativa, se dilucidan «intereses [...] de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas» (Fernández de Buján y Fernández, 2016. pp. 22-23).

Visto que la jurisdicción voluntaria está orientada a actuar y dotar de efectividad a ciertos aspectos regulados por el derecho privado, cabe deducir razonablemente que tal tutela se va a brindar sobre diferencias sensiblemente sustanciales en relación con la ofrecida por la jurisdicción stricto sensu que plasma la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

3.2.1. Principios fundamentales

El artículo 1.2 de la LJV dispone que:

Se consideran expedientes de Jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tu-

tela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.

Consiguientemente, resaltando una óptica puramente positivista, su radio de acción normativo queda delimitado por estos aspectos:

- a) Requerir la intervención de un órgano jurisdiccional del orden civil, si bien enseguida añadiremos alguna significativa modulación.
- b) Que tal requerimiento tenga por misión la tutela de derechos e intereses en el ámbito del derecho privado (aunque lógicamente su proyección pueda propulsarse más allá de los inicialmente concernidos).
- c) La ausencia de una controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, esto es, en el curso de la jurisdicción *stricto sensu*.

3.2.2. Una parcial desjudicialización

El artículo 117.4 de la CE dispone que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior –potestad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado– y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». La CE contempla la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales desplieguen funciones no jurisdiccionales –no juzgar y ejecutar lo juzgado– engarzadas a la garantía de derechos y previa habilitación legal.

Es congruo a la CE que la ley pueda encomendar a otros responsables públicos no judiciales la tutela y salvaguarda de derechos e intereses susceptibles de expedientes de jurisdicción voluntaria que, aunque con anterioridad se hallaran cubiertos por su desenvolvimiento por la autoridad judicial, se colocaran *extra muros* de los topes constitucionales y, por ende, no afectaran a derechos fundamentales o derechos o intereses de menores u otras personas que debieran ser reforzadamente protegidas por el ordenamiento jurídico, habida cuenta sus concretas circunstancias –reténgase, *infra*–.

Acogiéndose a este posibilismo constitucional, se pauta la atribución de buena parte de los expedientes a ella materialmente afectos a otros operadores jurídicos ajenos a la judicatura: letrados de la Administración de Justicia, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, confiando en su sobrada cualificación jurídica para la tramitación y resolución con pleno *garantismo* de algunos de aquellos expedientes. Se consagra la alternatividad como un criterio rector de la LJV, orientada a que el ciudadano pueda seleccionar la modalidad y el operador jurídico que mejor se ajuste a sus necesidades e intereses caso de tener que acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria. Habrá que observar cada modalidad de expediente etiquetado bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria para dilucidar a quién compete su conocimiento.

Nótese que la máxima garantía de derechos e intereses subjetivos, aun sin juzgar, sigue en manos de la autoridad judicial *–infra–*, pero su protagonismo por este sector del ordenamiento disminuye al estar compartido con otros muchos actores jurídicos.

Correlativamente, la LJV adapta su ámbito normativo exclusivamente a los expedientes tramitados y resueltos por operadores jurídicos insertos en la Administración de Justicia (jueces y letrados de la Administración de Justicia), pues la norma legal «tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales» (art. 1.1 LJV, en relación con el art. 85 LOPJ).

3.2.3. La introducción de un procedimiento común

La LJV se apresta entonces a la normación del impulso y dirección de los expedientes que permanezcan en el seno de los órganos jurisdiccionales. Se fija como criterio general que esa labor competa al letrado de la Administración de Justicia.

Para su resolución, en función de los casos que vaya recorriendo el tenor legal, la competencia se entrega bien al juez bien al letrado de la Administración de Justicia. La decisión de fondo queda de cuenta del juez en los expedientes en los cuales se afecte al interés público; al estado civil de las personas; se tutele específicamente a normas sustantivas; se deparen actos de creación, extinción, modificación, disposición o reconocimiento de derechos subjetivos; o se produzca pronunciamiento sobre derechos de menores o personas con capacidad judicialmente modificada (art. 2.3 LJV). La decisión de los restantes expedientes retenidos en el ámbito de la Administración de Justicia, y consiguientemente regidos por la LJV, competirá al letrado de la Administración de Justicia.

La LJV implementa una serie de normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Los artículos 9 a 22 de la LJV, ambos inclusive, contemplan un procedimiento tipo o estándar a aplicar a todos los expedientes previstos en la LJV en todo aquello que no dispongan con carácter específico y, por tanto, preferente. Se regulan su ámbito de aplicación, los presupuestos procesales y la particular tramitación procedimental del expediente²⁷.

²⁷ Apunta sobre el particular Vegas Torres (2016, p. 140) que «a diferencia de otras instituciones en las que la regulación de carácter general tiene más importancia que las previsiones legales especiales que regulan aspectos concretos de la materia que se trate, en la Jurisdicción Voluntaria las normas generales de los Títulos preliminar y primero de la LJV ven notablemente mermada su trascendencia ante el gran número e importancia de las normas de carácter especial que se incluyen en las regulaciones de cada expediente. Esta característica [...] no ha de ser entendida como una anomalía o defecto de dicha regulación, sino más bien como una consecuencia lógica del carácter residual del concepto mismo de Jurisdicción Voluntaria, en el que se incluyen actividades de diferentes autoridades (tribunales

3.3. Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia

Analicemos ahora con más detenimiento esos expedientes en materia de familia que se contemplan en la LJV, sin perder de vista, por su plenitud sistemática y para una más recta contextualización, las prevenciones generales cuya existencia hemos dejado ya anotada.

Con carácter general, en materia de derecho de familia y dentro de la jurisdicción voluntaria, los asuntos en los que tradicionalmente se ha requerido intervención del juez

han sido los relacionados con la resolución de discrepancias entre los progenitores en la adopción de decisiones que afectan a menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, ya fueran decisiones de naturaleza personal (como contraer matrimonio o emanciparse) o de carácter patrimonial (como la disposición o gravamen de bienes inmuebles) (González del Pozo, 2016).

