



## Trabajo de Fin de Máster

La figura paterna en los procedimientos contenciosos de nulidad, separación y divorcio.

Autora: Ana María Barroso Ventura.  
Tutora: Doña Paloma Factor San José.

## Índice

Prólogo.....	4
1. Introducción.....	6
2. Origen histórico de la Familia.....	11
2.1. La familia en el Derecho Romano.....	11
2.1.1. Concepto de familia: sentido amplio y sentido estricto.....	11
2.1.2. Modos de entrar en la familia: por nacimiento o por adopción.....	14
2.1.3. La filiación.....	16
2.1.4. La extinción de la patria potestad y de la manus .....	17
2.1.5. La situación patrimonial que tienen los hijos.....	18
2.1.6. El matrimonio.....	20
2.1.7. La relación patrimonial entre cónyuges: la dote. ....	26
2.1.8. La dote: concepto, clases, propiedad, limitaciones y devolución. ..	27
2.1.9. El divorcio en el Derecho Romano.....	30
2.2. El siglo XIX: la promulgación del Código Civil .....	31
2.3. La familia en el siglo XX .....	34
2.4. Transición y democracia: la formación de la nueva familia española ....	37
2.5. El papel del hombre y la mujer en la familia. ....	39
3. Tipos de familia en la actualidad: tradicional y los nuevos modelos.....	42
3.1. La familia tradicional.....	43
3.2. Los nuevos modelos de familia.....	44
3.2.1. La familia monoparental .....	44
3.2.2. La familia reconstituida .....	45
3.2.3. La familia homoparental .....	46
4. Formas de ser hijo: por filiación o por adopción. ....	51
4.1. La filiación .....	51
4.2. La adopción .....	52
5. El interés superior del menor: concepto, regulación, aplicación y finalidad....	58
6. Disolución del vínculo matrimonial: nulidad, separación y divorcio. ....	61
6.1. La nulidad: concepto y regulación.....	61
6.2. La separación: concepto, regulación y cambios que se producen. ....	63
6.3. El divorcio: Concepto, regulación y tipos. ....	65
7. El convenio regulador: contenido y tipos. ....	68
8. La custodia y la patria potestad: conceptos, regulación y diferencias.....	70

8.1. La custodia: concepto, normativa y tipos. ....	70
8.2. La patria potestad: concepto, normas aplicables. ....	72
8.3. Diferencias entre la patria potestad y la custodia .....	73
9. La pensión de alimentos y la pensión compensatoria: conceptos, regulaciones y diferencias.....	74
9.1.1 La pensión de alimentos: concepto, regulación, finalidad.....	74
9.2. La pensión compensatoria: concepto, normativa aplicable, finalidad. ....	76
9.3. Diferencias entre la pensión de alimentos y la pensión compensatoria ...	77
10. El procedimiento de familia: contencioso o mutuo acuerdo .....	78
10.1. Procedimiento contencioso.....	78
10.2. Procedimiento mutuo acuerdo .....	80
10.3. Pruebas que pueden practicarse: inspección ocular del menor, el informe psicosocial y la declaración de los menores. ....	82
10.3.1. La inspección ocular de un menor realizado por el Juez.....	82
10.3.2. El informe psicosocial de los menores .....	83
11. ¿Existe una desigualdad entre los progenitores en la nulidad, separación y divorcio en el ámbito contencioso? .....	85
12. Conclusiones .....	98
13. Bibliografía.....	110
Legislación .....	111
Jurisprudencia. ....	114
Enlaces .....	115
14. Anexos.....	119
Anexo I. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2013.....	120
Anexo II. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2014.....	121
Anexo III. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2017 .....	122
Anexo IV. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2018 .....	123
Anexo V. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2019 .....	124
Anexo VI. Comparativa 2013-2019 .....	125

## Prólogo.

Lo que me lleva a hacer este trabajo de investigación es mi propia historia personal. Mi padre antes de formar mi familia, formó otra con anterioridad.

De su primer matrimonio nació un hijo, mi hermano mayor. Cuando se dio por finalizado este matrimonio, mi padre tuvo que acudir a los tribunales para que se acordase un régimen que regulase la custodia de mi hermano. Estos tribunales concedieron una custodia monoparental materna, quedando mi padre relegado a un régimen especial de visitas pactado.

Recuerdo que, cuando era pequeña, no entendía por qué siempre podía estar con mi hermano mediano y solo un mes al año con mi hermano mayor. No entendía por qué aquel mes que pasábamos, los tres hermanos juntos, tenía que acabarse. No entendía porque tenía que ver a mi padre triste cada vez que llegaba la hora de la despedida.

A medida que fui creciendo, mi padre iba dando respuestas a aquellas preguntas que de pequeña no lograba comprender. Me explicó que mi hermano mayor y él solo podían estar juntos aquel mes porque un juez así lo había dictaminado. Me explicó también que, aunque él no estaba de acuerdo, teníamos que respetar estas medidas. Me explicó que, aunque él viviría con los tres, nos teníamos que conformar con vivir al máximo esos treinta días al mes.

A pesar de todas estas explicaciones que me iba dando mi padre a lo largo de los años, yo no podía evitar pensar que todo ello fuera injusto. Para mí era tan injusto que mi hermano no pudiera disfrutar, como mi hermano y yo lo hacíamos, de mi padre. Me parecía injusto que no pudiera ir al cole de la mano de mi padre como yo, que no pudiera jugar con nosotros en la playa, que no pudiera ir con nosotros al cine, etc. En definitiva, me parecía injusto no poder tener una relación normalizada con mi hermano mayor. Pero, siempre he pensado que nuestra situación sería algo excepcional.

Por eso decidí hacer este trabajo, que comencé con esa visión de niña en la que recuerdo a mi padre llevando a mi hermano, lo que suponía una fiesta en casa debido a lo excepcional del momento, en el convencimiento que éramos una excepción de este país. Porque a esa niña no le cabía en la cabeza que había una familia en la que los hermanos no podían tener una vida normal y continuada que tuvieran mamás diferentes.

Que comencé este trabajo con la esperanza de ser “una situación especial”, lamentablemente como veremos, durante muchos años y, aun hoy, mi situación familiar es una situación más que habitual.

La mujer que hoy soy, que pronto, ejercerá como abogado, le tiene que decir a esa niña: “Ana, cariño, hay más niños que viven la misma situación que tú”; porque a esa niña no le consuela, pero alomejor le ayuda a entender que hay más niños como ella cuando sean mayores, es decir, ahora, podremos ayudar a que la situación cambie; y eso, a Anita y a mi nos da una luz de esperanza.

## 1. Introducción.

Con el presente trabajo se realizará un acercamiento relativo a la figura del hombre en la familia, además de hacer un estudio detallado de todas las cuestiones que encierra este tema tan amplio, y de este modo poder dilucidar si existe o no una posible desigualdad del hombre en los procesos de familia.

El enfoque jurídico principal consiste en conocer si los Tribunales utilizan de manera adecuada los artículos 14, 24.1, 39.1 y 117.3 de nuestra Constitución Española<sup>1</sup>, en los supuestos de separación o divorcio; y en cualquier cuestión relacionada con los hijos de ambos. En ellos se propugna respectivamente:

*“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”,  
“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”,  
“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” y “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.*

Previamente, se abordará el origen de la familia en el Derecho Romano, así como la evolución acaecida desde el siglo XX hasta la actualidad.

En un primer plano, es necesario conocer, que la Real Academia Española de la Lengua, define el matrimonio mediante dos acepciones <sup>2</sup>, que son

---

<sup>1</sup> Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. <https://www.B.O.E.es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1978-31229>

<sup>2</sup> Definición oficial del término “matrimonio”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua.

complementarias entre sí, sin poder separarse, en la sociedad actual en la que vivimos, puesto que; sin una de ellas, la otra carecería de sentido. Éstas son la *“unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”*, y además; se completa al añadirse que *“en determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”*.

Dependiendo del ámbito del derecho al que nos refiramos, podemos contemplar lo previsto en el Código Civil y el significado que se aporta canónicamente.

En el diccionario previamente referido <sup>3</sup>, se deduce de los artículos 44 y siguientes de la norma expuesta<sup>4</sup>, que nos encontramos ante una *“unión entre dos personas de distinto o igual sexo contraído con los requisitos establecidos en la legislación civil”*. Canónicamente<sup>5</sup>, se entiende como aquella *“unión del varón y la mujer, fundada sobre el mutuo consentimiento, que tiene por fin la comunicación íntima de vida y amor y la generación de los hijos, y que, entre bautizados, es siempre sacramento”*.

Asimismo, debemos hacer alusión al concepto de familia. La Real Academia Española <sup>6</sup> la define como *“conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”*. Jurídicamente<sup>7</sup> esta acepción se fija como el *“grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”*.

---

<https://dle.rae.es/matrimonio>

<sup>3</sup> Definición jurídica del término “matrimonio”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, realizado en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/matrimonio>

<sup>4</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>5</sup> Definición jurídica del término “matrimonio”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/matrimonio>

<sup>6</sup> Definición oficial del término “familia”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua.

<https://dle.rae.es/familia>

<sup>7</sup> Definición jurídica del término de “familia”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/familia>

Es fundamental en este tema, hacer hincapié en diversas acepciones con gran trascendencia jurídica; aunque muchas son conocidas por todos, el fundamento esencial de cada una de ellas y el verdadero significado y aplicación en cada uno de los casos muestran ciertas dificultades y peculiaridades. Algunas de éstas son: patria potestad, custodia, pensión de alimentos, pensión compensatoria, informe psicosocial, separación, divorcio, entre otros.

El matrimonio puede disolverse por medio de la separación o del divorcio. El primero de los términos, viene delimitado<sup>8</sup> como una *“interrupción de la vida conyugal por conformidad de las partes o fallo judicial, sin que quede extinguido el vínculo matrimonial”*. En el ámbito legal<sup>9</sup>, es entendido como aquella: *“situación jurídica consistente en el mantenimiento del vínculo conyugal con cese de la convivencia entre los cónyuges”*.

Por el contrario, el divorcio<sup>10</sup> se entiende como la acción de *“disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese de la convivencia conyugal”*.

Los juristas<sup>11</sup> lo entendemos como una *“acción que permite a cualquiera de los cónyuges solicitar judicialmente el divorcio, pudiendo solicitarse conjuntamente o uno de ellos con o sin el consentimiento del otro”*.

La consecuencia por la que se originan los distintos procedimientos de familia, es por la separación, el divorcio o la solicitud de modificación de medidas no definitivas, o definitivas cuando existen circunstancias nuevas y esenciales.

---

<sup>8</sup> Definición oficial del término “separación”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua.

<https://dle.rae.es/separacion>

<sup>9</sup> Definición jurídica del término “separación”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/separaci%C3%B3n-conyugal>

<sup>10</sup> Definición oficial del término “divorcio”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua.

<https://dle.rae.es/divorciar>

<sup>11</sup> Definición jurídica del término de “divorcio”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/acci%C3%B3n-de-divorcio>

Por último, en estos procedimientos, una de las cuestiones discutidas, es la custodia de los hijos de la pareja, así como; la patria potestad de éstos. Por ello, vamos a explicar el significado que tiene de custodia, patria potestad y los menores. Entendemos por custodia <sup>12</sup> la *“medida de seguridad que deja al sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el juez de vigilancia penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado”*.

La patria potestad<sup>13</sup> es *“la potestad ejercida por los padres en beneficio de sus hijos no emancipados, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica”*.

Los menores<sup>14</sup> son los grandes afectados por las decisiones que un juez toma sobre las medidas que se adoptaran en cada caso, éstos son *“personas que no han cumplido los dieciocho años”*. En cualquier caso, los jueces tienen la obligación junto con el Ministerio Fiscal de velar por el interés superior del menor, el cual será expuesto en el cuerpo de este análisis, y para ello suele realizarse un informe psicosocial por el juzgado que determine la idoneidad de las recomendaciones en cuanto a las medidas que van a adoptarse; es imprescindible para dar cumplimiento al Código Civil que los menores a partir de los 12 años o con cierta madurez, sean inspeccionados directamente por el Juez.

A través del Instituto Nacional de Estadística, se podrá comprobar la tendencia judicial dependiendo del territorio nacional en el que nos encontremos, en cuanto a la adopción de medidas judiciales, tanto provisionales como definitivas; para poder observarlo de forma gráfica y visual se anexaran mapas que puedan clarificar esta cuestión.

---

<sup>12</sup> Definición jurídica del término de “custodia”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/custodia-familiar>

<sup>13</sup> Definición jurídica del término de “patria potestad”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/patria-potestad>

<sup>14</sup> Definición jurídica del término de “menor”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dej.rae.es/lema/menor>

Para concluir, entendiendo todas las modificaciones y variantes existentes en los distintos Códigos Civiles aplicables en España, la familia ha ido evolucionando a lo largo de los años, dando lugar a nuevos modelos distintos de la clásica familia tradicional.

Todas estas cuestiones expuestas acerca de la familia, nos exigen el conocimiento de su origen, a fin de comprender la composición, el concepto y el significado de dicho término por estar ante una interacción entre el pasado y el presente.

## **2. Origen histórico de la Familia.**

En este primer apartado vamos a abordar el concepto y la evolución que tiene la familia, comenzando por el Derecho Romano. La definición aportada del Derecho Romano acerca del término familia, es un pilar esencial y fundamental para poder entender esta institución jurídica que se ha ido transformando por los distintos momentos históricos y cambios que se producen.

Es importante destacar como hecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico la codificación, promulgación y la publicación del Código Civil.

Posteriormente, expondremos las circunstancias relevantes acaecidas durante los años sesenta, setenta, ochenta y noventa; y por último, desde el año dos mil hasta la actualidad. Es necesario este análisis para poder observar las diferencias que han ido sucediéndose a lo largo del tiempo, y que ha dado lugar a la familia que actualmente conocemos.

### **2.1. La familia en el Derecho Romano.**

Es fundamental conocer el concepto del término familia. Éste tiene dos sentidos: el estricto y el amplio<sup>15</sup>.

#### **2.1.1. Concepto de familia: sentido amplio y sentido estricto.**

En sentido estricto <sup>16</sup>, se puede definir la familia, como aquel conjunto de personas que se encuentran bajo una misma potestad, bien puede ser por su

---

<sup>15</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, páginas 131 y ss.

<sup>16</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 131.

naturaleza; o bien, por el derecho. Todos estos sujetos se encuentran bajo el poder del *pater familias* o cabeza de familia; y tienen la condición de *alieni iuris*<sup>17</sup>, es decir, aquella persona que se encuentra sometido al padre de familia y por tanto tiene una limitación y restricción para poder ejercer algunos derechos. Una vez que hubiera fallecido el cabeza de familia, cada una de estas personas cambiará su condición; pasando a ser *sui iuris*, lo que significa que desde ese momento tendrá plena capacidad jurídica para obrar libremente.

Cualquier ciudadano romano que sea varón y tenga la condición de *sui iuris* podrá ser *pater familias*; y tendrá la autoridad sobre toda su familia. Dependiendo de la época del derecho romano a que nos refiramos, este concepto queda limitado, de tal modo que, en la época romana existe un poder absoluto debiendo únicamente darse cumplimiento a los denominados *mores maiorum*, entendiendo este término como los usos y costumbres tradicionales de la sociedad romana.

Durante la República, los censores podían declarar infame al *pater familias*; cuando éste, tuviera una conducta contraria a las buenas costumbres. En la época imperial, a cualquier persona que esté a cargo del cabeza de familia, se le permite; por la creación de la nueva legislación, acudir al emperador para que pueda valorar si es o no abusiva la actitud o conducta que éste tuvo.

Los poderes que tiene el *pater familias* son:

- el derecho de vida y muerte
- el derecho de vender a su hijo en el extranjero
- derecho de exposición o abandono del recién nacido
- y la posibilidad de actuar a través de la acción noxal, que es aquella en virtud de la cual el padre de familia puede entregar a su hijo para librarse de todas las consecuencias que deriven los actos ilícitos que este hubiera cometido.

---

<sup>17</sup> Definición jurídica del término “alieni iuris”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.  
<https://dpej.rae.es/lema/alien-iuris>

En el sentido amplio<sup>18</sup>, la familia es entendida como el conjunto de personas que estarían bajo una misma potestad, en caso de que viviera en ese momento el cabeza de familia. En general, este concepto se aplica en cuestiones relativas a la herencia; de tal modo que el primer grado son los *herede sui* o herederos legítimos; y si éstos no estuvieran, deberán heredar los parientes que se denominan *agnados*<sup>19</sup>, es decir, aquellos que sean consanguíneos por la línea masculina.

Es necesario hacer referencia en este punto, a los grados y líneas de parentesco<sup>20</sup>, abordando conceptos como: agnación, cognación y afinidad.

El primero de estos términos se define como aquel parentesco que tiene un vínculo civil, es decir, que está basado en el poder que tiene el *pater familias* sobre las personas, pero, sin olvidar, que la línea que se sigue es la masculina. La cognación, por el contrario, se define como aquel vínculo basado en los lazos de sangre; y seguirá, tanto la línea masculina como la femenina.

Ambos términos pueden darse de forma conjunta, pero no es requisito indispensable; ya que, en ningún caso son acepciones excluyentes.

La afinidad es aquel parentesco que nace con el matrimonio entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge.

No hay que olvidar que para conocer cuáles son los parientes más próximos, debemos diferenciar entre la línea recta; que es aquella que une a una persona con sus ascendientes y descendientes; y la colateral, que es la que relaciona aquellos parientes que tienen un antepasado común. Cada una de estas líneas debe dividirse en grados; contándose uno por generación y existiendo tantos como éstas.

---

<sup>18</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 132.

<sup>19</sup> Definición jurídica del término “agnado”, de la Real Academia Española de la Lengua.  
<https://dle.rae.es/agnado>

<sup>20</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 133.

### 2.1.2. Modos de entrar en la familia: por nacimiento o por adopción.

Para entrar en la familia<sup>21</sup> a través del nacimiento es necesario que se cumplan tres requisitos, para que se considere como tal; éstos son:

- que el que haya nacido debe haberlo hecho dentro de un matrimonio legítimo y, además, debe ser procreado por un varón de la familia, sin que sea relevante su condición de *sui iuris* o de *alieni iuris*.
- el parto debe de haberse producido en los seis meses siguientes desde que se produjo el matrimonio, o bien, antes de los diez meses de su disolución, lo que supone, que el hijo debe ser reconocido por su padre a través de un ritual. En éste el padre pone al recién nacido entre sus pies y si lo cogiera, significa que se ha producido dicho reconocimiento. No se permite que, se realice dicho acto, en el caso de que no se cumplan los plazos expuestos en el requisito anterior.
- 

Entendemos por adopción en Derecho Romano al ingreso de una persona considerada extraña, en la familia del adoptante, teniendo éste la condición de su hijo, o bien, un descendiente con un grado ulterior.

Hay dos tipos de adopción: la adopción simple y la *arrogatio*.

- Adopción simple: debe cumplir con varias condiciones. Éstas son: que el adoptado sea *alieni iuris* y el adoptante un varón *sui iuris*. En un primer momento, se debe conseguir que el hijo esté emancipado, o bien, que su *pater familias* le emancipe. Para lograr extinguir la patria potestad, solía hacerse a través de las tres ventas del hijo, por medio de la creación de una ficción jurídica en una ceremonia. Posteriormente, se celebraba la *in iure cesio*; que es un proceso en el que, se vuela a utilizar la ficción jurídica nuevamente, realizado ante el Pretor; dónde el

---

<sup>21</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 133 y ss.

adoptante reivindicar su potestad sobre el adoptado, sin que su *pater familias* debiera pronunciarse.

- La *arrogatio*, es aquel acto en el cuál, un *pater familias* es adoptado, por otro en condición de su hijo, perdiendo el adoptado, todos aquellos poderes que tenía sobre los miembros de su familia; y pasando a estar bajo la potestad del adoptante. En este momento, todos los adoptados pasarán a tener la condición de agnaticios de la familia adoptante. Para poder realizarse este procedimiento, dependerá del momento histórico, es decir, en la monarquía debía existir un acuerdo de los comicios curiados para que el pontífice máximo lo ratificara; en la República solamente debía haber un acuerdo por treinta lictores; y durante el Imperio Romano debía hacerse a través del *rescripto*.

El efecto principal que tiene la adopción consiste en la pérdida de los derechos de la familia originaria, y la adquisición de los de la nueva familia a la que se pertenece.

En la arrogación, el *pater familias* se convierte en *filius familias* o hijo de familia, por sufrir una *capitis diminutio mínimaes*, es decir, pasaría a ser *alieni iuris*, y dependerá del adoptante. Los derechos y poderes que tuviera el arrogado, pasarán a ser del arrogante. En cuanto a las deudas; las únicas de las que responde el *pater familias* que hubiera sido adoptado, son las de carácter hereditario.

En caso de que se emancipe, aquel que hubiera sido arrogado con anterioridad, es obligatorio que haga una devolución de todos los bienes y derechos que tuviera antes de que se hubiera producido este proceso. En el caso en el que no hubiera justa causa o hubiera sido desheredado el arrogante, el *pater familias* deberá entregarle una cuarta parte de su patrimonio.

Por otro lado, podemos encontrarnos con el concepto de la *conventio in manu*, definida como el ingreso de la mujer en la familia del marido, ocupando el lugar

de una hija, siempre que el esposo fuera *pater familias*; o una nieta, si el cónyuge fuera *alieni iuris*. El modo por el cual se produce este efecto es a través de una ceremonia en la que el marido adquiere la *manus* de su mujer, esto es la potestad del paterfamilias sobre la esposa, sin que se otorgue ningún tipo de derecho hereditario, ya que se adquirirá por formar parte de la familia en calidad de hija o nieta. Es necesario aclarar que con el matrimonio no nace la *manus*.

El procedimiento por el que se adquiere la *manus* sobre la mujer, pueden ser a través de la *confarreatio*, la *coemptio* o por el *usus*.

El primero de ellos, consiste en una ceremonia religiosa ante el Pontífice Máximo, el sumo sacerdote de Júpiter, 10 testigos y los novios. Solo podrá ser celebrada por los Patricios y desaparecerá en el siglo I.

La *coemptio* consiste en una ficción jurídica, en la que se trata de realizar una venta de la mujer a través de la *mancipatio*; de este modo nacerá la *manus* del esposo sobre su mujer.

Por último, el *usus*, será utilizado en los casos en los que no se hubiera realizado ninguno de los anteriores. La mujer pasará a tener la *manus* de su marido cuando haya habido un año consecutivo e ininterrumpido de convivencia. El único modo por el que se evitaría, será a través de la ausencia de la mujer durante tres noches consecutivas del hogar donde viven ambos cónyuges.

### **2.1.3. La filiación.**

Los hijos en Roma podían ser de tres tipos: legítimo, ilegítimo o natural<sup>22</sup>. El primero de ellos, será el que hubiera nacido de justas nupcias. El segundo, está compuesto por aquellos que pertenecen a relaciones que son

---

<sup>22</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 133 y ss.

extramatrimoniales, y, por último, los hijos naturales son aquellos que hubieran venido al mundo en una unión en la que no hubiera un matrimonio como consecuencia de una decisión entre las partes.

A partir de la época postclásica se permitía que los hijos naturales pudieran adquirir la condición de legítimos siempre que, hubiera un matrimonio de los progenitores, además, éste debería haber sido posible, en el momento de la concepción. Habrá que redactarse un documento en el que se separe el concubinato del matrimonio. Es imprescindible, que el hijo sobre el que se va a modificar esa condición, no se oponga a ello.

Otras posibilidades por las que un hijo puede ser considerado legítimo sin serlo de origen, serán a través del ofrecimiento de éste a la *curia*, y a través del *rescripto* imperial.

Con el ofrecimiento a la *curia*, se consigue la legitimación para el cargo municipal de decuriones, y si fuera una hija se entrega al decurión. El decurión se define como aquel cargo de carácter municipal, que ocasiona pocos beneficios y gran cantidad de cargas.

El rescripto imperial, será aplicable en los casos en los que el matrimonio es imposible por ausencia de la mujer, o bien, por el fallecimiento de ésta. Se solicita al emperador; el cual deberá aceptar y reconocer esa imposibilidad, y por ello, conceder, la legitimación del hijo.

#### **2.1.4. La extinción de la patria potestad y de la manus.**

El primer medio por el que se podía extinguir la patria potestad<sup>23</sup>, desde la época de Justiniano, se concedía automáticamente, siempre que se diera alguna de las siguientes circunstancias. Éstas son: que una mujer abortase,

---

<sup>23</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 153.

que el *pater familias* no alimentase a su hijo, o bien, que lo abandona en lugares públicos o lo arrojase. Desde ese momento se deja de tener derecho sobre esos hijos. El abandonado tendrá la condición de *sui iris*, y si es varón podrá ser *pater familias*.

Fuera de los casos expuestos, la patria potestad se extinguirá siempre que hubiera fallecido el *pater familias*, por arrogación, por pérdida del *status* (en este caso se equipara la persona a una cosa), por la pérdida de la ciudadanía romana por haberse convertido en esclavo, por la adopción, por el matrimonio *cum manu*, por la exposición del hijo, la prostitución de una hija por su padre, en los casos en los que se celebre un matrimonio incestuoso o por la emancipación del hijo.

#### **2.1.5. La situación patrimonial que tienen los hijos.**

Los hijos de familia carecen de patrimonio<sup>24</sup> y todo lo que adquieren pasa a ser propiedad del *pater familias*. Como regla general, los hijos no pueden ser propietarios, ni tienen capacidad jurídica, ni derechos, ni obligaciones; solo podrán tener capacidad de obrar.

El peculio es el modo por el cual, se permite al hijo tener ciertos bienes; se denomina *iuri peculi*. Este derecho no lo tienen los *pater familias*; sino que pertenece a sus descendientes. Los tipos son: *profecticio*, *castrense*, *cuasicastrense* y *adventicio*.

El primero de ellos, se da, en los casos en los que el padre le entrega a su hijo unos bienes, para que los administre y los disfrute. Se permite la revocación de esa entrega, pero siempre que exista una causa justificada, puesto que los usos sociales, así lo exigían. Este peculio suele estar formado por aquellos bienes que el hijo ha ido ganando por los negocios jurídicos o las herencias

---

<sup>24</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano* (10ª edición), editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 157.

que recibió, o pudiera recibir. En caso de que se generasen deudas en la administración de dichos bienes, el *pater familias* deberá responder de éstas con el límite del valor máximo de lo entregado. Desde que Augusto es nombrado Emperador, se reconocen a los hijos de familia, cierta capacidad patrimonial, pero no se permite la ejecución de ninguna sentencia contra éstos.

El peculio *castrense* se encuentra formado por todos aquellos bienes que han sido adquiridos por el hijo de familia mientras se encontraba en el ejército.

Desde ese momento, se adquiere la propiedad sobre dichos bienes. La forma de adquisición de éstos puede ser, bien por actos jurídicos *inter vivos*, denominado *interino*; o bien, pueden obtenerse esos bienes por *mortis causa*, es decir, por medio del testamento; ya que, el hijo de familia dispone de los bienes que le hubiera dejado el causante. En los casos de *intestato*, los bienes serán propiedad del *pater familias*.

En este caso, al igual que, en el anterior, las deudas que pudieran existir solo serán respondidas con el valor máximo que tuviera este peculio.

El peculio *cuasicastrense* se encuentra formado por todos aquellos bienes adquiridos por el hijo de familia como consecuencia de su trabajo en la Corte Imperial. Como en los casos anteriores, debe responder de las deudas el *pater familias* que se pudieran ocasionar, hasta el límite que adquiere dicho peculio.

Por último, el peculio *adventicio* se define como aquel que se encuentra formado por los bienes que el hijo de familia adquiere como consecuencia de una herencia recibida de los ascendientes maternos. Conforme históricamente se avanza, este tipo de peculio se extenderá a todos los bienes que el hijo adquiere, también aquellos que se ocasionan como consecuencia de las donaciones nupciales. Desde la época de Justiniano, se incluyen también, aquellos bienes por el trabajo que se hubiera realizado.

La forma de reclamar las deudas a los hijos, será a través de las acciones adyecticias o acciones agregadas, en las que en la *intentio* o petición

aparecerá el nombre de éste, pero en la *condemnatio*, conocida actualmente como fallo en una sentencia dictada por el juez solo podrán aparecer el del *pater familias*.

### 2.1.6. El matrimonio.

Antes del matrimonio<sup>25</sup> deben de celebrarse los denominados esponsales, que es una promesa recíproca de futuro matrimonio. La regulación varía según la época en la que nos encontramos.

En la época antigua se realiza a través de la *sponsio*, que es un contrato verbal solemne basado en el juego pregunta – respuesta, dónde se crea un vínculo jurídico; pudiendo fijarse una cantidad en modo de pena si se incumpliera dicho acuerdo. En el caso de que no se pagase dicha pena, a través de la *sponsio* podía reclamarse ante el pretor.

Durante la época clásica se utiliza un acuerdo no formal. En estos casos, no se crea un vínculo jurídico; por ello, no se fija una pena; y cualquiera de las partes puede desligarse de su promesa sin que exista ninguna repercusión jurídica.

En la época postclásica surgen las arras esponsalicias, que es un conjunto de dinero o de cosas que los novios intercambian, para asegurar su promesa de matrimonio. En caso de incumplimiento del acuerdo, se debe devolver aquello que se recibió, así como, cuatro veces más de lo recibido, que desde Justiniano se reduce, debiendo únicamente entregarse el doble.

Las excepciones que pueden darse respecto de la fase siguiente, es decir, del matrimonio son la edad y el luto. El primero de ellos, permite que se celebre antes de la entrada en la pubertad, fijándose por Justiniano este momento a los siete años. Además, para celebrarse no se exige que la mujer haya cumplido el periodo de luto.

---

<sup>25</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, páginas 134 y ss.

La segunda fase, es el matrimonio en sí, el cual, es definido como la unión de un hombre con una mujer; con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble. Estamos ante un hecho social que provoca efectos jurídicos.

En la época clásica, la celebración, la disolución y la extinción tiene una regulación ética, pero no jurídica. Para la celebración del matrimonio, no había ninguna forma exigida, pero debido a la importancia del acontecimiento, en la práctica se realizaban rituales y una ceremonia. El derecho no exige ninguna forma para la disolución, basta con la intención de no continuar en dicho matrimonio.

En época postclásica, con el cristianismo se comenzó a realizar ceremonias y a prohibirse el divorcio.

Los elementos del matrimonio son: la convivencia conyugal en sentido ético, y el *affectio maritalis*, entendiendo esta como la voluntad de ser marido o mujer. Se permite que el matrimonio se realice entre ausentes, siempre que el ausente sea el hombre y la mujer permanezca en el domicilio conyugal. En caso de que no haya convivencia, debe haber *honor matrimonii*, es decir, el respeto debido entre cónyuges comportándose como marido y mujer en sociedad, y no hay que olvidar guardar el *affectio maritalis*; que es la intención de ser marido y mujer; ya que, si no la hubiera, estaríamos ante un concubinato; y una vez desaparecida se disolvería el matrimonio.

Las características del matrimonio son que el consentimiento sea vitalicio, la relación debe ser monogámica, la vida debe ser en el domicilio doméstico, y si la mujer sale y abandona el domicilio conyugal, el marido podrá recuperarla por medio del *interdicto*. El fin primordial del matrimonio es tener hijos, y no se permite el sometimiento del matrimonio a términos ni condiciones.

Los requisitos para contraer matrimonio se pueden clasificar en positivos y negativos. Los requisitos positivos son la capacidad natural, que exige haber llegado a la pubertad; fijándose este concepto en los hombres a los catorce

años y en las mujeres a los doce; la capacidad civil consistente en tener el *ius connubi*, que pertenece a los ciudadanos romanos y algunos latinos y peregrinos y, además, debe existir un consentimiento de los novios cuando sean *sui iuris*, ya que, si fueran *alieni iuris*, deberá incluirse la del *pater familias*.

Los requisitos negativos, también denominados impedimentos se dividen en absolutos o relativos.

Los primeros son aquellos que impiden el casamiento. Estos casos se dan cuando el matrimonio ya existente, o bien, hay esclavitud de uno de los cónyuges, o cuando existe el voto de castidad y de órdenes mayores o cargos sacerdotales.

Los segundos, son aquellos impedimentos que podrían darse para que no se pueda celebrar el matrimonio. Éstos son que haya un parentesco de sangre en línea recta afectando a cualquier grado y en línea colateral hasta tercer o sexto grado dependiendo de la época histórica en la que nos encontremos.

Además, se incluye la afinidad, es decir, el parentesco con los parientes del otro cónyuge, el parentesco espiritual, que es aquel surgido entre el padrino y su ahijada, el adulterio, el rapto, o cuando sea por razón de tutela o de cargo público.