Con base en esta idea, precisamente, su decisión de fondo corresponde al juez al afectarse aspectos como los derechos de los menores; los derechos de personas con capacidad judicialmente modificada; la tutela de normas sustantivas; o la posibilidad de la gestación de actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos *–supra–*.

3.3.1. Dispensa de impedimento matrimonial

Como es sabido, la regulación del negocio jurídico-matrimonial se efectúa con profusión normativa en el CC. En lo que a nosotros nos atañe aquí, el artículo 47 del CC prevé que no pueden contraer matrimonio entre sí *–en sentido contrario, sí con otras personas–* (1) los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, (2) los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y (3) los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad.

Ahora bien, acto seguido el artículo 48 del CC dispone que el juez «podrá *–reálcese, infra–* dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria» los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que se hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la con-

de Justicia, notarios, registradores, cónsules) de contenido muy variado y heterogéneo y, por tanto, difícilmente reconducibles a una esencia unitaria».

yugal y el de parentesco de grado tercero entre colaterales. El CC, así las cosas, ya deja marcados algunos extremos relevantes: no es dispensable el impedimento de línea recta por consanguinidad o adopción; sí lo son los dos restantes, por parte del juez –subráyese–, con concurrencia de justa causa –a apreciar igualmente por el juez–, a instancia de parte y en expediente de jurisdicción voluntaria. Se produce de esta forma un tangible reenvío normativo a la LJV, para que dote de concreción y contenido las certeras pinceladas que el Código ya deja prefiguradas.

Se ha producido la eliminación de la posible dispensa del impedimento de edad a partir de los 14 años. No pudiendo entonces contraerse matrimonio por los menores no emancipados –cfr. art. 46.1.º CC–, se produce la elevación de la edad mínima para este extremo a los 16 años (arts. 316, 317, 319 y 320 CC, conjuntamente).

En este expediente se aprecian estos aspectos destacables:

- a) **Competencia.** Para conocer de la solicitud –no demanda, cfr. arts. 3.1 y 4 LJV– de dispensa de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que se hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal –reálcese, se equiparan dos institutos abiertamente dispares, la unión de derecho y la unión de hecho a la que, sin embargo, el derecho reconoce efectos equiparatorios como el que ahora observamos, con la justificación de adaptación a la realidad social imperante– y de parentesco para contraer matrimonio del grado tercero entre colaterales a que se refiere el artículo 48 del CC será competente el juez de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de cualquiera de los contrayentes. Por tanto, entre la dupla de posibilidades de operadores jurídicos que pudieran eventualmente hacerse cargo de esta concreta modalidad procedimental, el artículo 81.1 de la LJV selecciona al juez, en inevitable consonancia con lo prefijado por el CC.

Recuérdese que hasta esta regulación legal la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior correspondía al ministro de Justicia. Asimismo, esta nueva redacción amplía la prohibición en liza, dado que no se limita a autores o cómplices, sino que usa un concepto mucho más omnicompreensivo, los condenados por haber tenido participación en ese hecho.

- b) **Legitimación.** A tenor del artículo 81.2 de la LJV, «deberá –*ius cogens*, no otra persona a *contrario sensu*– promover este expediente el contrayente en quien concurra el impedimento para el matrimonio», de entre los que indica el apartado precedente del precepto.
- c) **Postulación.** De conformidad con el artículo 81.3 de la LJV, en este concreto tipo de expediente de jurisdicción voluntaria «no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador», sin perjuicio por supuesto del derecho del interesado a valerse de sus servicios si lo considerara pertinente o útil.

- d) **Solicitud.** Según lo que establece el artículo 82 de la LJV, el expediente se iniciará mediante solicitud –léase, no de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, cfr. art. 14.1 LJV– a dirigir al juzgado competente. En ella, habrán de expresarse los motivos de índole particular, familiar o social en que se base, acompañándose los documentos y antecedentes necesarios acreditativos de la concurrencia de la justa causa exigida por el CC para que pueda proceder la dispensa que se insta. En su caso, también se propondrá la prueba que se estimara pertinente que, en consonancia con el operador jurídico a cuyo conocimiento se atribuye el expediente en liza, será también acordada por el juez. En el concreto supuesto de que el impedimento cuya dispensación se promoviera fuera el de parentesco, el precepto exige imperativamente que se indique «con claridad el árbol genealógico de los contrayentes».

El tenor legal no concreta qué cabe entender por esa *justa causa* que refiere. Previsiblemente, se remite a la que quepa anclar en esas motivaciones de orden particular, familiar o social que se aleguen por el solicitante.

Coherentemente con la inexigibilidad de postulación procesal, el texto legal no exige la formulación de fundamentación jurídica en la solicitud que origina este expediente. Únicamente se pide motivación particular, familiar o social; aunque evidentemente también pueda haber presencia de mimbres jurídicos.

- e) **Tramitación.** La admisión a trámite de la solicitud es función del letrado de la Administración de Justicia, quien asimismo «citará» –*ius cogens* nuevamente– a comparecencia a los contrayentes y a aquellos que pudieran estar interesados, para ser oídos (*vid.* art. 17 LJV). Si se tratara de dispensa de impedimento de conyugicidio, «deberá citarse, además, al Ministerio Fiscal». Esa comparecencia será el momento de practicar las pruebas que hubieran sido propuestas y aceptadas (art. 83.1 LJV). Se colige que se aspira a que la tramitación sea rápida y sencilla, concentrada, orientada a esa comparecencia donde, en unidad de acto y bajo la contrastable viveza del principio de inmediatez, se volcarán todas las previsiones y pruebas a presencia judicial, al ser el juez quien tiene la competencia de conocimiento de esta modalidad de expediente (art. 18.1 LJV).
- f) **Resolución.** Teniendo en cuenta la justificación ofrecida, valorándola, el juez resolverá concediendo o denegando la dispensa del impedimento para el matrimonio (art. 83.2 LJV). La ley guarda silencio respecto a la forma de esa resolución, pero hemos de entender que se tratará de un auto, visto el tenor del artículo 19.1 LJV a valorar en una suerte de intrasupletoriedad legal tal cual previene el artículo 13.1 de la LJV. Tampoco se nos indica nada respecto a la posible impugnación de esa resolución judicial. *Mutatis mutandis*, entendemos que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en un efecto con carácter general, ante la correlativa audiencia provincial (art. 20.2 LJV) en los términos prevenidos en la LEC.