A través del matrimonio, se determina la filiación legítima. La mujer adquiere la misma posición social del marido, adquiriendo la obligación de mantenerse en el domicilio conyugal con o sin su voluntad.

Es necesario en el matrimonio, la ayuda y el respeto entre los cónyuges sin poder ser llamados a juicio el uno contra el otro sin necesidad de una previa autorización por el Magistrado. Tampoco podrán ser obligados a testificar contra el otro cónyuge; y si se niegan no serán declarados *inestabilis*, aunque sí podrán testificar; si así lo desean.

La infidelidad se sancionará dependiendo de quién fuera el infractor. Si se cometiera por las mujeres, se considera un crimen público, que se atenuaría si el marido previamente hubiera cometido otro de igual entidad. Sin embargo, los hombres solamente deberán afrontar una pena pecuniaria y devolver la dote entregada.

En ningún caso, se permitirá la donación entre cónyuges, a fin de evitar el fraude de acreedores. No se consideraba un hurto la sustracción de los bienes por un cónyuge al otro. Pudiendo el marido recuperar el valor de los bienes, alegando esta circunstancia en el momento de la devolución de la dote.

A la mujer viuda se le exigía un periodo de luto durante diez meses (en época antigua y clásica) o doce meses (en época postclásica), para poder evitar de este modo, una confusión con la paternidad de los hijos. Si el matrimonio ocurriera antes de estos plazos, a pesar de ser válido, acarreará la consecuencia de considerar ignominiosos a los cónyuges; y al *pater familias* por haber autorizado el matrimonio.

Los derechos que hay entre ambos esposos son de alimentos y de sucesión. En la época antigua los matrimonios más habituales son *cum manu* y era muy raro que la gente se divorciara.

En época clásica los divorcios y la voluntad de no casarse aumenta.

Al inicio del principado, Augusto decide publicar unas leyes para poder fomentar los matrimonios. Estas leyes son: la *lex iulia de maritandis ordinibus* y la *lex iulia papia*, que se unifican en una única denominada *lex iulia y papia*.

Las únicas prohibiciones que se prevén en esta norma para la celebración de los matrimonios son de ingenuos y de mujeres de mala fe, así como, aquellos entre los senadores o de sus descendientes con libertos.

Esta legislación obliga a contraer matrimonio (a los hombres entre veinticinco y sesenta años; y a las mujeres que se encuentren comprendidas entre los veinte y los cincuenta años) y a tener hijos. Están exentos de esta obligación, los ingenuos que han tenido al menos tres hijos y los libertos que han tenido al menos cuatro hijos.

Los beneficios de cumplir los mandatos de casarse y tener al menos tres hijos los ingenuos y cuatro los libertos son que la mujer queda libre de tutela y se la exime de realizar *munera*. La *munera* es entendida como aquel cargo obligatorio que los ciudadanos deben prestar a la comunidad. Además, se permite que la magistratura pueda ser ocupada antes de la edad prescrita, y se restaran tantos años como hijos se tengan. Y por último se les eximirá de ser jueces o tutores.

Las sanciones impuestas por incumplimiento de esta ley van dirigidas al ámbito hereditario. Estas sanciones incluyen, que los solteros no pueden adquirir una herencia, excepto de los parientes próximos en línea recta o cuando exista una extrema necesidad. Los hijos casados, pero que no hayan tenido hijos solo recibirán la mitad de los bienes que les correspondieran del caudal hereditario.

Todos estos bienes no entregados, formarán parte del patrimonio del Estado. El matrimonio podrá disolverse por la muerte o ausencia de un periodo de quince años sin tener noticias un cónyuge respecto del otro. También, se procederá a la terminación del matrimonio por la pérdida de la libertad, en el caso en el que un ciudadano se hace preso del enemigo, aunque para el *ius civile* se recuperarán los derechos, aunque no los hechos; siendo el matrimonio un hecho. Otra de las causas de disolución, será la pérdida de la ciudadanía, siempre que se adquiera la condición de latino o peregrino sin *connubium*. Además, podrá ser causa de extinción matrimonial, la pérdida del afectio *maritalis* o el divorcio.

No hay que olvidar que, en Roma, existía una diferencia entre el repudio y el divorcio. El primero es definido como aquel acto en el que se comunica al otro cónyuge la intención de separarse, y para validarse debía hacerse delante de testigos. Sin embargo, el divorcio es el hecho mismo de separarse, es decir, dejan de vivir juntos. Dependiendo de la época a la que nos remontemos se exigían distintos requisitos.

Es indiscutible que el Derecho Romano tuvo una gran influencia en la regulación del matrimonio en del Código Civil. En la actualidad, esa promesa de matrimonio es definida por García Varela<sup>26</sup> como la idea de *“promesa hecha por ambas partes de futuro matrimonio, libremente expresada por un signo sensible, entre personas determinadas y hábiles en Derecho”*.

El Código Civil recoge en su artículo 42<sup>27</sup>, la no obligatoriedad de contraer matrimonio ni de cumplimiento en lo referente a su no celebración.

Por otro lado, el Derecho entiende esta promesa como un contrato bilateral al expresar el párrafo segundo del mismo artículo, en su tenor literal expone que *“no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”*, lo que significa que no se puede obligar al cumplimiento forzoso de la misma. Asimismo, se trata de un acto jurídico bilateral al existir la obligación de resarcimiento por el daño causado de una parte hacia la otra.

En el siguiente precepto de la misma norma <sup>28</sup>, expone que en caso de incumplimiento injustificado de la promesa de matrimonio se producirán efectos resarcitorios a la otra parte de aquellos gastos y obligaciones hechos por quien si estuviera dispuesto a cumplir lo acordado.

---

<sup>26</sup> QUESADA SANCHEZ, A. J., *Consecuencias prácticas derivadas de la llamada Promesa de Matrimonio*, Derecho Civil, Noticias Jurídicas, Madrid, 2011.

<sup>27</sup> Artículo 42 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>28</sup> Artículo 43 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

Autores como Vázquez Iruzubieta<sup>29</sup>, definen este precepto como “*un contrato atípico, no formal, ni solemne, ni oneroso, causado por una obligación natural de hacer, cuyo incumplimiento, por ello mismo, no es exigible coercitivamente, produciendo solamente efectos patrimoniales de carácter resarcitorio, que no se rigen por las normas genéricas de la responsabilidad civil, sino que es la de esta misma materia quién las determina en su cualidad y alcance*”.

Por todo lo expuesto, se hace preciso determinar que el matrimonio es un negocio jurídico por el que ambas partes prestan su consentimiento, siendo ambas siempre mayores de edad o menores emancipados, siempre debiendo tener más de dieciséis años de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 315 y 320 del Código Civil<sup>30</sup>.

#### **2.1.7. La relación patrimonial entre cónyuges: la dote.**

En las relaciones patrimoniales entre cónyuges<sup>31</sup> hay que distinguir los casos en los que hay matrimonio *cum manu*, respecto de aquellos en los que no se ha producido la imposición de la *manu*.

En el primero de los casos, los bienes que hubiera adquirido la mujer, serán propiedad de su esposo. En las herencias, a la mujer, sólo le pertenece la legítima; por haber perdido los derechos de su familia originaria, y haber adquirido los de la familia de su cónyuge. Destaca, qué, a través de la llamada presunción *muciana*, se consideraría heredera a la esposa de todos aquellos bienes muebles, salvo qué, hubiera una prueba en contrario por alguno del resto de los herederos.

---

<sup>29</sup> *Promesa matrimonial*, artículo de la base de datos Wolters Kluwer.  
[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjCONDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAXHCvWjUAAAA=WKE#:~:text=La%20promesa%20de%20matrimonio%20es,Dechecho%2C%20susceptibles%20de%20poder%20casarse.](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjCONDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAXHCvWjUAAAA=WKE#:~:text=La%20promesa%20de%20matrimonio%20es,Dechecho%2C%20susceptibles%20de%20poder%20casarse.)

<sup>30</sup> Artículos 315 y 320 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>31</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 143.

En los matrimonios *sine manu*, las mujeres pueden ser *sui iuris* o *alieni iuris*. Las características de la primera son; que cada uno de los cónyuges es titular de su patrimonio; es decir, cada uno puede tener sus propios bienes muebles e inmuebles. Conforme al *ius civile*, la mujer no es heredera legítima en los supuestos de sucesión intestada, en caso de que no haya herederos agnados ni cognados, heredará la mujer, y si ésta no heredara, corresponderá la titularidad de la herencia al Estado.

Los bienes parafernales se entiende a aquel conjunto de bienes que conforman el patrimonio de la mujer, el cual, será administrado por su marido, a través de un contrato de mandato, por el cual se compromete a llevar la misma diligencia que tendrá con sus propios bienes. En el caso de no llevar una correcta diligencia, la mujer podrá pedirle responsabilidades.

#### **2.1.8. La dote: concepto, clases, propiedad, limitaciones y devolución.**

La dote<sup>32</sup> es definida como aquel conjunto de bienes o liberalidades aportados por la mujer a otra persona, en su nombre al marido, con vistas a contribuir a las cargas del matrimonio. En la práctica, era habitual que el *pater familias* entregará en dote al marido, aquello que a su hija le correspondiese por herencia, debiendo ser estos bienes en el caso de divorcio, devueltos a la mujer.

Las clases de dotes dependerán de quién las constituyera. Si fuese entregada por el *pater familias* se denomina *profecticia*. La *adventicia* se constituye por cualquier persona distinta del *pater familias*, incluyéndose a la mujer.

---

<sup>32</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018, página 144.

El modo por el que se constituirá podrá variar dependiendo de la época histórica en la que se hubiese constituido.

El derecho prevé que el propietario de los bienes dotales es el marido. Estos bienes deben ser devueltos a la mujer cuando finalice el matrimonio; siendo una ayuda para su subsistencia e incluso para permitirle poder contraer matrimonio de nuevo.

El régimen de atribución de la propiedad sobre los bienes que integran la dote implica que puede usarlos, percibir sus frutos, administrarlos, disponer de ellos a título oneroso o gratuito, así como ejercitar acciones procesales propias de cualquiera que fuera dueño.

Las únicas limitaciones que tiene el marido sobre los bienes son la posibilidad para la enajenación de los bienes inmuebles situados en suelo itálico, así como la enajenación de los bienes en suelo provincial sin que tuviera autorización de su mujer.

El marido será responsable y responderá por pérdida o deterioro de los bienes dotales en caso de que hubiere mediado dolo o culpa.

La manera por la cual el marido debe devolver la dote a la mujer varía según las épocas históricas.

En la época antigua, el marido no está obligado a devolver los bienes dotales a la mujer, pero la no devolución se encuentra “mal visto” por los usos sociales; aunque, no se encuentra regulado este aspecto jurídico, porque los divorcios no son habituales.

Durante la época Republicana, debido a la expansión de Roma y el aumento de la población, se incrementa el número de divorcios. La jurisprudencia crea una acción de restitución estimatoria por fiadores, debiendo ser solicitada por el constituyente, en virtud del cual, el marido se compromete en caso de divorcio

a la devolución de los bienes dotales. Hay dos formas de devolución de la dote entregada, bien puede hacerse por medio de la restitución de los mismos bienes que se dieron en este concepto, o bien el valor que éstos tuvieran.

Si tras el divorcio el marido no quisiera devolver los bienes que conformaban la dote y se comprometieron por estipulación a ello, se debe realizar si se ha prestado caución, una acción *estipulatoria*, y el marido a su vez, puede ejercitar la acción pretoria por sustracción de bienes por su esposa durante el matrimonio, o por hubiera habido un mal comportamiento de la mujer.

Tanto las acciones de la mujer como las del marido se ejercitan de forma conjunta siendo juicios paralelos. La mujer podrá ser condenada y la pena se restará del valor de los bienes dotales que debieran devolverse.

Por último, en la época clásica avanzada (siglo II D. C.) se crea una acción concreta para la restitución de la dote. Esta es la acción es civil y se denomina de cosas de la mujer. A través de ella, la mujer puede solicitar la restitución de la dote y el marido puede solicitar determinadas deducciones del caudal dotal y se llaman reducciones. No es necesaria la acción *estipulatoria*, para que la mujer pueda recuperar los bienes dotales. Las reducciones pueden ser por mal comportamiento, por el número de hijos, por razón de los gastos (que pueden ser útiles o necesario) realizados por el marido, por donaciones que el marido le hace a la mujer y por los bienes que han sido sustituidos por la mujer durante el matrimonio.

Actualmente, la dote existente en el Derecho Romano no tiene cabida en nuestro Derecho Civil español como obligación expresa previa al matrimonio, y en los mismos términos referidos anteriormente. Como consecuencia de la Ley de 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y debido a la existencia de diversos derechos forales se permite la formación de la dote voluntariamente, que regirá por las estipulaciones acordadas en el momento de su constitución; como ocurre en Aragón o Navarra.

### 2.1.9. El divorcio en el Derecho Romano.

El divorcio es la consecuencia de la terminación del *affectio maritalis*<sup>33</sup> cuando uno de los cónyuges decide poner fin al vínculo matrimonial.

En el Derecho Romano, existen diferencias dependiendo de si la solicitud es a instancia de la mujer o del hombre. En el primero de los casos, éste se denomina *divertere*, lo que supone el abandono del hogar familiar por parte de la mujer. En el segundo de los supuestos, al ser iniciativa del hombre, era conocido como *repudium*.

Dependiendo de la época Romana en la que nos encontrásemos el divorcio y el repudio podían ser términos utilizados indistintamente, o de manera diferente. Durante la Monarquía y la Republica, el repudio era un derecho inherente al marido o al *paterfamilias*, ocasionando de este modo la disolución matrimonial, a través del abandono o expulsión de la mujer del que fuera el hogar conyugal. Según se avanza en la historia hasta una época tardía en Roma, a través de la promulgación de la *Lex Iulia de Adulteriis*, se cambia la manera de proceder en el repudio. El modo de proceder era a través de la *libelus* (el medio por el que se comunicaba el divorcio a la contraparte)<sup>34</sup> debiendo realizarse ante siete ciudadanos púberos.

Cabe destacar la complicada situación de la mujer, por encontrarse desamparada y con grandes limitaciones para poder ejercitar cualquiera de las acciones, es decir, el divorcio o el repudio. Esta circunstancia era consecuencia de la escasez normativa que de este modo lo autorizaban. Poco a poco desde la República fue reconociéndose este derecho<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> MIQUEL, J., *Derecho Romano*, editorial Marcial Pons, Madrid 2016, página. 286.

<sup>34</sup> IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, editorial Sello, Barcelona 2010, página 267.

<sup>35</sup> ZARRALUQUI, E., *Divorciadas con historia*, editorial La Esfera Libros, Madrid 2018, página 14.

La consecuencia principal del repudio era el abandono de la mujer del hogar familiar, y la devolución de la dote a ésta. Cabe destacar que en los inicios era el marido el que tenía el derecho de custodia sobre los hijos.

Para concluir, cabe definir el divorcio como la interrupción del deseo de mantenimiento del vínculo del matrimonio, pudiendo entenderse como la pérdida del comportamiento como marido y mujer en sociedad (el denominado *affectio maritalis*).

## **2.2. El siglo XIX: la promulgación del Código Civil.**

En España el Código Civil aplicable en la mayoría de los territorios nacionales fue promulgado en el año 1889 como una norma de carácter transitorio. A pesar de dicha finalidad temporal de aplicación, hoy en día se encuentra vigente, aunque hayan existido modificaciones sobre éste.

La primera modificación la encontramos en la Ley 11/1981<sup>36</sup>, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En los actuales artículo 108 a 141 de la norma, viene expuesta la filiación. Esta reforma tuvo una doble vertiente, en primer lugar se buscaba adaptar la regulación del Código Civil a los principios constitucionales del momento ya que estaban derogados los preceptos anteriores. En segundo plano, esta reforma supuso una modificación técnica tales como la terminología, sustituyéndose así “*filiación legítima y filiación ilegítima*”, por “*filiación matrimonial y filiación no matrimonial*”. Asimismo se igualaron todas las clases de filiación.

En cuanto a la patria potestad, con esta reforma se define como una potestad compartida entre ambos progenitores, asimismo se procede a igualar la figura de los hijos matrimoniales y no matrimoniales.

---

<sup>36</sup> Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>

Por otro lado, la Ley 30/1981, de 7 de julio <sup>37</sup> por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Con esta reforma, el Código Civil expone que el vínculo matrimonial puede ser disuelto no solo por lo estipulado anteriormente por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, sino también mediante divorcio, como se expone en el artículo 85 de la norma.

El Código Civil, también resultó reformado por la Ley 13/1983 <sup>38</sup>, de 24 de octubre, en materia de tutela.

La Ley 21/1987<sup>39</sup>, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción. Esta reforma afecta a lo contenido dentro de la norma referente a la adopción, pues se considerará a ésta no solo una relación de filiación entre adoptante y adoptado sino a la plena relación de parentesco que surgirá de esta acción.

No podemos olvidar la Ley Orgánica 1/1996 <sup>40</sup>, de 15 de enero, protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha supuesto una larga modificación del articulado de la norma en lo relacionado con la adopción, tutela, patria potestad, guarda, acogimiento familiar y de desamparo. Con esta reforma quedo recogido en nuestra norma la adopción internacional y es de aplicación a todos aquellos menores de dieciocho años que habiten en territorio español.

---

<sup>37</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216>

<sup>38</sup> Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123>

<sup>39</sup> Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-25627>

<sup>40</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 enero de 1996.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

Son objeto también de cambio de nuestro Código Civil, la Ley 41/2003<sup>41</sup>, de 18 de noviembre, relativa a la protección patrimonial de las personas con discapacidad; La Ley 42/2003<sup>42</sup>, de 21 de noviembre en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos; La Ley 13/2005<sup>43</sup>, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; La Ley 15/2005<sup>44</sup>, de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; La Ley 14/2006<sup>45</sup>, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; La Ley 54/2007<sup>46</sup>, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

Por otra parte, en España existen los denominados derechos civiles forales, en los que se permite la aplicación de otros Códigos Civiles distintos del genérico. Estos territorios son: Aragón<sup>47</sup>, Baleares<sup>48</sup>, Cataluña<sup>49</sup>, Galicia<sup>50</sup>, Navarra<sup>51</sup> y

---

<sup>41</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>

<sup>42</sup> Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21338>

<sup>43</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>

<sup>44</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

<sup>45</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

<sup>46</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>

<sup>47</sup> Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOA núm. 67, de 29 marzo de 2011.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOA-d-2011-90007>

<sup>48</sup> Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOIB-i-1990-90001>

<sup>49</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, 08/2010, BOE núm. 203, de 21 de agosto 2010.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

<sup>50</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, DOG núm. 124, 29 de junio de 2006, BOE núm. 191, de 11 agosto de 2006.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-14563>

País Vasco<sup>52</sup>. Entre todos ellos existen diferencias notables, que exigen un exhaustivo estudio de cada uno de ellos en cada una de las materias que se contienen.

Dentro de los derechos forales cabe destacar singularmente el Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia por ser este uno de los primeros en regular la materia.

### 2.3. La familia en el siglo XX.

Es importante conocer las características básicas de las familias en España a lo largo del siglo XX<sup>53</sup>, atendiendo a dos momentos históricos relevantes que son: el periodo de la Segunda República Española y el periodo de la Dictadura. Podemos decir que, en España, la familia posee un rol social que está basado en garantizar el bienestar; plasmándose claramente en la siguiente expresión<sup>54</sup>: *“La familia cumplía una doble función: para sus miembros y para la sociedad en general. Cuando los tiempos eran buenos, la familia era fuente de bienestar; cuando se volvían malos, era muy posible que representara la única fuente de ayuda y solidaridad. Solía decirse que los verdaderos indigentes de la sociedad española eran los que, por un motivo u otro, no tenían familia”*.

A principios del siglo XX en España nos encontramos con dos sistemas familiares, que son: la familia troncal y la nuclear.

---

<sup>51</sup> Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, BOE núm. 57, de 07 de marzo de 1973.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1973-330>

<sup>52</sup> Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8273](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8273)

<sup>53</sup> DEL CAMPO, S. y RODRÍGUEZ-BRIOSO, M. M., *La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX*, Revista Española de Investigaciones Sociológicas nº100, 2002, páginas 103 a 165.

<sup>54</sup> REHER SULLIVAN, D. S., *La familia en España, pasado y presente*, editorial Alianza Universidad, Madrid, 1996.

Las características que encarna el primer sistema<sup>55</sup> supone que un heredero universal que convivía con sus padres incluso tras su matrimonio; pasaba a ser propietario de los bienes familiares, haciéndose cargo así, del cuidado de sus padres y del mantenimiento de sus hermanos.

Por el contrario, la familia nuclear<sup>56</sup> era totalmente opuesta a la anterior, puesto que, los bienes se repartían entre la totalidad de sus hijos, denominándose herencia divisible. Éstos al casarse formaban su propio hogar.

Además de estos dos sistemas, en el comienzo del siglo XX, encontramos una imagen de familia patriarcal, donde predomina el matrimonio católico; habiendo una división de roles entre los sexos. La patria potestad se le asignaba al hombre y el rol reproductivo estaba ligado a la mujer.

A lo largo de este siglo, los diversos sistemas políticos que tuvo España se han unido a la política familiar con una ideología diversa. Así pues, el periodo de la Segunda República provocó una revolución política que ocasionó una gran afectación en la forma en que se entendían las relaciones familiares; de este modo, se modificó el papel social de la mujer en España con la Constitución de 1931.

Este periodo, también, trajo la aprobación del matrimonio civil y el divorcio de mutuo consentimiento, de la mano de la Ley del Divorcio de 1932<sup>57</sup>. Otro cambio muy relevante fue la equiparación de derechos entre los hijos legítimos e ilegítimos. Por último, procedió a regularse el aborto.

La Ley del Divorcio fue un gran avance para la época en la que se promulga, puesto que fue la primera Ley de esta materia en España conteniendo como

---

<sup>55</sup> ELIZALDE SAN MIGUEL, B., Universidad Carlos III de Madrid, Power Point, *La transformación de la familia en España desde comienzo del siglo XX hasta la Transición*.  
<http://ocw.uc3m.es/sociologia/sociologia-espana/material-de-clase-1/tema-1.pdf>

<sup>56</sup> ELIZALDE SAN MIGUEL, B., Universidad Carlos III de Madrid, Power Point, *La transformación de la familia en España desde comienzo del siglo XX hasta la Transición*.  
<http://ocw.uc3m.es/sociologia/sociologia-espana/material-de-clase-1/tema-1.pdf>

<sup>57</sup> Ley del Divorcio, de 12 de marzo de 1932, Gaceta de Madrid núm. 72.  
<https://www.B.O.E..es/datos/pdfs/B.O.E./1932/072/A01794-01799.pdf>

pilar fundamental la no distinción entre ambos cónyuges ante la ley. El fin pretendido era conseguir una regulación muy detallada por la que se pudiera aportar el contenido al art. 43 de la Constitución de la II República<sup>58</sup>, en el que se contempla en su tenor literal que “*La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa*”.

La Ley del Divorcio de 1932 estaba formada por con 69 artículos, siete Disposiciones Transitorias y una única Disposición Final. Los motivos por los que se pudiera optar por el divorcio eran dos: por “justa causa” o por “mutuo disenso”; en nuestro ordenamiento jurídico actual los procedimientos fundamentales de divorcio son: el contencioso o el de mutuo acuerdo.

Hallamos un gran contraste con la idea de familia que había durante el periodo de la Dictadura, ya que, tras su llegada, se liquidaron todos los avances conseguidos como son, el matrimonio civil, el divorcio, los derechos sexuales y reproductivos, así como, la prohibición del aborto, que se tipifica en el Código Penal. La familia volvió a ocupar un lugar central dentro del sistema político en torno al cual se articulaba el orden social.

En el *Fuero del Trabajo*, de 1938, se proclama la superioridad de la familia como el seno básico de la existencia social. Se promete el apoyo estatal, para no permitir a la mujer casada trabajar<sup>59</sup>.

La mujer será considerada como el principal soporte del régimen; puesto que, tiene la misión de defender y transmitir aquellos valores que son tradicionales y conservadores. Este aspecto se puede apreciar a través del Discurso en la Concentración de Medina, realizado por Primo de Rivera<sup>60</sup>, que expresa que

---

<sup>58</sup> Artículo 43 de la Constitución de la Segunda República, de 9 de diciembre de 1931, Gaceta de Madrid núm. 344, de 10 de diciembre de 1931.

[http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf)

<sup>59</sup> BOSCH MARÍN, L., *El fuero del Trabajo y la mujer*, Revista “Y”, abril 1938.

<sup>60</sup> La gran Concentración Femenina de Medina del Campo, junio 1939.

*“las mujeres serían aleccionadas también sobre cómo cuidar a sus hijos (porque «no tienen perdón que se mueran por ignorancia tantos niños que son siervos de Dios y futuros soldados de España») y se les infundiría el «modo de ser» falangista, para que ellas a su vez se lo transmitieran a sus hijos”.*

#### **2.4. Transición y democracia: la formación de la nueva familia española.**

En el inicio de la transición se produjo un cambio hacia lo que se denominó la “familia moderna”<sup>61</sup>, lo cual permitió la posibilidad de incorporar y aceptar otras formas desiguales de familias con la aprobación de la normativa consecuencia de la democracia. A partir del año 1975 se va ocasionando esta evolución que marca el fin en todas las normas existentes de la denominada familia tradicional.

Durante esta etapa encontramos un avance pacífico, y con ello se logra la adaptación entre la normativa y la realidad social en la que es de aplicación. Además, la Iglesia se separa del Estado, y al comprender esta primera las circunstancias sociales que se ocasionaron, se evitaron conflictos con la Institución Eclesiástica. Únicamente se trató de no ser olvidados, y de que los distintos redactores de la legislación tuvieran en cuenta la percepción de la Iglesia a cerca del matrimonio<sup>62</sup>.

En el periodo de los sesenta, los cambios fueron lentos y cautos pero, sin embargo, una década después se concluye con la ruptura de lo que hasta el

---

<https://www.rtve.es/alacarta/videos/documentales-b-n/tarea-mision-ii-concentracion-seccion-femenina-escorial/2847774/>

<sup>61</sup> ELIZALDE SAN MIGUEL, B., Universidad Carlos III de Madrid, Power Point, *La transformación de la familia en España desde comienzo del siglo XX hasta la Transición.*

<http://ocw.uc3m.es/sociologia/sociologia-espana/material-de-clase-1/tema-1.pdf>

<sup>62</sup> LABOA, J.M., *Iglesia y religión en la España democrática*, en VV.AA., *Diez años en la vida de los españoles*, Barcelona, Plaza & Janés, 1986, páginas 59 a 101 y ANDRÉS-GALLEGO, J y PAZOS, A., *La Iglesia en la España contemporánea*, vol. II, 1936 a 1939, Madrid, Encuentro, 1999, página 220. Sobre la actitud de la Iglesia ante la ley del divorcio véase SANTA OLALLA, P.M., *La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica*, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie IV, Historia Contemporánea*, 14, 2001, páginas 519 a 551.

momento era conocido como familia tradicional<sup>63</sup>. Esta circunstancia da lugar a la concepción de diversos modelos nuevos.

Durante los años ochenta, los partidos socialistas se encontraban gobernando en nuestro país. Esta cuestión unida al afianzamiento de la democracia, ocasionaron diversas críticas de carácter negativo<sup>64</sup>. Una situación que pueda ejemplificar esta cuestión es con la prensa, la cual, no se encontraba ajustada a la realidad social del momento<sup>65</sup>.

Políticamente el contexto ante el que nos encontramos, el modelo de familia, es producto de una sociedad industrial bastante avanzada, y con valores que eran producto de una etapa posmoderna. Este nuevo modelo se encuentra influenciado por dos factores principales que son *“la radicalización del feminismo y el acceso de la mujer al mundo laboral”*<sup>66</sup>; cuestiones que serán explicadas en los apartados sucesivos.

Una cuestión importante a destacar es la evolución, que ocasiona que la familia deje de ser exclusivamente patriarcal. Ya que surgen otras alternativas diferentes al matrimonio como pueden ser *“las uniones de hecho, las reconstituidas y las uniones homosexuales”*<sup>67</sup>.

Las circunstancias que permiten la existencia de otros modelos de familias son varias. Por un lado, se han perdido los valores religiosos, que previamente se encontraban presentes en cada uno de los ámbitos, por otro lado se ocasionan cambios sociales cuya consecuencia es la apertura de mente que afecta a la concepción de la sexualidad y a la forma de entender los cambios sociales que se ocasionaron.

---

<sup>63</sup> VAZQUEZ DE PRADA, M., *Para una historia de la familia española en el siglo XX*, Universidad de Navarra páginas. 145 y ss.

<sup>64</sup> SKILL, T y ROBINSON, J.D., “Four decades of families on television: a demographic profile, 1950-1989”, *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 41/4, 1994, páginas 449 a 464 y TORRES. E y otros, *Desarrollo humano en la sociedad audiovisual*, Madrid, Alianza, 2002, páginas 123 a 136.

<sup>65</sup> IGLESIAS DE USSEL, J., *Crisis y vitalidad de la familia*, Revista de Occidente, núm. 197, 1997, páginas 21 a 34.

<sup>66</sup> FOLGUERA P., *Mujer y cambio social*, editorial Dialnet, 1995, páginas 155 a 172.

<sup>67</sup> POPENOE, D., *Disturbing the nest. Family change and decline in modern societies*, Nueva York, Aldine de Gruyter, 1988.

## 2.5. El papel del hombre y la mujer en la familia.

Con el paso del tiempo, la mujer logró progresivamente que el Código Civil tuviera un contenido que podría calificarse como más “*igualitario*”<sup>68</sup>. Como ejemplo de esta circunstancia, se encuadra en el año 1958, que marca el origen del nuevo concepto jurídico de domicilio conyugal, el cual lleva aparejado que en caso de separación la que hubiera sido esposa, podría disfrutar de esta vivienda. No hay que olvidar que, en ese momento histórico, la mujer no podía tener un control de los bienes que poseyera hasta el año mencionado, a partir del cual, se la permitirá pero con la limitación y exigencia de un control judicial que debiera supervisar cualquier cambio o transmisión que éstos pudieran sufrir.

En cuanto a lo relativo al adulterio, cuando el esposo fuera el comitente, se incluyó como una de las causas de separación a partir de la reforma que venimos exponiendo del Código Civil<sup>69</sup>.

Los últimos cambios que se pueden apreciar producidos en el año 1958 fueron: que el permiso que otorgaba la norma a las viudas para que pudieran mantener la patria potestad sobre su descendencia, permitiéndolas volver a contraer matrimonio nuevamente, además, se le permitió ser testigo en los testamentos, y en los casos en los que no hubiera contraído matrimonio o bien entre su filiación no hubiera varón alguno, se admite que la mujer fuese la tutora.

En 1969, la normativa establece la exigencia en cuanto a aquellos bienes de carácter ganancial, donde se precisa el permiso de ambos cónyuges para su enajenación.

A partir de la publicación de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y Código de Comercio sobre la

---

<sup>68</sup> TELO NÚÑEZ, M., *De la discriminación a la igualdad en el Código Civil*, en Concepción FAGOAGA, 1999, páginas 223 a 233.

<sup>69</sup> Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, B.O.E. núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1958-18486>

situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges<sup>70</sup>; es a partir de la cual, la esposa tendrá plena capacidad para obrar, puesto que el marido dejará de ser su representante, y no es necesario que ésta primera requiera del permiso de su esposo para la realización de ningún trámite.

El feminismo mejora la postura de la mujer en el ámbito laboral, que se reflejará tanto socialmente como familiarmente. A partir del año 1975, el cual fue denominado por las Naciones Unidas, como el Año Internacional de la Mujer y coincidiendo con la terminación del régimen franquista, se intentaron obtener ciertas mejoras a fin de conseguir una igualdad con los varones. Durante este mismo año se celebraron unas jornadas en Madrid y Barcelona, denominadas “*Primeras Jornadas por la Liberación de la Mujer y primeras Jornadas Catalanes de la Dona*” respectivamente<sup>71</sup>, las cuales persiguieron la liberalización de la mujer.

En cuanto a la sexualidad, se produjo una importante evolución, puesto que se comienza a solicitar por la sociedad la despenalización del aborto, la homosexualidad y de la prostitución.

A partir de la promulgación de nuestra actual Constitución Española en 1978<sup>72</sup> la mujer tuvo la posibilidad de acceder a cuestiones públicas; y éste fue el motivo por el que el feminismo tuvo un papel importante dentro de las instituciones y en los cambios que se ocasionaron con posterioridad dentro de la familia<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, B.O.E. núm. 107, de 5 de mayo de 1975.