- g) **Testimonio.** Concedida la dispensa solicitada, el artículo 84 LJV prevé que el letrado de la Administración de Justicia expida testimonio del auto en cuestión y se le entregue al solicitante, para que le dé el uso que corresponda.

3.3.2. Intervención judicial en relación con la patria potestad

En estos expedientes se condensan en realidad dos modalidades diferentes. Con carácter común, muy apegado a su tramitación, el artículo 85 de la LJV dispone que en ellos, una vez admitida la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia, este citará *–ius cogens–* a comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal *–existencia de menores o personas con capacidad judicialmente modificada, cfr. art. 4 LJV–*, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso, o al menor si tuviere suficiente madurez y, siempre, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuera un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de estos, a su tutor (reálcese, cfr. *a contrario* el art. 323 CC). Facultativamente, «se podrá también acordar la citación de otros interesados». La norma pauta pues una disociación entre personas que *han de ser citadas* a comparecencia y personas que *pueden serlo*.

Por su parte, el Juez podrá acordar (de oficio, a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal) la práctica durante el curso de esa comparecencia de las diligencias que considere oportunas. De otro modo, se concede una amplísima discrecionalidad a la autoridad judicial en lo que a diligencias de índole eminentemente probatoria atañe, tanto en su acuerdo como en su origen. Se previene que si tales actuaciones tuvieran lugar tras la comparecencia comentada, se dé traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días (salvaguardando sus intereses y capacidades de defensa, pues). Ya intuimos, además, que el operador jurídico responsable del conocimiento de estas modalidades de expedientes de jurisdicción voluntaria va a ser el juez.

Una vez más, expresamente, «no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para promover y actuar en estos expedientes» (art. 85.3 LJV).

Individualicemos las dos referidas modalidades.

3.3.2.1. Intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad

a) Ámbito de aplicación

Materialmente, ex artículo 86.1 de la LJV, estos expedientes tienen un ámbito de aplicación acotado a dos supuestos concretos:

- Cuando el juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los dos progenitores. Así pues, debemos hallarnos ante un doble requisito habilitante: desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en que los progenitores tengan atribuido su ejercicio común y que esa controversia afecte a una toma de alguna decisión que corresponda adoptar conjuntamente a ambos. *A contrario sensu*, esta modalidad de expediente no es aplicable ante una situación en que la patria potestad esté exclusivamente encomendada a uno de los progenitores. Resulta pues clave deslindar qué actos de ejercicio de la patria potestad competen conjugadamente a los dos progenitores (incluidos en este expediente, de llegar el caso) y cuáles lo son por solo uno de ellos (excluidos del expediente en estudio). La remisión al tenor del artículo 156 de la CC resulta, pues, inescusable, especialmente para delimitar aquellos actos de ejercicio ordinario de la patria potestad (desarrollables válidamente con carácter general por uno de los progenitores) de los que gocen de carácter extraordinario (precisando el consentimiento de los dos progenitores o, en su defecto, de resolución judicial). Dejaremos apuntada sin más la cuestión, que rebasa el sentido de estas páginas.
- Cuando el titular de la patria potestad fuera un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.

b) Competencia

También se establecen dos reglas sobre el particular punto de determinación de competencia judicial:

- Será competente el juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de residencia del hijo.
- Si el ejercicio conjunto de la patria potestad hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente el juzgado de primera instancia que la hubiera dictado.

c) Legitimación

Para la promoción de este expediente se hallan legitimados ambos progenitores, bien individual bien conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuera un menor no emancipado, también gozarán de esa legitimación sus progenitores y, a falta de estos, su tutor –cfr. art. 324 CC–.

El precepto ya no prevé más especificidades de tramitación, por lo que en aras de su complitud habremos de atenernos a lo dispuesto en el artículo 85 de la LJV y, subsidiariamente, al resto de previsiones genéricas y supletorias articuladas por la LJV (*supra*).

3.3.2.2. Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente

Ciertamente, considerando que no es sencillo imaginarse que en este tipo de asuntos no exista controversia en su curso, cabe plantear una reflexión crítica sobre la catalogación legal, y proponer que posiblemente la sede natural de estos pretendidos expedientes debería hallarse en la LEC, como una modalidad más de los procedimientos concernientes a la capacidad, filiación, matrimonio y menores.

Sin perjuicio de ello, una vez más, en el supuesto se comprenden dos supuestos diferenciables: por un lado, medidas de protección del menor o persona con capacidad judicialmente modificada ante un ejercicio inadecuado –o dejación, por qué no– en el desarrollo de las correspondientes tareas inherentes y, por otro, medidas de buena administración y gestión de los bienes y rentas de estas personas, en aras de garantizar su protección patrimonial.

a) Ámbito de aplicación

Materialmente, ex artículo 87.1 de la LJV, este expediente se proyecta en los casos que expresan los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del CC. Particularmente:

- Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente –art. 158 CC–. El precepto en cuestión aglomera medidas muy dispares: aseguramiento de la prestación de alimentos, provisión de futuras necesidades a los hijos, evitación de perturbaciones en caso de cambio del titular de la potestad de guarda, evitación de sustracción por alguno de los progenitores o terceras personas, prohibiciones de comunicación o acercamiento... En fin, toda medida orientada a alejar del menor de cualquier peligro o perjuicio, en consonancia con la relevancia cenital, sustantiva y procesal, del artículo 158 del CC, máxime cuando en su texto se dispone con un ánimo jurídico-procesal expansivo palmario que «todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien de un procedimiento de jurisdicción voluntaria». No es solo que el listado de medidas que contempla sean realmente amplias, sino que son aplicables a prácticamente cualesquiera tipos de procedimientos contenciosos, a su vez civiles o penales, o de jurisdicción voluntaria.
- Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad (*vid.* arts. 853, 854 y 855 CC) y no se hubiera designado por el causante persona para ello, sin que pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor. Como se comprenderá, se trata de un supuesto realmente dificultoso de presentación en la práctica al exigir la concurrencia cumulativa de cir-

cunstanCIAS ciertamente excepcionales. Sustantivamente, cabe confrontar estas previsiones con el artículo 164.2.º del CC.

- Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados –cfr. el motivo anterior– o no hubieren podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para la que denomina su «educación o carrera» (expresión suficientemente amplia como para albergar cualquier tipo de estudios, creemos que incluso no reglados). Podemos dar por reproducido el juicio que adjuntábamos al supuesto precedente, pues también se exige que concurren un conjunto de circunstancias dificultosamente esperables en la praxis.
- Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo –cfr. art. 167 CC–.

b) Competencia

Las reglas sobre el particular que previene el artículo 87.2 de la LJV son las siguientes:

- Será competente el juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.
- No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos se hubiera establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela, será competente para conocer de este expediente el juzgado de primera instancia que hubiera conocido del inicial (*supra*).

c) Adopción de medidas

Las medidas que hemos referido pueden adoptarse de oficio, a instancia del afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Si se solicitan respecto de una persona con capacidad judicialmente modificada, podrá acordarse asimismo a instancia de cualquier interesado (art. 87.3 LJV).

d) Resolución

Estimada por el juez procedente la adopción de alguna de esas medidas, resolverá (en auto, *supra*) lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encar-

garse de la custodia de menor o persona con capacidad modificada judicialmente; adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo dispuesto por los artículos 158 y 167 del CC y, si procediera, podrá también nombrar un administrador o un defensor judicial (art. 88 LJV). De tratarse de tutela de menor o persona con capacidad judicialmente modificada, se remitirá testimonio del auto definitivo al juzgado que hubiera conocido del nombramiento de tutor.

3.3.3. Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales

a) Ámbito de aplicación

Se acudiría a este expediente cuando los cónyuges, individual o conjuntamente (reálcese convenientemente, se cubre un interés eventualmente particular), soliciten la intervención o autorización judicial para alguno de estos supuestos que lista el artículo 90.1 de la LJV:

- Fijar el domicilio conyugal (realmente extraño, si no hay ni siquiera acuerdo sobre este tema cabe esperar que la situación del matrimonio sea extremadamente crítica y se insten más bien medidas de separación o divorcio, aunque de plantearse el juez deberá valorar el interés de cada cónyuge y, especialmente, de los hijos comunes de haberlos) o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario (cfr. arts. 96.4.º y 1.320 CC), si concurriera desacuerdo entre ellos.
- Fijar la contribución a las cargas del matrimonio cuando uno de los cónyuges incumpliere semejante deber. A tenor de las previsiones del artículo 1.318 del CC, se trata de una obligación ínsita al matrimonio, al margen de cuál sea el sistema patrimonial que se pacte entre los cónyuges, por formar parte del denominado régimen económico matrimonial primario. Por consiguiente, en este expediente se pueden perseguir aspectos como el acuerdo del cumplimiento forzoso de la obligación de contribuir a las cargas comunes, su fijación y cuantificación para cada cónyuge, las medidas oportunas a tal fin conducentes...
- Realizar un acto de administración respecto de los bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición a título oneroso sobre los mismos, por hallarse el otro cónyuge impedido para prestarlo o si se negara injustificadamente a ello.
- Conferir la administración de los bienes comunes cuando uno de los cónyuges se hallara impedido para prestar el consentimiento (situación fáctica que, con cierta duración o permanencia le impida prestarlo) o hubiera abandonado la familia o existiera separación de hecho. Entendemos que en este supuesto no se abriga la incapacidad declarada, dotada de su propio régimen jurídico específico y, por tanto, preferente (art. 760 LEC).
- Realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente,

si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la ley o por resolución judicial.

Ha de tenerse también en cuenta que en los expedientes sobre atribución de la administración y disposición de los bienes comunes a uno solo de los cónyuges, el juez «podrá acordar asimismo cautelas y limitaciones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal cuando haya de intervenir en el expediente» (art. 90.2 LJV).

En nuestra opinión, convendría matizar debidamente que los actos de disposición de los que se trata habrían de serlo a título oneroso. Si lo fueran a título gratuito, el artículo 1.378 del CC los convertiría en nulos sin consentimiento del otro cónyuge, desactivando el presupuesto de hecho de este expediente, dado que nos parece evidente que el juez no podría suplir un consentimiento que ha de ser personalísimo de cada cónyuge.

b) Competencia

En estos supuestos, será competente el juzgado de primera instancia del que sea o hubiera sido el último domicilio o residencia de los cónyuges (art. 90.2 LJV).

c) Postulación

Se prevé que no sea preceptiva la intervención de letrado ni procurador para promover y actuar en estos expedientes, «salvo que la intervención judicial fuera para la realización de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 euros, en cuyo caso será necesario» (art. 90.2 LJV).

Aunque la inserción de este tipo de previsiones legislativas coadyuve a la seguridad jurídica, lo cierto es que no deja de ser difícilmente comprensible que la postulación sea forzosa o voluntaria sobre la fijación de una cuantía económica. Lógicamente, la complejidad o relevancia objetiva de un determinado asunto no depende exclusivamente de que se alcance un monto económico que la ley prefije y, lo que es más trascendente, la correlativa dotación –o no– de una exigencia técnico-jurídica. Entendemos también que la fijación de la cuantía adyacente al valor de los expedientes nos debería llevar a las supletorias reglas de la LEC (arts. 251 y ss.), que a su vez pueden no ser pacíficamente precisables en todos los supuestos que puedan presentarse.

d) Intervención del Ministerio Fiscal

En estos expedientes se dará audiencia al Ministerio Fiscal cuando estén comprometidos los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente. A *contrario sensu*, no en caso de no concurrencia de tales presupuestos subjetivos.

e) Tramitación y resolución

Existe previsión expresa al indicarse que, imperativamente, «se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley» para la llevanza de cualquiera de los expedientes relativos a las materias reflejadas anteriormente (art. 90.1, primer inciso, LJV).