<https://www.B.O.E.es/buscar/doc.php?id=B.O.E.-A-1975-9245>

<sup>71</sup> VAZQUEZ DE PRADA, M., *Para una historia de la familia española en el siglo XX*, Universidad de Navarra, página 147.

<sup>72</sup> Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<https://www.B.O.E.es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1978-31229>

<sup>73</sup> ALBERDI, I., *El feminismo y la familia en España*, Arbor, 65, 2003, páginas 35-91.

La mujer con anterioridad, fundamentalmente se dedicaba al cuidado del marido y de los hijos. Posteriormente, a raíz de todos los cambios mencionados con anterioridad, ésta pudo tener acceso al ámbito laboral, y por tanto se logra obtener una mayor igualdad entre los cónyuges, así como una independencia económica de la esposa, e incluso lo que se denominó “*división del trabajo en el hogar*”<sup>74</sup>.

Como diría Louis Roussel<sup>75</sup>, se origina el cambio del “*matrimonio comunidad al matrimonio asociación*”. El matrimonio dejará de ser una exigencia impuesta socialmente, y puede ser decidida por cada una de las personas que lo contraerán si así lo desean, pero sin que exista una obligación como tal. En el caso de que ambos miembros de la pareja decidan optar por casarse, ambos deberán decidir qué papel juega cada uno de ellos, sin previa imposición.

---

<sup>74</sup> VÁZQUEZ DE PRADA, M., *Para una historia de la familia española en el siglo XX*, Universidad de Navarra, página 149.

<sup>75</sup> ROUSSEL, L., *Mariages et divorces. Contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux*, *Population*, 35, 1980, páginas 1025 a 1040.

### 3. Tipos de familia en la actualidad: tradicional y los nuevos modelos.

Actualmente, el concepto de familia<sup>76</sup> adquiere una gran importancia social y jurídica, por lo que es necesario entender su concepto en el ámbito del Derecho. Para poder explicar el significado que este término adquiere, previamente hay que diferenciar entre el sentido amplio y estricto del mismo. En el primero de ellos, se refiere al *“conjunto de las personas que descienden de un tronco común y que se relacionan entre sí por el matrimonio y la filiación”*, por otra parte, el sentido estricto es el *“grupo formado por los padres y sus descendientes”*, e incluso se puede restringir más la acepción al concretarse este concepto, de modo que solo sea denominada familia a *“los padres y sus hijos menores”*.

El parentesco<sup>77</sup> es definido por la Real Academia de la lengua española como aquel *“vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta”*.

De esta acepción podemos obtener los tipos<sup>78</sup> de parentesco que pueden generarse; estos son:

- la consanguinidad<sup>79</sup> : compuesto por *“parentesco de dos o más individuos que tienen un antepasado común próximo”*.
- la afinidad<sup>80</sup>: se refiere al *“parentesco que, por razón de matrimonio, establece cada cónyuge con los parientes del otro”*.
- el denominado parentesco civil que únicamente se refiere a la adopción.

---

<sup>76</sup> Definición del término “familia”, en la Enciclopedia jurídica.

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/familia/familia.htm>

<sup>77</sup> Definición del término “parentesco”, de la Real Academia Española de la Lengua.

<https://dle.rae.es/parentesco?m=form>

<sup>78</sup> Significado de familia de la página web revisada por Andrea Imaginario.

<https://www.significados.com/familia/>

<sup>79</sup> Definición del término “consanguinidad”, de la Real Academia Española de la Lengua.

<https://dle.rae.es/consanguinidad?m=form>

<sup>80</sup> Definición del término “afinidad”, de la Real Academia Española de la Lengua.

<https://dle.rae.es/afinidad?m=form>

El concepto de familia<sup>81</sup> que hoy en día conocemos, es fruto de las numerosas modificaciones y cambios que cada etapa evolutiva ha traído consigo. Concretamente, esos cambios se pudieron notar en todos y cada uno de los componentes del núcleo familiar, lo que a su vez supuso la adopción de los roles y funciones que cada individuo tenía dentro de la misma. Estos cambios parten de *“la igualdad legal entre ambos géneros, el acceso creciente de la mujer al mercado laboral, la aprobación de la ley del divorcio, entre otros”*<sup>82</sup>, llegando a afectar estas circunstancias al concepto inicial de familia y dando lugar a la diversidad familiar existente en la actualidad.

### **3.1. La familia tradicional.**

En España, la familia tradicional es aquella formada *“por padre y madre heterosexuales, casados por la iglesia y con hijos, donde los roles de cada uno están bien definidos, el padre como jefe o cabeza de la familia y la madre con un rol definido de cuidar a los hijos y mantener la casa”*<sup>83</sup>. Esta percepción de la familia se encontraba en el eje central de la sociedad, y por tanto, era la base sobre la que se encontraba constituido el Estado hasta el siglo XX.

Como consecuencia de la evolución acaecida, se ha ocasionado un cambio en cuanto a la estructura interna de las familias. Esta modificación puede verse reflejada en las responsabilidades del hogar, ya que deja de ser la mujer la encargada de la realización de dichas labores, y debe compartirse por ambos progenitores, ya que son ambos los que acceden al mercado laboral, a fin de poder hacer frente a los gastos que se ocasionen dentro de su núcleo.

---

<sup>81</sup> MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S., *La diversidad familiar en España. Un análisis de su evolución reciente y su aceptación*, Universidad de Huelva, página 1.

<sup>82</sup> MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S., *La diversidad familiar en España. Un análisis de su evolución reciente y su aceptación*, Universidad de Huelva, página 1.

<sup>83</sup> Página web del periódico La Vanguardia: Características de la familia tradicional.  
<http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-tipo-familia-tradicional.html>

### **3.2. Los nuevos modelos de familia.**

En los puntos previos hemos expuesto un tipo de familia que, como cabe afirmar, está viéndose abocada a transformarse, pudiendo llegar a desaparecer como el modelo imperante de nuestra sociedad.

Estos nuevos modelos de familia son aquellos que se encuentra formados por dos padres, dos madres, o uno solo de los progenitores por decisión de cualquiera de ellos. Debido a los avances técnicos y científicos, se ha permitido que una madre pueda serlo sin necesidad de tener una pareja. A diferencia de esta última opción, los hombres no tienen de forma natural esta posibilidad, puesto que en nuestro país la gestación subrogada se encuentra prohibida, y por ende, solo podrán optar por la adopción.

Estos tipos de familia son: la monoparental, la reconstituida y la homoparental. Éstas serán explicadas en los siguientes apartados.

#### **3.2.1. La familia monoparental.**

Las familias monoparentales<sup>84</sup> son aquellas compuestas únicamente por uno de los progenitores (sea este hombre o mujer) y su descendencia. La formación de este tipo de agrupación familiar, pueden darse por varios motivos, o bien por decisión propia del progenitor que lo desee, a fin de criar en solitario a su hijo, o bien, porque se cause la muerte de uno de los dos progenitores, o también puede darse por la disolución del vínculo matrimonial.

En el Fundamento Jurídico de derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2001, de 15 de febrero<sup>85</sup> define a las familias monoparentales

---

<sup>84</sup> MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S., *La diversidad familiar en España. Un análisis de su evolución reciente y su aceptación*, Universidad de Huelva, página 5.

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2001, de 15 de febrero B.O.E núm. 65, de 16 de marzo de 2001, (ECLI:ES:TC:2001:47)  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/4343#>

como *“las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio”*.

En este tipo de familia vemos un gran avance en el comportamiento que asumía el padre en épocas anteriores, manteniendo una actitud distante ocasionada por las ideas patriarcales del momento. Actualmente el padre tiene una mayor implicación emocional y más actividad en su función como progenitor; siendo todo ello consecuencia de la igualdad de género existente entre ambos progenitores.

### **3.2.2. La familia reconstituida.**

La familia reconstituida, también denominada ensamblada, es aquella en la que existe una descendencia anterior con otra pareja, es decir, *“es la creación de una familia nueva a partir de otra ya existente”*<sup>86</sup>.

Este modelo familiar está compuesto por una estructura y un funcionamiento distinto al que encontramos en la familia tradicional. En este modelo familiar se rompe con los principios fundamentales al existir una separación entre las relaciones conyugales y filiales.

En la familia tradicional destaca la función del padre, con un rol determinado siendo además esposo de la madre de su descendencia, y por consiguiente la mujer tendrá un rol materno muy acentuado.

Con la existencia de las uniones de hechos entre aquellas personas separadas o divorciadas que tuvieran hijos de matrimonios anteriores surgió una disociación de la idea que primaba de la familia tradicional, puesto que el padre

---

<sup>86</sup> Definición de familia reconstruida extraída de la página web ABC tu diccionario hecho fácil.  
<https://www.definicionabc.com/derecho/familia-reconstruida.php>

y la madre no tienen que ser estrictamente los progenitores, es decir, la persona que entra a formar parte de esa unión de hecho puede asumir el rol maternal o paternal.

Ante esta nueva situación familiar, debemos observar los distintos escenarios que pueden darse entre los padres con sus hijos en situaciones como:

- Cuando los progenitores biológicos no conviven.
- Cuando los padres biológicos sí conviven.
- Cuando los progenitores se encuentren en una nueva relación de afectividad con o sin convivencia.

En este punto, surgen las discrepancias en torno al cuidado de los hijos, la crianza, la educación, etc.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre esta cuestión en ningún aspecto.

### **3.2.3. La familia homoparental.**

Se dice de la que se encuentra formada por progenitores del mismo sexo<sup>87</sup>. La posibilidad de que estas parejas puedan ser padres en términos generales, es a través de la adopción.

Las mujeres, con los avances científicos, tienen la posibilidad de ser madres a través de la inseminación artificial.

Sin embargo, como alternativa a la adopción existe en otros países el acceso a la gestación subrogada como alternativa para crear una familia, pero en España es una práctica prohibida, ya que no se encuentra contemplado en la

---

<sup>87</sup> Definición de familia homoparental extraída de la página web ABC tu diccionario hecho fácil.  
<https://www.definicionabc.com/social/familia-homoparental.php>

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>88</sup>, que expondremos con posterioridad.

En lo referente a la familia homoparental, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre <sup>89</sup>, en el párrafo tercero del Fundamento Jurídico Noveno, define el matrimonio como aquella:

*“comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil (LEG 1889, 27) antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador.”*

A través de esta resolución del Alto Tribunal se reconoce en su Fundamento Jurídico Decimoprimer o el matrimonio homosexual, ya que se expone en su tenor literal:

*“el reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo,*

---

<sup>88</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2006-9292>

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, B.O.E. núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.

<https://www.B.O.E..es/buscar/doc.php?id=B.O.E.-A-2012-14602>

*de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil”.*

Volviendo a la técnica de reproducción asistida<sup>90</sup>, ésta se podría definir como *“el acto mediante el que una mujer -la gestante- conviene en generar, con su material genético o con el de otra, un embrión mediando encargo -retribuido o no- de otra(s) persona(s) con el compromiso de renunciar a la filiación del nacido a favor de comitente”.*

El artículo 10.1 de la Ley 14/2006<sup>91</sup> antes enunciada expone en su tenor literal que *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.*

Este método de reproducción genera un problema a la hora del regreso a España con un bebe gestado por una tercera persona, ya que nuestro ordenamiento jurídico no contempla esta práctica de gestación como hemos mencionado previamente.

---

<sup>90</sup> Definición de la gestación subrogada de la revista Lefevre.

<https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>

<sup>91</sup> Artículo 10. 1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2006-9292>

Actualmente, tanto la Dirección General del Registro y Notariado como la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se encuentran en una discrepancia jurídica frente a esta materia.

Por un lado, para los primeros si es posible la inscripción en el Registro Civil de ese bebe gestado por un tercero siempre que se haga entrega de aquella resolución judicial de aquel tribunal extranjero competente que contenga los datos personales de las partes, el no quebrantamiento del interés superior del menor, el consentimiento consciente y libre de la que fue gestante y su renuncia de filiación.

Por el contrario, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia 835/2013<sup>92</sup>, de 6 de febrero de 2014, expresa literalmente que:

*“lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. Esto supone que para el Tribunal existe una desprotección de los menores, plasmando así también que “la protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual”.*

---

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de febrero de 2014, recurso 835/2013, (*JUR* 2014\45119)

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I63001e20991211e3b28f010000000000&base-guids=RJ\2014\833&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc500000175471f0f5a38297982&src=withinResuts&spos=1&epos=1>

En cualquier caso, siempre debe primar el interés superior del menor, y con lo expuesto anteriormente podemos ver claramente la desigualdad y dificultad que tienen los padres solteros para poder concebir un hijo propio por las limitaciones legales existentes.

## 4. Formas de ser hijo: por filiación o por adopción.

### 4.1. La filiación

La filiación<sup>93</sup> es la “*procedencia de los hijos respecto a los padres*”. Además, con ésta se refleja la posición existente entre un progenitor y su descendencia, es decir, el estado civil que acarrea unos derechos y unas obligaciones en pro del menor y que serán continuas en el tiempo. Éstos son: la determinación del nombre y los apellidos, la atribución de la patria potestad, los derechos de alimentos y sucesorios o la nacionalidad entre otros.

El artículo 108 del Código Civil<sup>94</sup> establece los tipos de filiación existentes. De este modo, nos encontramos con dos tipos principales, que son: la natural y la adopción. La primera de éstas se subdivide, y da lugar a la matrimonial y la no matrimonial. Todos estos modos de filiación ocasionan efectos idénticos.

En cuanto a lo previsto en el apartado segundo del artículo 39 de la Constitución Española<sup>95</sup> en su tenor literal se expone que:

*“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.*

---

<sup>93</sup> Definición oficial del término “filiación”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua.  
<https://dle.rae.es/filiaci%C3%B3n?m=form>

<sup>94</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>95</sup> Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1978-31229>

## 4.2. La adopción

La adopción<sup>96</sup> se entiende como aquel “*acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, adoptante y adoptado, de tal forma que establece entre ellas una relación de paternidad y/o maternidad con sus mismos efectos legales*”.

El Código Civil<sup>97</sup> recoge desde el artículo 175 hasta el 180 todas las cuestiones aplicables a este concepto, tanto en su vertiente positiva como negativa.

Esta modalidad de filiación requiere de unas exigencias para ambas partes. El primero de los preceptos establece los requisitos necesarios para poder adoptar, exigiéndose una idoneidad por parte del adoptante, a fin de que pueda ser titular de ciertos derechos y obligaciones.

El artículo 175.1 del Código Civil recoge los presupuestos necesarios relativos a la edad de los adoptantes, y la diferencia que puede tener con el adoptado. En este caso la edad mínima para poder realizar una adopción es de veinticinco años. Asimismo, se expone que entre adoptante y adoptado existirá una diferencia de edad mínima de dieciséis años y máxima de cuarenta y cinco años, pero deben tenerse en cuenta las excepciones que se explicarán con posterioridad y que se recogen en el apartado segundo del artículo 176 de la norma. No se podrá realizar esta acción en los casos en que no se pueda ser tutor.

En el apartado segundo de este mismo artículo<sup>98</sup>, se recoge el requisito que debe cumplir el que vaya a ser adoptado; es decir, éste debe ser menor de dieciocho años y no puede estar emancipado. Como excepción a lo expuesto,

---

<sup>96</sup> Regulación del procedimiento efectos y tipos de filiación adoptiva expuesto por la web de Iberley.

<https://www.iberley.es/temas/regulacion-adopcion-59616>

<sup>97</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>98</sup> Artículo 175.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

cabrá la adopción en los casos en los que haya habido un acogimiento previo o una convivencia de al menos un año con los futuros adoptantes.

Debemos mencionar dentro de este mismo precepto los requisitos negativos de la adopción, los cuales se establecen en los apartados tercero y cuarto de este mismo precepto. El primero de ellos reconoce que no podrán ser adoptados aquellos que sean descendientes, parientes en segundo grado de línea colateral por consanguinidad o afinidad o un pupilo por su tutor hasta que se hubiera aprobado de forma definitiva la cuenta general que justificase la tutela.

En segundo lugar, el apartado cuarto expone la prohibición de que la adopción se lleve a cabo por dos o más personas, con la excepción de que ésta se realice de manera conjunta por los dos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad. Si se produjera la adopción con anterioridad a la celebración del matrimonio, se permitirá la adopción del otro cónyuge respecto de los hijos de su pareja.

En su último apartado, el artículo 175 de la ley permite la adopción conjunta aun cuando los cónyuges o pareja unida por análoga relación se encontraran en una situación de separación o divorcio, siempre que haya existido una convivencia de al menos dos años del adoptado con ambos, y en cualquier caso, cuando previamente el adoptado estuviera en acogimiento o con guarda.

Por otro lado, como se recoge en el artículo 176.1 del Código Civil <sup>99</sup> la adopción se lleva a cabo mediante resolución judicial, en la que se debe velar por el interés del que va a ser adoptado y la capacidad del que adopta para poder ejercitar la patria potestad.

---

<sup>99</sup> Artículo 176.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.  
<https://www.B.O.E.es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

En el apartado segundo del mismo artículo<sup>100</sup>, se expone la necesidad de que se obtenga una declaración de idoneidad para la adopción, y posteriormente una propuesta previa realizada por una Entidad Pública que contenga una aprobación para poder ejercitar la patria potestad. La excepción a la obligación de obtener dicha propuesta se producirá en los casos en los que el adoptado se encuentre en situación de orfandad y sea pariente del adoptante; o cuando el adoptado se encuentre más de un año en situación de guarda o tutela, con una finalidad adoptiva; por último que el adoptado sea mayor de edad o emancipado.

En el supuesto previsto en el artículo 176 bis 1 del Código Civil, es decir, en caso de que un menor se encontrase desamparado, se permitirá la guarda y custodia de éste, nombrándose por la Entidad Pública que corresponda, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos expuestos con anterioridad.

Antes de que sea presentada la propuesta de adopción, es necesario que se produzca la guarda del menor desamparado, hasta que se dicte la resolución judicial, por la que se produzca la efectiva adopción.

Durante este procedimiento es necesario que se dé audiencia a los afectados, pero los menores solo podrán participar en ésta, en los casos en los que éste tuviera una edad superior a doce años o una madurez suficiente.

Aquellos que adquieran la guarda de un menor contarán con idénticos Derechos y obligaciones que los que realizan un acogimiento.

Mientras se inicie la preadopción con convivencia, es decir, el procedimiento expuesto anteriormente, será suspendido el régimen de visitas que se tuviera con la familia de origen en pro del menor (artículo 176bis.2 del Código Civil).

---

<sup>100</sup> Artículo 176.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 julio de 1889.  
<https://www.B.O.E.es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

En el último apartado de este precepto se recoge el plazo máximo de tres meses para poder presentar la propuesta de adopción, a contar desde que se hubiera producido la delegación de la guarda con fines adoptivos.

Si en la resolución judicial no se concede la pretendida adopción, la Entidad a la que venimos haciendo referencia, deberá seleccionar la medida que considere más satisfactoria para el menor.

Posteriormente, el artículo 177.1<sup>101</sup> de la norma, expone la necesidad de un consentimiento ante el Juez por parte del adoptante y del adoptado, siempre que este último tuviera una edad superior a doce años.

En su apartado segundo<sup>102</sup> se entiende que deberá consentir la adopción el que fuera cónyuge o tuviera una relación análoga de afectividad, excepto si hubiera existido una ruptura calificada fehacientemente, separación o divorcio, a no ser que se pretenda formalizar la adopción conjuntamente.

También se permite el asentimiento de la adopción por aquellos que fueran los progenitores del adoptado, que se les hubiera privado de la patria potestad a través de un procedimiento judicial contradictorio.

No habrá que realizar dicho asentimiento en los casos que exista una imposibilidad que sea motivada en la resolución judicial, cuando se suspenda la patria potestad y trascurren dos años desde que se hubiera producido una declaración de desamparo y no se haya presentado oposición o esta hubiera sido desestimada.

No se permite el consentimiento materno hasta seis semanas después de haberse producido el parto. Y *“en las adopciones que exijan propuesta previa*

---

<sup>101</sup> Artículo 177.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>102</sup> Artículo 177.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

*no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados”.*

De acuerdo con lo dispuesto en el tercer apartado del artículo 177 del Código Civil, es necesario que el Juez oiga a los afectados en este procedimiento de adopción, es decir, a los progenitores no privados de la patria potestad cuando no se necesite su consentimiento, el que fuera tutor del menor o la familia de acogida o aquel que realice la guarda. Por último, deberá ser escuchado el menor de doce años que vaya a ser adoptado, debiendo tener en cuenta la edad y madurez de éste.

El último apartado del precepto que venimos exponiendo, exige que tanto el consentimiento como el asentimiento, debe prestarse libremente, en la forma legal que se requiera, de forma escrita y siendo necesario que se informe previamente de las consecuencias que acarrearán.

Los efectos que produce esta modalidad de filiación, vienen expuestos en el artículo 178.1<sup>103</sup> del texto legal referido con anterioridad, que nos indica que *“la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”*. Este precepto lo que nos indica es que, en el momento de la adopción, los progenitores de origen pierden la patria potestad como queda recogido en el artículo 169.3 de la Ley, así como los derechos de alimentos o sucesorios.

En el momento de la adopción se produce a todos los efectos, una relación de filiación idéntica y sin diferencia de la filiación por naturaleza.

El artículo 180.1 del Código Civil expone que la adopción es irrevocable, es decir, que no puede ser anulada. Como toda norma en su apartado segundo se expone que podrá ser acordada la extinción de la adopción por cualquiera de

---

<sup>103</sup> Artículo 178.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E.es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

los progenitores cuando no se cumplan los términos expresados en el artículo 177 y siempre que se interponga la demanda en los dos años siguientes a la adopción y cuya extinción no perjudique al menor. En el caso de que el adoptado tuviera la mayoría de edad, es requisito indispensable el consentimiento expreso de este.

## 5. El interés superior del menor: concepto, regulación, aplicación y finalidad.

Podemos definir el interés superior del menor<sup>104</sup> como “*el Derecho de todo menor a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*”, como se muestra en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Podemos encontrar este precepto recogido en los textos internacionales, así como en las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas en lo referente a esta materia por la especial vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes. Siguiendo con la regulación de este concepto, el artículo 3 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>105</sup>, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, dispone que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”, es decir, la Convención de los Derechos del Niño tiene como finalidad la utilización interpretativa para ser usado por jueces, abogados, etc., en todas aquellas acciones que correspondan con los derechos del niño y que se sucedan en una sede judicial.

Es necesario destacar el Principio de *Favor Filii*<sup>106</sup>, el cual significa “a favor del hijo o del menor”. Este precepto supone que en aquellos procedimientos cuya materia verse acerca de menores, el legislador o juzgador debe dar preferencia

---

<sup>104</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 15, de 17 de enero de 1996.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1996-1069>

<sup>105</sup> Convención de los derechos del niño publicado por UNICEF y ratificado por Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.  
<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

<sup>106</sup> Definición del principio *favor filii* extraída de la página web Lexdir España.  
<https://www.lexdir.com/guia/el-principio-del-favor-filii-3236/>

al interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo con el que entre en conflicto. Así lo confirma la Doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de septiembre de 2011<sup>107</sup>, al exponer que “... *incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores...*”.

Por otro lado, la Constitución Española, en su artículo 39.4, proclama que “*los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

No debemos olvidar por tanto, que el interés superior del menor pasa de ser un concepto jurídico indeterminado a contener una triple dimensión, que se delimita por Tribunal Supremo, así como en la Observación General nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, a que su interés sea una consideración primordial<sup>108</sup>, que expone literalmente:

*“«A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...).*

*B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño (...).*

---

<sup>107</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2011, recurso 97/2017, (ECLI: ES: APSO:2017:147)

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8133126&links=&optimize=20170905&publicinterface=true>

<sup>108</sup> Párrafo primero del artículo 3 de la Observación general N° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

<https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>

*C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales (...)"*

Es fundamental tener en cuenta otras normativas relativas a este mismo aspecto como son:

- La Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.
- La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.
- La Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en su resolución A3-0172792.
- LA Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

## 6. Disolución del vínculo matrimonial: nulidad, separación y divorcio.

Es sabido por todos, que el matrimonio se puede denominar como un contrato *sui generis*, es decir, un vínculo legal entre dos personas, establecido de por vida, que acarrea unos derechos y obligaciones recíprocas, celebrado mediante determinadas solemnidades legales.

En la actualidad esta percepción del matrimonio como autor de un estado civil ha perdido preeminencia al poder disolverse con relevancia.

### 6.1. La nulidad: concepto y regulación.

La Real Academia Española de la Lengua define jurídicamente este concepto<sup>109</sup> como la:

*“invalidez del matrimonio, por incurrir en su celebración alguno de los vicios de nulidad establecidos en el Código Civil, que son defectos que afectan principalmente al consentimiento o a la capacidad de los contrayentes”. Del mismo modo, en su segundo apartado establece que “las causas de nulidad son el defecto de forma o que se haya celebrado con algún impedimento (CIC, Cc. 1083-1094), incapacidad de prestar el consentimiento por causas de naturaleza psíquica (CIC, c. 1095) o con vicios de consentimiento. La falta de fe puede influir en la validez del matrimonio si, debido a esa carencia, se excluye algún elemento o propiedad esencial del mismo...”*

---

<sup>109</sup> Definición del término “nulidad del matrimonio”, realizada por la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.  
<https://dpej.rae.es/lema/nulidad-del-matrimonio>

Este precepto se encuentra regulado en los artículos 73 a 80 del Código Civil<sup>110</sup>. El primero de los preceptos enumera los cinco casos en los que resulta nula la celebración del matrimonio. Encabeza la *lista “el matrimonio celebrando sin consentimiento matrimonial”*, al que le sigue *“el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48”*. En tercer lugar, nos encontramos con la nulidad de aquellos matrimonios que se *“contraigan sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos”*. El apartado cuarto de este artículo menciona que será nulo *“el celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”*. Por último, aquel matrimonio *“contraído por coacción o miedo grave”* como se expone en el artículo 73.5 será nulo de igual manera.

El artículo 74 de la norma expuesta con anterioridad exhibe que es responsabilidad de los cónyuges, el Ministerio Fiscal o cualquier persona con interés directo y legítimo solicitar la acción de nulidad.

En relación con el artículo anterior y respecto a la solicitud de la nulidad, en el caso de que la persona ostentara la minoría de edad, el artículo 75 del Código Civil, dice que corresponde a sus padres, tutores o al Ministerio Fiscal, solicitarla.

En el caso expuesto por el artículo 73.5 del texto legal aludido, el artículo 76 del mismo dispone en su párrafo primero que *“en los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio”*.

---

<sup>110</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

Respecto a los efectos producidos del matrimonio respecto de sus hijos y de su cónyuge, nos habla el precepto 79, haciendo alusión a la presunción de la buena fe.

En último lugar, el artículo 80 del Código Civil dispone que *“las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

## **6.2. La separación: concepto, regulación y cambios que se producen.**

Este concepto <sup>111</sup> es definido como la *“situación jurídica consistente en el mantenimiento del vínculo conyugal con cese de la convivencia entre los cónyuges”*.

Esta situación, a diferencia de la anteriormente expuesta, supone que los cónyuges siguen estando casados y se les permite reanudar la convivencia en cualquier momento a través de la reconciliación. Asimismo, la separación a diferencia del divorcio impide contraer nuevas nupcias al seguir latente el vínculo conyugal.

Es importante diferenciar entre la separación judicial o de derecho y la separación de hecho.

La primera consiste en aquella que se causa por resolución judicial y que se encuentra regulada en los artículos 81-84 del Código Civil. La segunda supone un cese de la convivencia entre ambos cónyuges, de manera voluntaria o

---

<sup>111</sup> Definición del término “separación”, realizado por la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial. <https://dpej.rae.es/lema/separaci%C3%B3n-conyugal>

impuesta por alguno de ellos sin efectos jurídicos. El Código Civil no regula la separación de hecho.

Dentro de esta modalidad de separación judicial, el artículo 81 apartado primero de la norma distingue la separación de mutuo acuerdo cuando esta sea *“a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.”*

En su apartado segundo, la ley establece la separación contenciosa, entendiendo esta como aquella que se lleva a cabo:

*“a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.*

Hasta la llegada del divorcio mediante la Ley 30/1981<sup>112</sup>, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad separación y divorcio, solo se concebía la separación como única forma de cese de la convivencia conyugal.

Dentro de la separación, hay que hacer mención del denominado *“affectio maritalis”* como causa de separación. Este precepto con origen en el Derecho

---

<sup>112</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, B.O.E. núm. 172, de 20 de julio de 1981.

<https://www.B.O.E..es/buscar/doc.php?id=B.O.E.-A-1981-16216>

Romano es definido como la voluntad de dos personas para unirse en matrimonio, por lo que la pérdida de esta condición supone la ausencia de voluntad de cumplir con ello.

Es imprescindible destacar la Ley 15/2005<sup>113</sup>, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Con la entrada en vigor de esta legislación, desaparecen las causas tasadas de separación, dando lugar así a un sistema únicamente voluntario del matrimonio tanto para su constitución como para su disolución. Con esta ley, ambos cónyuges podrán solicitar directamente el divorcio pasados tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo necesario en un primer momento solicitar la separación. Esta ley es de aplicación también en materia de divorcio.

### **6.3. El divorcio: Concepto, regulación y tipos.**

Históricamente, la institución del divorcio, se encontraba recogido en el conocido como "*liber iudiciorum*" (compilación por la que se unifica el Derecho Civil, Penal y Eclesiástico; fue iniciado por Recesvinto y terminado por Ervigio), que permitía el divorcio en caso de sodomía del marido, en caso de prostitución o adulterio de la mujer.

Con posterioridad, se promulga la Ley Civil del Matrimonio de 1870, donde queda plasmada la figura del divorcio como una separación conyugal, que nada tiene que ver con el concepto que hoy en día tenemos del mismo.

Con la llegada de la Segunda República, como se explicó previamente con, aparece por primera vez el divorcio como se conoce a día de hoy. Con la Ley

---

<sup>113</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, B.O.E. núm. 163, de 9 de julio de 2005.

[https://www.B.O.E.es/buscar/doc.php?id=B.O.E.-A-2005-11864#:~:text=Ley%2015%2F2005%2C%20de%208,a%2024461%20\(4%20p%C3%A1gs.%20\)](https://www.B.O.E.es/buscar/doc.php?id=B.O.E.-A-2005-11864#:~:text=Ley%2015%2F2005%2C%20de%208,a%2024461%20(4%20p%C3%A1gs.%20))

de 2 de marzo de 1932 se declara en España el divorcio por primera vez. Años más tarde, mediante Decreto de 2 de marzo de 1938 se suspende aquellos litigios en materia de separación y divorcio, durante la Guerra Civil Española y con la llegada del periodo de la dictadura en España se deroga la ley de 1932 y surgió la Ley de 23 de septiembre de 1939, que extinguió el divorcio.

Finalmente, la llegada de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; supuso un gran progreso en la democratización de España y un cambio social.

Tras esta modificación, se sucedió otra por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, como expusimos con anterioridad.

Este concepto se define por la Real Academia de la Lengua Española como *“disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”*. El divorcio a diferencia de la separación, disuelve el vínculo matrimonial, lo que significa que los cónyuges tienen la posibilidad de contraer matrimonio nuevamente.

En lo referente a esta materia, el Código Civil actual, expone en su artículo 86, en concordancia con los requisitos del artículo 81, además, que sea cual sea la forma de celebración del matrimonio, si lo solicita uno solo de los cónyuges con el consentimiento del otro o los dos, será concedido judicialmente el divorcio.

Consecutivamente, el artículo 87 expone que existe la modalidad de divorcio de mutuo acuerdo, siempre que se lleve a cabo mediante un convenio regulador ante la persona del Letrado de la Administración de Justicia o se haya elevado a escritura pública ante Notario, cumpliendo con lo establecido en el apartado 82 del Código Civil.

El divorcio se extingue, según el artículo 88 de la ley “...por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación...”.

Para finalizar, el artículo 89 de la norma, pauta que los efectos de la disolución del matrimonio se efectuarán en el momento en que exista una sentencia firme o un consentimiento por las partes que se haya llevado a cabo mediante escritura pública como invocaba el artículo 87 del Código Civil.

Tras esta exposición de artículos reguladores de la materia, conviene diferenciar los tipos de divorcio que existen, siendo estos de mutuo acuerdo o contencioso.

El primero de ellos<sup>114</sup>, requiere de un acuerdo entre ambas partes por escrito, denominado convenio regulador, donde se refleja el deseo de ambos por disolver el vínculo matrimonial y donde quedarán regulados todos los aspectos que guarden relación con la familia y el patrimonio de los cónyuges.

En segundo lugar<sup>115</sup>, mencionamos el divorcio contencioso, que es aquel que tiene lugar por no haberse llegado a un acuerdo entre las partes en la solicitud del divorcio o del convenio regulador, por lo que los cónyuges pedirán al Juzgado que se inicie un procedimiento de divorcio que ponga fin al vínculo matrimonial y la disolución del mismo.