En cualquier caso, el juez «oírán en la comparecencia al solicitante, al cónyuge no solicitante, en su caso, y a los demás interesados, sin perjuicio de la práctica de las demás diligencias de prueba que estime pertinentes» (art. 90.4 LJV).

No hay previsión específica sobre la resolución que culmine este expediente, por lo que nos remitimos en bloque a las prevenciones genéricas referidas anteriormente (arts. 90.1 primer inciso, 13.1, 19.1 y 20.2 LJV, de consuno).

4. Valoración de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia. Propulsión de su regulación hacia los principios generales del derecho de familia. En especial, bienes jurídicos que protege en la actualidad el derecho de familia

De lo expuesto, podemos inducir algunos rasgos que, a nuestro juicio, presiden la regulación en estas modalidades procedimentales de expedientes de jurisdicción voluntaria, que rápidamente hemos comentado, proyectándolas además hacia las líneas generales que envuelven actualmente a las normas integrantes del derecho de familia, esto es, que norman en especial ciertos aspectos del crecientemente deshilachado instituto familiar clásico.

1. El operador jurídico al que se encomienda su conocimiento

Como se ha podido comprobar, en todos estos expedientes el responsable de su conocimiento y decisión es el juez. Ya hemos tenido ocasión de recordar que el desarrollo de estas funciones por parte de la judicatura no se engarza al puro ejercicio de la función jurisdiccional, sino que se cose a otro tipo de actuaciones constitucionalmente bendecidas en las que, sin esa cobertura jurídica específica, la autoridad judicial interviene en garantía y protección de determinados derechos (art. 117.4 CE, *supra*).

Ahora bien, ello no debe ocultar el realce evidente de una idea crucial: aunque el marco normativo que abriga ahora a la siempre dogmáticamente escurridiza jurisdicción voluntaria tenga por uno de sus más pujantes criterios la desjudicialización, es decir, la erogación de las dispares modalidades de expedientes a ella incardinables entre operadores jurídicos diferentes; de entre todas estas posibilidades de atribución subjetiva, la LJV entrega en monopolio el conocimiento y resolución de los que a la familia conciernen al juez. Si la auto-

ridad judicial es la máxima garante de los derechos ciudadanos, el baluarte defensivo que los ampara y protege con suprema eficacia²⁸, resulta llamativo que el legislador le confiera esta responsabilidad. Aun sin anclarse a supuestos de jurisdicción *stricto sensu*, en estos supuestos no se produce desjudicialización, *ergo* se deduce que gozan de una repercusión profunda que traslada al operador jurídico a quien se le encomiendan.

En suma, la importancia que el legislador otorga a estas materias se deja entrever en que se encarga su llevanza y resolución al operador jurídico cualitativamente más señero que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria puede intervenir. Otra cosa es despejar el motivo de esa determinación legal, que creemos justificada en los bienes jurídicos que con estos expedientes se protegen *–infra–*.

2. El criterio general implementado en materia de postulación como baliza de la naturaleza (privada) del ámbito material y objeto de estos expedientes

Sin perjuicio de esta primera conclusión, la incidencia de otros aspectos insertos en la regulación comentada nos llevará a efectuar algunas modulaciones sobre lo que al implementarlos a buen seguro ronda en la *mens legislatoris*.

Particularmente, estimamos singularmente representativo el criterio imperante en materia de postulación. Conforme hemos podido comprobar empíricamente (arts. 81.3, 85.3, 90.3 II LJV), la opción legislativamente tomada consiste en la no preceptividad de asistencia letrada y representación por procurador en estos expedientes, a salvo alguna acotación puntual.

Bien, de inmediato tenemos que colegir que esa ausencia implica necesariamente la no perentoriedad de fundamentación jurídica de la parte solicitante o interviniente en ellos. Como es sabido, las leyes procesales imponen como criterio general que el justiciable practique el acceso a la jurisdicción representado por *procurador* y asistido de *letrado* (arts. 23 o 31 LEC). Abogacía y procura desarrollan la capital función consistente en la defensa y repre-

²⁸ «La garantía de los derechos identifica lo que denominamos actualmente Estado Constitucional [...]. Se consagra de esta manera un derecho a la justicia, que se configura como un derecho de todos a que sus pretensiones sobre cualquier situación jurídica sean examinadas por un Juez imparcial e independiente tras un proceso establecido legalmente que respete las garantías de igualdad de las partes, de su eventual contradicción, de la plenitud de los medios de prueba y defensa y la duración razonable, proscribiéndose, de este modo, cualquier tipo de indefensión [...]. Efectividad de la tutela judicial [...] tratándose de un derecho pòrtico que asegura la efectividad de los demás derechos fundamentales, llevando implícita una nueva ética en la función judicial y un modelo de Juez constitucional [...]. La disciplina constitucional del proceso comporta un cambio total de la función de juzgar, definiendo un nuevo paradigma en la actividad judicial, que ha supuesto que el Juez del poder haya dado paso al Juez de los derechos [...] debiendo subrayarse que la garantía de los derechos constituye, junto con la independencia judicial, el emblema de la ética profesional del Juez» (Bodas Martín, 2004, pp. 365 y ss.).

sentación de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos tal cual los glosa el artículo 24.1 de la CE, abortando con la inserción de esta carga procesal de parte supuestos de indefensión de origen técnico-jurídica que, a buen seguro, se gestarían materialmente en caso de su ausencia.

Si nos desenvolvemos en una sociedad compleja y tecnificada, la referida capacidad no es obtenible sino a través de la *profesionalización*, capaz no solo de asegurar la corrección técnico-jurídica prefijada por la ley para determinados actos, sino también la seguridad jurídica y su subsiguiente certeza, valor constitucional por sí mismo conforme al artículo 9.3 de la CE. Abogado y procurador se complementan para brindar un integral respaldo jurídico a su cliente: el primero se encarga de la protección jurisdiccional de las peticiones de aquel, a quien el segundo representa formalmente con toda la amplitud asumible en derecho.

Sin embargo, reiteramos, en este tipo de expedientes insertos en una norma de naturaleza procesal, aunque no de jurisdicción en sentido riguroso (*supra*), el criterio es justamente el opuesto. ¿Acaso el legislador nos deja vislumbrar que los intereses que en ellos se vuelcan y se busca amparar mediante la intervención del Estado –juez, aun no en función jurisdiccional– no se respaldan en una fundamentación de eventual complejidad, en un sustrato jurídico que precise de una asistencia técnica especializada? De otro modo, ¿quizás el legislador reconozca que el interés que se tutela en estos expedientes es drásticamente privado y, dentro de esta categoría, ni siquiera merecedor de un perentorio sostén técnico-jurídico profesionalizado (con la salvedad puramente cuantitativa que marca el art. 90.3.II), como sí sucede contrastadamente en otros de los expedientes regulados en la LJV (en materia mercantil, por ejemplo, arts. 113.2, 118.3, 121.3, 124.3 y 126.3)?

Se facilita el acceso y uso de los interesados de estos cauces, en línea con la ansiada simplificación que hemos expresado más arriba, pero también correlativamente tal vez demuestra una cierta levedad de lo que se protege, simplicidad demostrada en la no existencia apriorística de sustento jurídico que precise de este apoyo o respaldo.

3. Los bienes jurídicos protegidos por estos expedientes

Quizás la clave más determinante para justificar una conclusión a los efectos que perseguimos con estas líneas radica en esclarecer verdaderamente cuáles son los bienes jurídicos a los que estas normas procedimentales se orientan teleológicamente en su labor tuitiva. ¿Es la familia *per se*? ¿O son otros los intereses por ellas cubiertos prioritariamente? Veámoslo caso a caso.

Caso 1

En el *expediente de dispensa del impedimento matrimonial* bien parece que se protege al contrayente en quien, pese a concurrir alguno de esos impedimentos dispensables, pre-

tende llevar a cabo el negocio jurídico matrimonial más que a la propia institución en sí. Se trata de evaluar judicialmente en el caso concreto afectado que la presencia de un impedimento es dispensable, pero ello no se adopta de manera automática por mera petición del solicitante. El expediente va encaminado, previa aportación de motivos y en su caso de proposición probatoria, a la corroboración acreditativa de «la concurrencia de justa causa exigida por el Código Civil» –art. 82 LJV–. De otro modo, se precisará un análisis particularizado que culmine, en su caso, con esa determinación plasmada en resolución judicial. Aun cuando «la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes» (art. 48 *in fine* CC), la apreciación judicial de la dispensa es drásticamente casuista, en función de las circunstancias que el contrayente aporte.

Entendemos pues que no parece inadecuado estimar que el protagonista subjetivo del expediente es el contrayente que lo insta, por encima del matrimonio en cuanto tal (que de hecho aún no existe temporalmente por perfeccionarse en un momento ulterior, condicionado precisamente a la superación del escollo apreciado). Cuando menos, su protección también es objeto de esta modalidad procedimental.

Caso 2

Por lo que se refiere al expediente de *intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad*, el interés jurídicamente tutelado no es otro, a nuestro modo de ver, que el beneficio del sujeto a patria potestad, esto es, hijos no emancipados o mayores incapacitados previamente a alcanzar la mayoría de edad (arts. 154 y 171 CC, respectivamente). Si la patria potestad, que como «responsabilidad parental» se ejercerá imperativamente «siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental» (art. 154 CC), lo que se protege con este expediente no es más que la ortodoxa realización de este deber jurídico, en supuestos en los que desarmonías o desacuerdos puedan hacerlo flaquear. Pero, entendemos, la clave teleológica del expediente no estriba en los intereses o posturas contrapuestas de los titulares de la patria potestad sino, justamente por el carácter vicarial de la institución, en el aseguramiento del superior interés del menor o incapaz sujeto a este mecanismo de guarda y protección de su persona y bienes.

Es evidente que el menor ha pasado a ser considerado un verdadero sujeto de derecho. Efectivamente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, reconoció

plenamente la titularidad de derechos de los menores y la capacidad progresiva para ejercitarlos, pasando los menores a ser considerados [...] sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y

en la satisfacción de las necesidades de los demás (Añón Calvete, 28 de septiembre de 2015).

Actualmente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ahonda en esa línea argumental normativizada, adaptando a las presentes circunstancias sociales tal principio y también elevando a rango legal muchas de las interpretaciones jurisprudenciales que se han ido produciendo sobre este tema en los últimos años²⁹.

De ahí la consagración del principio del superior interés del menor, que aun erigiendo un concepto jurídico indeterminado, resulta trasunto de una concepción del menor como sujeto de derechos y no como mero objeto del derecho³⁰, proyectándose en tres dimensiones: principio sustantivo, principio jurídico exegético y norma de procedimiento. Ello determina, en directa relación de causalidad, que su interés haya de ser tenido presente por encima de otros, incluso legítimos, si le resultan objetivamente lesivos desde cualquiera de esos enfoques. Así las cosas, se convierte al interés del menor en contenedor de un

derecho emergente [...] no solo en la intimidad familiar, sino también dentro de la esfera de la política pública. Principio surgido en el marco europeo, incluido en nuestro ordenamiento jurídico, y en continuo desarrollo legislativo y jurisprudencial en todos los ámbitos donde se mueve el menor (Iglesia Monje, 9 de octubre de 2014).

En lo que aquí concretamente respecta, el poder de los padres ostentado sobre los hijos, surgiendo de la ley, ha de supeditarse a servir a ese interés superior del menor. Consecuentemente, no es susceptible de extenderse a los ámbitos en los que choque o impida tal presupuesto de la dignidad del menor y el libre desarrollo de su personalidad, siendo

²⁹ Minuciosamente, Iglesia Monje (2014).