---

<sup>114</sup> Definición de divorcio de mutuo acuerdo extraído de la página web Mundo jurídico.  
<https://www.mundojuridico.info/divorcio/>

<sup>115</sup> Definición de divorcio contencioso extraído de la página web Mundo jurídico.  
<https://www.mundojuridico.info/divorcio/>

## 7. El convenio regulador: contenido y tipos.

Este precepto<sup>116</sup> es definido por la Real Academia Jurídica de la Lengua como aquel *“negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir los particulares y la autoridad judicial que tiene por finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio. Incluye una serie de pactos entre los cónyuges, cuyo contenido mínimo está integrado por las medidas relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas, atribución del uso de la vivienda familiar, alimentos y cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico matrimonial y pensión compensatoria”*, como se dispone en el artículo 90 del Código Civil.

El convenio regulador, es aquel documento que contiene todo lo relativo a los pactos alcanzados por los cónyuges de mutuo acuerdo sobre aquellos aspectos personales y patrimoniales que les incumben a ambos y que mandarían después del divorcio. Sera requisito indispensable que estén aprobados por el juez o notario, para que su contenido origine plenos efectos.

El contenido mínimo de cualquier convenio regulador viene establecido en el artículo 90 del Código Civil <sup>117</sup> . En su apartado primero letra a) la norma establece que debe regularse bajo convenio todo lo referente al cuidado de los hijos que estén bajo la patria potestad de ambos, el ejercicio de la misma, así como la comunicación y estancia de los menores con la parte que habitualmente no conviva con ellos. En su letra b) se plasma que dicho convenio regulara si fueran necesarias las visitas y comunicación de los menores con sus abuelos.

---

<sup>116</sup> Definición de “convenio regulador”, realizado por la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

<https://dpej.rae.es/lema/convenio-regulador>

<sup>117</sup> Artículo 90 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E.es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

El artículo 90.1 letra c) establece que debe quedar recogido lo referente a la vivienda y ajuar doméstico.

Del mismo modo y en letras sucesivas queda reflejado que el convenio regulador, debe recoger todo aquello referente a la contribución de las cargas del matrimonio y alimentos; la liquidación del régimen económico matrimonial; así como la pensión compensatoria.

Estas medidas pueden ser tomadas de mutuo acuerdo como ya hemos reflejado, o en ausencia de acuerdo o que este no se haya aprobado, será el Juez quien las decida mediante sentencia como dispone el artículo 91 de la ley, siempre comprobando que no sea dañoso o perjudicial para los menores o alguna de las partes.

Las medidas que se acuerden en ese convenio regulador en un momento y circunstancias determinadas no tienen por qué ser las mismas en el tiempo, sino que pueden sufrir modificaciones cuando se alteren las circunstancias tomadas en cuenta para su adopción inicial.

## 8. La custodia y la patria potestad: conceptos, regulación y diferencias.

Suele ocurrir cierta confusión entre el concepto jurídico de patria potestad con el de custodia de menores, por lo que intentare acercarme lo máximo posible a ambos términos para explicarlos.

### 8.1. La custodia: concepto, normativa y tipos.

Este precepto recogido en el Código Civil<sup>118</sup> español, se regula en su artículo 92, alude a la convivencia, atención y ayuda de los menores de la pareja. Estas tareas consisten en velar y encargarse del día a día de los hijos menores.

El artículo antes mencionado en su apartado quinto<sup>119</sup> menciona la actuación compartida de los progenitores de la guarda y custodia de los menores cuando estos así lo decidan por medio de un convenio regulador o en el propio procedimiento, denominado custodia compartida. Esta modalidad supone la existencia de las mismas condiciones y derechos para ambos progenitores respecto de sus hijos.

En su apartado sexto<sup>120</sup>, el precepto establece unos requisitos previos a la concesión de la guarda y custodia, que en su tenor literal establece que *“el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor,*

---

<sup>118</sup> Artículo 92 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>119</sup> Artículo 92.5 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>120</sup> Artículo 92.6 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

*valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.*

El artículo 92.8 del Código Civil establece que *“excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.*

A tenor de esta redacción, el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2013<sup>121</sup>, expone en su Fundamento de Derecho cuarto que:

*“señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.*

Como excepción a la norma en la custodia compartida, el artículo 92.7 del Código Civil, expone que no será posible el ejercicio conjunto de la guarda y custodia si alguno de sus progenitores se encontrara inmerso en un procedimiento penal por una posible comisión delictiva que vaya contra la vida, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual hacia su cónyuge o sus propios hijos, o si se apreciara por el juez una posible existencia de violencia de género o doméstica.

Del mismo modo puede existir el ejercicio de guarda y custodia por parte de uno solo de los miembros de la pareja, denominada custodia monoparental,

---

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 29 de abril de 2013, recurso 2525 / 2011. (*Id Cendoj*: 28079110012013100242).  
<https://ala.org.es/wp-content/uploads/2014/01/Sentencia-del-Tribunal-Supremo-Sala-1%c2%aa-de-29-4-2013.pdf>

donde el cuidado, la convivencia y el bienestar del menor corresponde por atribución a uno solo de los progenitores, llamado progenitor custodio.

Dentro de esta modalidad, existe la figura del progenitor no custodio, considerado como tal a aquel que no tenga a los hijos consigo, pero que tiene derecho a visitarlos, a comunicarse con ellos y a estar con ellos, como recoge el artículo 94 del Código Civil, siempre atendiendo a las indicaciones establecidas por el Juez, quien podrá limitar o suspender las mismas.

Para la elección del tipo de custodia en cada caso concreto, se tendrá en cuenta siempre el interés superior del menor.

## **8.2. La patria potestad: concepto, normas aplicables.**

En contraposición con el concepto anterior, éste<sup>122</sup> supone la representación y gestión de los bienes de los menores no emancipados, por parte de los progenitores. Esta materia se encuentra regulada en el Código Civil, en su artículo 154, que a tenor literal establece “...*“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”* y *“representarlos y administrar sus bienes”*. De la misma manera, se refleja en este precepto, la obligación de oír a los descendientes con suficiente madurez antes de tomar cualquier decisión que pueda afectarles y la posibilidad de solicitar por parte de los progenitores auxilio judicial.

Siguiendo el hilo explicativo del Código Civil en esta materia, el artículo 155, aborda las obligaciones de los hijos para con sus padres, a quienes deben obedecer y respetar siempre; del mismo modo deben los menores mientras convivan con la familia, ayudar en la medida de sus posibilidades al levantamiento de las cargas familiares.

---

<sup>122</sup> Concepto de patria potestad extraída de la página web de guarda y custodia Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

La patria potestad se adquiere por el hecho de ser padre o madre de un menor, sin importar el estado civil de los progenitores.

Dado que la patria potestad siempre será ejercitada en pro del interés del menor, existe la posibilidad de que los padres sean privados de manera total o parcial de ésta<sup>123</sup>, cuando la ley así lo establezca por existir un incumplimiento de las obligaciones de los padres con sus hijos o alguno de ellos se hallase incurrido en una causa penal, existan malos tratos, problemas mentales o dependencia de sustancias psicotrópicas o del alcohol, etc.

### **8.3. Diferencias entre la patria potestad y la custodia.**

La patria potestad y la custodia son dos conceptos aplicables conjuntamente, pero entre ellos encierran un gran número de diferencias, y por ello podemos decir que pueden ser complementarios en el ámbito de familia.

La principal divergencia entre ambos términos se encuentra en conocer a quien está atribuido cada uno de ellos y quien puede ejercerlo. La patria potestad es personal e intransferible, es decir, solo aquel o aquellos a los que se les asignan, tendrán la obligación de ejercerla; sin embargo, la custodia puede realizarse por un tercero.

---

<sup>123</sup> Diferencias entre patria potestad y custodia extraída de la página web de guarda y custodia Conceptos Jurídicos.  
<https://www.conceptosjuridicos.com/patria-potestad/>

## **9. La pensión de alimentos y la pensión compensatoria: conceptos, regulaciones y diferencias.**

Un tema muy conocido por todos, pero a su vez desconocido su verdadero significado y aplicación que causa confusiones en nuestra sociedad son la pensión compensatoria y la pensión de alimentos.

### **9.1.1 La pensión de alimentos: concepto, regulación, finalidad.**

La pensión de alimentos es entendida como aquella facultad jurídica y jurisprudencial por la que el progenitor al que se imponga dicha obligación debe hacer frente al pago para que se cubra el alimento que necesita el menor.

El que realiza el abono de esta cuantía se denomina alimentante, y el que la recibe o puede exigir su abono es el alimentista.

Concretamente en lo referente a la pensión de alimentos, el Código Civil en su artículo 142<sup>124</sup> expone a tenor literal que:

*“se entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.*

La pensión de alimentos no se extingue cuando los menores alcanzan la mayoría de edad mientras estos se estén formando o no tengan recursos económicos.

---

<sup>124</sup> Artículo 142 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.  
<https://www.B.O.E.es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

En el artículo 146 del Código Civil se recoge que el importe de la pensión será conforme a los ingresos y medios del alimentante y las necesidades del alimentista. Asimismo, el artículo 147 de la misma norma, establece que la cuantía fijada para dicha pensión puede aumentar o disminuir en atención al cambio de circunstancias que se vayan produciendo en el tiempo para los mismos. Esta modificación se llevará a cabo mediante el procedimiento judicial correspondiente: modificación de medida.

En el artículo 152 de la norma anteriormente expuesta, se expresa en qué casos la obligación dejara de prestarse, estos son:

- La muerte del alimentista.
- Cuando el alimentista viera su fortuna reducida hasta el punto de no poder satisfacer la pensión sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.
- Cuando el receptor pueda ejercer un oficio o profesión donde no le sea necesaria la pensión para su subsistencia.
- Cuando el alimentista hubiere cometido alguna de las faltas que conllevan la desheredación.

TS, Sala de lo Civil, nº 740/2014, de 16/12/2014, Rec. 2419/2013<sup>125</sup> estudia el caso en el que el progenitor alimentante pase por dificultades económicas, en cuyo caso se determina que la Sala habrá de revisar la aplicación del Art. 146 ,Código Civil. En este sentido, es fundamental lo establecido por la TS, Sala de lo Civil, nº 184/2016, de 18/03/2016, Rec. 2541/2014<sup>126</sup>, que considera que "lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con

---

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 16 de diciembre de 2014, recurso 2419 / 2013. (ECLI: ES:TS: 2014:5096)

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/525d24b6edad21f3/20150105>

<sup>126</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 18 de marzo de 2016 recurso 2541 / 2014, (ECLI: ECLI:ES:TS:2016:1288)

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I71a07410ffe611e59947010000000000&base-guids=RJ\2016\1136&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc500000175473b0133e3fe1ace&src=withinResuts&spos=1&epos=1>

criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante".

## **9.2. La pensión compensatoria: concepto, normativa aplicable, finalidad.**

En contraposición al concepto anterior, la pensión compensatoria recogida en el Código Civil, artículo 97<sup>127</sup> establece en su literalidad que:

*“el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.*

Por todo lo cual, esto supone que la pensión compensatoria, se trata de una prestación económica que tiene derecho a percibir uno de los cónyuges sufra un desequilibrio económico que empeore su situación anterior al matrimonio.

Para determinar si se tiene derecho a la pensión compensatoria, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010<sup>128</sup> que marca la doctrina en este hecho, considerando que *“para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatorio debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la*

---

<sup>127</sup> Artículo 97 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

<sup>128</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 19 de enero de 2010 sentencia núm. 864/2010. (ECLI: ECLI:ES:TS: 2010:327)

[http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=11e7410202d8411df8a1d01000000000000&base-guids=RJ\2010\417&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc600000175561ff81df6ceabe7&src=withinResuts&spos=1&epos=1](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=11e7410202d8411df8a1d010000000000&base-guids=RJ\2010\417&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc600000175561ff81df6ceabe7&src=withinResuts&spos=1&epos=1)

*colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio”. (Buscar la sentencia)*

Lo que viene a decir esta sentencia es que, en caso de falta de acuerdo entre los cónyuges, será el Juez con ayuda de los presupuestos recogidos en el artículo 97 quien determine si hay desequilibrio o no.

Como hemos mencionado anteriormente, la pensión puede ser temporal o por tiempo indefinido. Esta temporalidad podrá ser acordada por las partes en el convenio regulador, y en defecto de acuerdo, será determinada por el Juez. Del mismo modo, cabe la extinción de dicha pensión cuando cese aquello que lo motivo; en el caso de que el cónyuge que la recibiera contrajera nuevas nupcias o en el caso de que el receptor de la retribución conviviera maritalmente con otra persona.

### **9.3. Diferencias entre la pensión de alimentos y la pensión compensatoria.**

La sociedad tiende a confundir la pensión de alimentos con la pensión compensatoria. Sin embargo, son prestaciones totalmente diferentes y a la hora de su determinación, se tienen en cuenta distintos factores.

Por un lado, cuando nos encontramos ante un proceso de separación o divorcio, la pensión de alimentos es aquella prestación que los padres deben satisfacer a los hijos para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y formación.

Por el contrario, la pensión compensatoria es aquella prestación de carácter económica que uno de los cónyuges tiene derecho a recibir cuando por la separación o el divorcio se le cause un desequilibrio económico, en relación a la situación económica que este tuviera durante el matrimonio.

## **10. El procedimiento de familia: contencioso o mutuo acuerdo.**

En el derecho de familia existen dos tipos de procedimientos por los que se puede obtener el divorcio, estos son: el contencioso y el de mutuo acuerdo, que serán expuestos a continuación.

### **10.1. Procedimiento contencioso.**

El procedimiento contencioso de divorcio, se encuentra regulado en los artículos 769 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>129</sup>.

Este tipo de procedimiento se rige por unas pautas esenciales que a continuación se expondrán.

En primer lugar, es necesario saber el juzgado competente, en estos casos, la demanda se podrá interponer en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio conyugal, y en defecto de este, si viven en partidos judiciales distintos, el demandante podrá decidir interponerla en el último domicilio del matrimonio o residencia del demandado. Si este último domicilio no es fijo cabe la posibilidad de presentar la demanda en el juzgado donde se halle el menor. Todo ello viene recogido en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>130</sup>.

En cuanto al tipo de procedimiento, el artículo 770 de la norma antes mencionada expresa que las demandas de separación y divorcio contencioso se sustanciarán por los trámites del Juicio Verbal.

---

<sup>129</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2000-323>

<sup>130</sup> Artículo 769 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2000-323>

El apartado primero<sup>131</sup> del artículo expuesto recoge aquella documentación que deberá acompañarse con la presentación de la demanda, siendo esta:

*“la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica”.*

Una vez se haya presentado la demanda, el cónyuge demandado tendrá un plazo de 20 días hábiles para contestar. En el caso de que hubiera menores, la demanda se trasladará también al Ministerio Fiscal.

El demandado ante esta situación puede actuar de varias maneras:

- No contestar a la demanda, con la pertinente declaración de este en rebeldía, lo que supone que admite lo que dice la contraparte.
- Personarse en el procedimiento, pero no contestar.
- Allanarse a la demanda, lo que supone que admite lo que pretende el cónyuge demandante.
- Contestar a la demanda.
- Contestar a la demanda y reconvenir.

El siguiente paso de este procedimiento es la vista, donde el juez reúne a las partes para que se ratifiquen en sus pretensiones y se practique la prueba.

Por último, el Juez dictara sentencia donde estime de manera motivada la nulidad, separación o divorcio pretendidos. Asimismo, se pronunciará sobre los efectos o consecuencias de las mismas y determinará las medidas adecuadas

---

<sup>131</sup> Artículo 770.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2000-323>

en relación a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio o la liquidación del régimen económico. Dichas medidas podrán ser modificadas cuando exista una alteración de las circunstancias en que se tomaron.

## **10.2. Procedimiento mutuo acuerdo.**

La ley nos permite solicitar el cambio del procedimiento contencioso a uno de mutuo acuerdo, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre los cónyuges.

La Ley permite instar un cambio de procedimiento, pasando así de contencioso a mutuo acuerdo en cualquier momento, siempre que concorra un acuerdo entre los cónyuges como se recoge en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil <sup>132</sup> ; asimismo este precepto en su apartado segundo, esclarece que el proceso se inicia con la solicitud o petición, que se deberá de acompañar con:

- la certificación de la inscripción del matrimonio.
- la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil.
- la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil.
- el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.