³⁰ «Es un concepto jurídico indeterminado [...] redactado a modo de cláusula abierta que debe impregnar la aplicación del Derecho y, especialmente, el Derecho de la Persona y el Derecho de Familia. Siendo necesario fijar su significado, el cual nos servirá de criterio interpretativo de las normas referidas a dicha área jurídica y de los actos que se subsumen en el supuesto de hecho de las mismas [...]. Se trata de una norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia [...] de *ius cogens*, en todos aquellos procedimientos en los que se encuentre implicado un menor [...]. Se trata de un principio rector que impregna todo el ordenamiento y la actuación de los poderes públicos en todas las actuaciones relacionadas con menores, tanto administrativas como judiciales [...]. De ahí la dificultad de establecer un concepto relacional que sirva de parámetro para resolver los conflictos en los que se encuentre incurso o implicado un menor. No solo se define como principio, sino también como un estándar jurídico [...] un modelo de actuación social o conducta que viene a adecuarse a lo que demanda la conciencia de la sociedad que atiende a una serie de principios y sensibilidades sociales» (Verdera Izquierdo, 2017, p. 521).



susceptibles de ser desarrollados por él mismo. Ese es el bien jurídico protegido, no el instituto familiar (¿cuál, además, visto su pluriformismo?) por sí.

Caso 3

Pasando al expediente de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, entendemos que el bien jurídico a tutelar es exactamente el mismo que en el expediente que acabamos de indicar, en lo personal o patrimonial, por lo que podemos dar por reproducidos los argumentos de los que nos acabamos de servir y traerlos al caso aquí en análisis, evitando así reiteraciones superfluas.

Caso 4

Por fin, en los supuestos de *intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales*, se estima que lo que se cuida no es solamente a los intereses particulares de los cónyuges o del propio instituto, si es que surgiera alguna de las discordias que tipifica la regulación y que hemos tenido ocasión de reproducir. También se protege la repercusión que estas problemáticas matrimoniales puedan provocar hacia terceros, fijando certezas en lo que al tráfico jurídico y económico posterior puedan acaecer.

Así, el objeto de este expediente desborda, a nuestro parecer, el propio vínculo matrimonial y sus vicisitudes y se expande potencialmente hacia terceros, tutelando sus legítimos intereses jurídicos que pudieran verse cuestionados por los aludidos supuestos potencialmente conflictuales.

5. Colofón

Si queremos proponer inductivamente una idea corolario de toda la exposición acorde al título que le damos, es decir, los principios que legislativamente se aparejan al derecho de familia en normaciones recientes, como es el caso de la LJV, no podemos negar o cuestionar que la familia sigue siendo un instituto jurídico regulado y protegido por nuestro ordenamiento. La afirmación no puede ser más obvia. Otra cosa es, por un lado, si se observa la tutela de un paradigma cerrado de familia y, por otro, si la regulación converge en la defensa de otros bienes jurídicos con los que, como mínimo, ha de cohonestarse o, eventualmente, quedar en segundo plano frente a una pujanza superior de aquellos que puedan rezumar de las leyes como trasunto de la realidad social coetánea. Y en esa coexistencia laten con especial fuerza tanto la *pluriformidad familiar*, que el derecho acoge sin mayor esconce, y la ganancia de terreno de la *autorregulación*, la *contractualización de las relaciones familiares* y su subsiguiente huida de una regulación cogente –que resiste supe-

toriamente en otros aspectos mínimos, muy singularmente para los casos en que fracasa esta técnica más individualista— para ubicarse en el campo de lo dispositivo.

Efectivamente, no se trata tanto de arbitrar métodos novedosos de gestión de derecho privado y sus vicisitudes, conectados en sentido amplio a la idea de familia, cuanto de tutelar intereses concretos que tienen que ver con elementos conexos o confluentes en ella, o abarcados por ella: el menor, el incapaz sujeto a patria potestad, la posición jurídica de un cónyuge... aunque incardinados a otros principios jurídicos rectores que, a todas luces, no necesariamente tienen por frontispicio a la idea de familia, sino al superior interés del menor, la protección de la persona con capacidad judicialmente modificada, la igualdad jurídica entre las personas, la seguridad jurídica muy singularmente proyectada sobre el tráfico jurídico y económico...

En fin, a nuestro juicio lo que se tutela eminentemente en estos expedientes, en un enfoque primordialmente inductivo, es un aspecto de orden público del que se desgajan enormes jirones del tradicional orden familiar, desposeído ya de esa faz transpersonal y redirigido más bien a un espectro estrictamente privado, regido por una contractualizante autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC).

Las nuevas regulaciones legislativas que tienen por objeto a la familia nos demuestran, pues, ese nuevo esquema familiar más desdibujado y menos estricto que el que en principio contemplaba históricamente nuestra legislación. Los nuevos convencionalismos sociales alrededor de esta institución ya cuentan con una sólida y perseverada plasmación en los textos integrantes del ordenamiento jurídico y, lo que es más importante, en las prioridades y mecanismos protectores que se arbitran para su aseguramiento.

Se observa una clara expansión de derechos de nuevo cuño, fruto de las necesidades y demandas sociales y de la nueva escala de valores imperante que la legislación debe recoger. Una vez se logran, percibidos como tales e impregnados de un profundo sesgo identitario del paradigma social en vigor —individualista— moldean y condicionan un esquema de familia que ha de apegársele, asimismo novado aunque de manera no unívoca, sino plural; adaptado a todas las posibilidades que se bendicen sociológicamente sin ambages. La familia se torna básicamente en una *estructura instrumental*, no jerárquica o eminentemente imperativa, sino más bien colaborativa, para asegurar y reforzar intereses particulares (del menor, por ejemplo, el verdadero bien jurídico en presencia), ergo sin categórico valor independiente por sí misma. Por eso asume tantas formas sin mayores contrariedades conceptuales, sociológicas y, en última instancia, normativas.

De hecho, lo que la legislación nos refleja de manera contundente es que el derecho de familia no pivota sobre el vínculo matrimonial, habida cuenta de que el mismo no es estable por definición y no puede así servir de base sólida a ninguna institución. Descansa sobre otros elementos como la protección de los menores, amparados siempre al margen de la contingente existencia matrimonial (art. 39.2 CE); o la certeza en el tráfico jurídico-negocial en que

una de las partes es esa sociedad familiar intrínsecamente plural y mutante. La sociedad ya no se forma por familias, sino por individuos que, en distintos grados y formas, se integran en sus familias quienes, por sí mismas, no tienen personalidad jurídica, ni mucho menos pueden condicionar la libertad individual o encarnar intereses que friccionen mínimamente con los de aquellos. No se protege jurídicamente a una familia tan difusa tal cual, o a intereses que pudieran pertenecerle como categoría autónoma, sino que se preservan derechos e intereses de los que la conforman, de forma por otra parte marcadamente variable e ineluctablemente inestable.

Justamente en tal entorno, no hay alternativa a la flexibilización del derecho de familia. No le cabe otra opción que la laxitud so pena de no poder brindar soluciones jurídicas a cuestiones sociales en constante cambio. Precisa esa indefinición porque la realidad que ahora regla también lo es. De paso, queda justificada una mayor componente pública de la normativa rectora, que es congrua con la difuminación de la rigidez de la institución familiar clásica: en su ausencia, debe protegerse de todos modos, instrumentalmente también, el conjunto de intereses de los individuos a ella engarzados (menores, ámbito contractual con terceros...), lo que fomenta la inserción de previsiones normativas específicas subsidiarias a la autoformación que eviten vacíos regulatorios en el elenco de derechos, deberes y responsabilidades en presencia (mecanismos de protección, regulación de efectos económicos en caso de ruptura del vínculo matrimonial, normación de efectos económicos –internos y externos– de las uniones de hecho, etc.).

Ese cambio ya está positivizado rocosamente en la legislación integrante del derecho de familia. La más reciente lo ratifica, como se ha razonado y contrastado en las páginas precedentes.

Referencias bibliográficas

- Alonso Furelos, J. M. (2012). *Reflexiones sobre la vigente legislación española de la Jurisdicción voluntaria en su parte general y bases para su reforma*. Madrid: Dykinson.
- Álvarez Torres, O. M. y Martínez Montenegro, I. (2013). El Derecho familiar ¿Derecho social o privado? *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1(9).
- Añón Calvete, J. (28 de septiembre de 2015). Interés del menor. *Lefebvre el Derecho*. Recuperado de <<https://elderecho.com>>.
- Arce y Flórez-Valdés, J. (2005). Incidencia de la Constitución Española en el Derecho Civil. En *Homenaje a la Constitución Española, XXV aniversario*. Universidad de Oviedo.
- Arroyo Moreno, A. M.^a (16 de junio de 2014). La constitucionalización del Derecho de Familia. *Diario La Ley*, 8333.
- Bodas Martín, R. (2004). Las garantías éticas del proceso. En *Ética del juez y garantías procesales*. Madrid: CGPJ.

- Bonet Navarro, A. (2015). *La experiencia procesal del fracaso del Derecho*. Universidad de Zaragoza.
- Corral Talciani, H. (1994). *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Corral Talciani, H. (2016). ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la pluralidad de formas de familia. *Revista de Derecho de Familia*, 6(II).
- Díaz-Ambrona Bardají, M.^a D. y Hernández Gil, F. (1999). *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Ceura.
- Díez-Picazo Giménez, G. (Dir.). (2012). *El Derecho de Familia*. Pamplona: Thomson-Reuters Civitas.
- Fernández de Buján y Fernández, A. (2016). La nueva concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015. En *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Amado, J. A. (2016). *La familia y su Derecho*. Diálogos jurídicos-Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, 1. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- González Poveda, P. (2008). *Jurisdicción voluntaria*. Pamplona: Aranzadi.
- González Pozo, J. P. del (2016). Los expedientes de Jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (I). *Revista de Derecho de Familia*, 46.
- Guzmán Fluja, V. C. (2003). Jurisdicción Voluntaria y Secretarios judiciales. *Estudios jurídicos, III*. Cuerpo de Secretarios Judiciales, CEJAJ, Ministerio de Justicia.
- Iglesia Monje, I. de la (2014). Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 745.
- Iglesia Monje, I. de la (9 de octubre de 2014). Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. *Diario La Ley*, 8395.
- López Jiménez, J. M.^a (7 de julio de 2009). Algún criterio para mitigar la hiperabundancia normativa: STS (Sala Primera) de 23 de febrero de 2009. *Diario La Ley*, 7212.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (1996). *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*. Madrid: Rialp.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2005). Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas. En *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2007). El nuevo matrimonio civil. En *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial, 130. Madrid: CGPJ.
- Meil, G. A. (2004). La familia española en el contexto de la Unión Europea. *Arbor*, CLXXVIII(792).
- O'Callaghan Muñoz, X. (2003). Panorámica de la incidencia de la Constitución Española en el Derecho Privado. En *Constitución y relaciones privadas*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- Prieto de los Mozos, J. L. (1998). La Constitución y el Derecho Civil. En *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*. Madrid: INAP.
- Ramón Fors, I. de (8 de abril de 2009). Sobre la necesidad de perfeccionar el Ordenamiento jurídico. *Diario La Ley*, 7152.
- Roca Trías, E. (1999). Familia y cambio social. De la «casa» a la persona. *Cuadernos Civitas*.



Roca Trías, E. (2014). *Libertad y familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2006). La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español. En *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.

Tenorio Sánchez, P. (2012). Constitución y familia. Tratamiento constitucional de la familia. En *El valor de la educación. (Liber amicorum)*. Madrid: Universitas.

Vegas Torres, J. (2016). Competencia y procedimiento de los expedientes de Juris-

dicción voluntaria. En *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción voluntaria*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Verdera Izquierdo, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Xiol Ríos, J. A. (2011). El diálogo de los Tribunales. *Revista del Poder Judicial*. CGPJ, 90.