El apartado tercero del artículo 777 expone la tramitación del procedimiento, donde se hace constar que, tras la admisión de la solicitud de separación o divorcio, es competencia del Letrado de la Administración de Justicia citar a los cónyuges de manera separada en el plazo de los tres días siguientes para que

---

<sup>132</sup> Artículo 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2000-323>

procedan a la ratificación de su petición. De no ocurrir así, es decir, si una de las partes no ratificara su petición, el Letrado de la Administración de Justicia procederá al archivo de las actuaciones.

El artículo 777.4 expone en su tenor literal que:

*“ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia que fuere competente concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador”.*

El apartado quinto del mismo artículo se refiere a los casos en los que haya hijos menores o incapacitados, donde el tribunal deberá recabar informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos, y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal.

Tras recorrer estos requisitos y comprobar que se cumplen todos y cada uno de ellos, la finalización del procedimiento se llevara a cabo mediante sentencia concediendo o denegando la separación o divorcio y si fuera necesario, pronunciándose sobre el convenio regulador.

Es importante destacar en este punto el procedimiento de modificación de medidas. Se trata de un procedimiento judicial contencioso o de mutuo acuerdo que tiene como objetivo cambiar las medidas definitivas establecidas en una sentencia anterior de nulidad, separación o divorcio, no pudiendo iniciarse este procedimiento con la finalidad de poder adoptar medidas que no se tuvieron en cuenta anteriormente, siempre y cuando exista una alteración de las

circunstancias económicas o personales, para poder adecuar las medidas a la nueva realidad que viven los cónyuges.

### **10.3. Pruebas que pueden practicarse: inspección ocular del menor, el informe psicosocial y la declaración de los menores.**

En los procedimientos de familia existen dos tipos de pruebas esenciales como son la inspección ocular por el juez de los menores o incapaces y el informe psicosocial de éstos que se ven afectados por el divorcio o la separación de los cónyuges.

Este es el modo a través del cual, se trata de investigar cual es el interés superior del menor en cada uno de los casos que se ocasionan.

#### **10.3.1. La inspección ocular de un menor realizado por el Juez.**

Este procedimiento consiste en una reunión en la que el Juez que debe decidir sobre la custodia, la patria potestad y otras cuestiones del proceso de familia, habla directamente con el menor en su despacho o en una sala distinta de la judicial, y de este modo puede valorar por sí mismo la actitud y madurez del menor.

Es fundamental que los menores sean escuchados y oídos en el procedimiento, y en muchas ocasiones puedan dilucidar cuestiones como el no deseo de compartir con uno de os progenitores por los motivos que ellos tengan. Esta cuestión es una exigencia recogida en el artículo 92.6 del Código Civil <sup>133</sup>, explicado con anterioridad.

---

<sup>133</sup> Artículo 92.6 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.  
<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

También es importante mencionar lo contemplado en el artículo 770.1. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>134</sup> que establece la obligación del juez a escuchar a los menores cuando sean mayores de doce años o tengan juicio suficiente.

No podemos olvidar las facultades judiciales para poder dilucidar si es o no necesario que el menor sea escuchado, esta cuestión se establece en el apartado quinto del artículo 777 de la Ley ritaria<sup>135</sup>. En su tenor literal se contempla que:

*“si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor...”*

### **10.3.2. El informe psicosocial de los menores.**

Es aquel solicitado por una o ambas partes en los procedimientos en los que se solicita una modificación de medidas y no existe acuerdo entre los cónyuges en cuanto a la custodia, el régimen de visitas e incluso la patria potestad.

Es solicitado por el Juez que está tramitando el procedimiento en virtud de lo dispuesto en los apartados sexto y noveno del artículo 92 del Código Civil<sup>136</sup>. De esto se concluye la importancia de la realización de un informe psicosocial que valore no solo al menor, sino a los progenitores de éste. Pudiendo hacerse bien de oficio o a instancia de parte.

---

<sup>134</sup> Artículo 770.1.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2000-323>

<sup>135</sup> Artículo 777.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-2000-323>

<sup>136</sup> Artículo 92 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<https://www.B.O.E..es/buscar/act.php?id=B.O.E.-A-1889-4763>

El informe psicosocial contempla un estudio de las cosas contadas por cada uno de los progenitores por separado y del menor afecto en el mencionado procedimiento. Suele comenzar con un relato libre de las diversas circunstancias o hechos desde que comenzó la unión de ambos, y todas las cuestiones relevantes asociados al cuidado de los menores, e incluso la relación con éste o entre ambos. Después se formulan unas preguntas relacionadas sobre hechos concretos contenidos en la demanda o en la contestación a la misma, y posteriormente se realiza una evaluación psicológica y médica de todos los integrantes del núcleo familiar.

A través de esta prueba pericial se pueden dilucidar si ha existido manipulación al menor por parte de alguno de los progenitores, o incluso si padecen el síndrome de Munchausen o cualquier otra alteración psíquica o psiquiatra que les impida realizar adecuadamente las funciones correspondientes a la crianza de los hijos.

No hay que olvidar que la conclusión de este informe da respuesta directa y clara al juez sobre la decisión acerca de la custodia, ya que valora el interés superior del menor, pudiendo conocer de primera mano tanto las palabras, como el modo de narrar las distintas circunstancias ocasionadas por los afectados en el procedimiento, y de este modo, se hace un juicio de valor totalmente objetivo, y que en cualquier caso el único fin que tiene es velar por el interés superior del menor.

## 11. ¿Existe una desigualdad entre los progenitores en la nulidad, separación y divorcio en el ámbito contencioso?

Una vez realizado un estudio en profundidad sobre el concepto de la familia y sus orígenes, es imprescindible contestar a la pregunta por la cual se dirime la esencia del presente trabajo; ésta es, si se produce o no una desigualdad entre los progenitores en el ámbito contencioso y si los Tribunales aplican de manera correcta la normativa. Como sabemos, la ruptura de dos personas como pareja no significa precisamente su fracaso como padres.

Para ello, procedemos a analizar, jurisprudencia de los tribunales españoles en materia de derecho de familia.

En un primer momento, la Ley 30/1981<sup>137</sup>, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, era la norma aplicable para la regulación de la guarda y custodia en España. Esta norma fijaba un modelo de custodia monoparental, sin perjuicio de otorgar en algunos casos la custodia compartida.

Con posterioridad llegó la reforma de la Ley 15/2005<sup>138</sup>, de 8 de julio, que admitía la figura de guarda y custodia compartida, con la modificación del artículo 92 del Código Civil. Este hecho marco un punto de inflexión en los tribunales, como se ve reflejado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012<sup>139</sup>, de 17 de octubre de 2012, donde se recoge un recurso de

---

<sup>137</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216>

<sup>138</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

<sup>139</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012, B.O.E núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, (*ECLI:ES:TC:2012:185*)

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23092>

inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 92.8 de la norma anteriormente expuesta. En esta sentencia, la mujer en primera instancia presento demanda de divorcio y solicito la guarda y custodia de la menor en común, mientras que el padre solicitaba una guarda y custodia para ambos. Por su parte el Ministerio Fiscal emitía informe favorable para que fuera a la madre a quien se le otorgara la guarda y custodia en exclusiva. El juez fallo atribuyendo la guarda y custodia a la madre fundamentando su decisión en que:

*“el juzgador de instancia valoró las circunstancias concretas del caso, la prueba practicada y el informe del Ministerio Fiscal, que estimaba más idóneo que se prosiguiera con su ejercicio en exclusiva por la madre. Así, en el fundamento de derecho segundo de esta resolución judicial se dice expresamente que hay que señalar que este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común”.*

La cuestión de inconstitucionalidad planteada cumpliendo los requisitos del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>140</sup> que otorga esta potestad, se dirime de este fallo. El fundamento jurídico primero de esta sentencia expone en su literalidad:

*“Es objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad el art. 92.8 del Código civil (CC), en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, que dispone: Excepcionalmente, aun cuando no se den los*

---

<sup>140</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 05 octubre de 1979.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>

*supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

*Hay que advertir que, como ha quedado expuesto, en los antecedentes, en el Auto de planteamiento se suscita la duda sobre la violación de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE, al exigir el art. 92.8 CC el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores.”*

En el fundamento jurídico séptimo se nos aclara que:

*“...La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la Ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al dictamen del Fiscal. Al igual que el acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC) conlleva una Sentencia judicial sobre el fondo, en el supuesto del art. 92.8 CC, aunque también se obtiene una resolución judicial sobre el fondo, lo cierto es que ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio público y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter*

*exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio público  
(art. 117.3 CE) ...”*

La cuestión de inconstitucionalidad fue estimada por lo que se declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del artículo 92.8 de la norma, por ser contrario a los artículos 117.3 y 24 de nuestra Constitución Española.

En esta sentencia se observa que la norma aplicable del Código Civil en su literalidad ataba de pies y manos a los magistrados por lo que no es posible un ejercicio de la potestad jurisdiccional plena. Asimismo, se ve coartado el derecho a decidir de un juez pues la norma es clara, sin un dictamen “favorable” del Ministerio Fiscal no es posible la adopción de una custodia compartida, esto provoca la no obtención de una resolución justa sobre el fondo del asunto, al encontrarse vinculado su decisión al dictamen del Fiscal. Intrínsecamente el artículo 24 de nuestra norma suprema se ve mermado en cuanto a que se produce una indefensión de una de las partes al no haber obtenido una tutela judicial efectiva en Primera Instancia, por estar la decisión del Juez condicionada.

Como segundo ejemplo podemos observar la Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid, Sala 1ª de lo Civil, recurso 4372/2017<sup>141</sup>, de 13 de diciembre de 2017, que trae causa de la demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio ejercitada por el marido, donde se solicita una guarda y custodia compartida con régimen de estancias alternas con cada uno de los progenitores. La madre se opuso a esta demanda y el Juzgado de Primera Instancia fallo estimar la demanda interpuesta por el padre, fijando una custodia compartida, basando su decisión en que: *“desde la tramitación del procedimiento inicial han cambiado las circunstancias”*.

---

<sup>141</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 2017 sentencia núm. 4372/2017, (ECLI: ES: TS: 2017:4372).  
<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f9caf3b37c843044c13003b2ec45c8c4e55ac633748b1651>

En segunda instancia, no estando de acuerdo la madre interpuso el pertinente recurso de apelación, estimado por la Audiencia Provincial, y revocando la resolución impugnada en su integridad, exponiendo que:

*“Aun sin desconocer [...] que ha existido un cambio jurisprudencial al establecer más ampliamente la custodia compartida a favor de los progenitores, el que se más beneficioso para los menores está aún por demostrar, sobre todo en progenitores que tienen muchos enfrentamientos, con justificaciones en los hijos. Y no digamos nada del cambio de domicilio semanal que se pretendía instaurar en la nueva regulación en la sentencia recurrida, pues el cambio citado sería totalmente no beneficioso para los hijos, al ser un cambio continuo.”*

Esta decisión dio lugar al presente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por una incorrecta aplicación por la Audiencia Provincial, del principio de protección de interés de los menores en el análisis de las cuestiones relativas a su guarda y custodia, infringiendo lo establecido en el art. 90.3 del Código Civil y oponiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias 758/2013 de 25 de noviembre, 242/2016 de 12 de abril, y 251/2016 de 13 de abril. El segundo motivo que da lugar a este recurso es la infracción del artículo 92 del Código Civil, en relación con el artículo 39 de nuestra Constitución Española , el artículo 2 LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con el interés de los menores.

La Sala del Tribunal Supremo expone que:

*“la sentencia recurrida no se atiende a la doctrina jurisprudencial referida, dado que se limita a analizar a la existencia o no de cambio de circunstancias sin valorar el interés de los menores.*

*En el presente caso, se da el transcurso de tiempo suficiente, desde la interposición de la demanda de divorcio el 12 de noviembre de*

*2012, hasta la interposición de la demanda de modificación de medidas el 19 de febrero de 2016. Unido a ello, el padre ha conseguido su traslado desde Talavera de la Reina a Arenas de San Pedro, localidad en la que los menores cursan sus estudios, lo que beneficia que el padre (profesor de matemáticas) pueda disponer de más tiempo y controlar los estudios del hijo menor, de rendimiento escolar irregular.”*

Del Fundamento Jurídico séptimo podemos extraer a tenor literal que:

*“...en la sentencia recurrida se muestra, en abstracto, una clara oposición a la custodia compartida como sistema de guarda, sin analizar el caso concreto sometido a su enjuiciamiento, limitándose a efectuar una declaración de principio en contra de la custodia compartida, que hemos de rechazar...”*

Por todo ello, la Sala Falla estimando el recurso interpuesto y casando la sentencia recurrida, confirmando íntegramente la sentencia de 21 de julio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia.

Aquí se observa claramente una indefensión puesto que no se tiene en cuenta el interés del menor y las circunstancias acaecidas en pro de este como es el traslado del padre a la ciudad donde se encuentra su hijo para seguir participando activamente en la vida y cuidado del menor. El juzgador se opone a un régimen de custodia compartida por entender este que este tipo de custodia aun está por demostrar si es o no más beneficioso para el menor y apela a un continuo cambio de domicilio, domicilio que se encuentra sito en la misma localidad que el menor cursa sus estudios a voluntad de su padre para estar más cerca del menor y no menoscabar así su “rutina”.

En tercer lugar y como ejemplo de análisis, en esta sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sección 1ª, núm. 495/2013 <sup>142</sup> de 19 de julio se estudia un recurso de casación presentado por el padre al apreciarse una infracción del artículo 92.8 del Código Civil, con el apoyo del Ministerio Fiscal, que se ve reflejado en el segundo Fundamento de Derecho de la sentencia.

En ese mismo Fundamento, la sentencia recurrida nos viene a decir que:

*“...tal sistema de custodia no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que “esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa para Pablo y Javier, ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos”, añadiendo que “para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores”, y prosigue el fundamento exponiendo que en dicha sentencia se omiten cosas como que “los hijos tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos”, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre.”*

---

<sup>142</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 19 de julio de 2013, sentencia núm. 495/2013, (RJ/2013/5002).

<http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=1744b43b004b811e393a601000000000&base-guids=RJ\2013\5002&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad82d9a000001758f437ddcf625b601&src=withinResuts&spos=1&epos=1>

La sala estima la pretensión de una guarda y custodia compartida al no resultar sustentada la oposición a la concesión de la misma en motivos y razones objetivas.

Se observa que lo que se pretende con esta sentencia, es aproximar este nuevo modelo de custodia al modelo existente de convivencia antes de la disolución del vínculo matrimonial y permitir de esta manera a los progenitores seguir ejerciendo los derechos y deberes que ostentan inherentes a la patria potestad, así como, poder involucrarse de manera equitativa en el desarrollo de sus hijos, resultando ser lo más adecuado para los menores.

Por su lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 11/2018<sup>143</sup> de 11 de enero, examina el recurso de casación interpuesto por el padre del menor al que se le niega la guarda y custodia. Fundamenta dicho recurso al considerar que la sentencia recurrida incurre en una *“Violación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e incorrecta interpretación de los artículos 92.5, 92.6, 92.7 y 92.8 del Código Civil, e infracción del artículo 3.1 y 9.1 de la Convención de Derechos del Niño, y del artículo 3.1 de la LO 1/96, de 15 de enero, LO 8/2015 de 22 de julio...”*

En el fundamento de Derecho segundo se muestra la postura del Ministerio Fiscal, quien interesa que se estime el recurso interpuesto por el progenitor no custodio. La sentencia recurrida excluye la custodia compartida fundamentando su argumento en que el menor estaba con su madre y por edad necesita de una rutina y estabilidad, aun a sabiendas que el progenitor no custodio está totalmente capacitado para asumir sin problema alguno el cuidado del menor en caso de custodia compartida.

---

<sup>143</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 11 de enero de 2018, sentencia núm. 11/2018, (RJ\2018\104).

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I2f836230056711e892a4010000000000&base-guids=RJ\2018\104&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad82d9b000001758f497e20f5703284&src=withinResuts&nivelClas=area&spos=1&epos=1>

La sala ha entendido que se ha producido sin motivo una privación al menor de una custodia entre ambos progenitores, sin exponer cual sería la edad para poder adoptar este régimen de custodia. Asimismo, refleja en su tenor literal que:

*“el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio.”*

La sentencia concluye con la estimación del recurso interpuesto por el progenitor no custodio, el padre, y la anulación de la sentencia recurrida con imposición de un sistema de guarda y custodia compartida para ambos progenitores.

En esta sentencia se observa una mala aplicación de la norma y una adjudicación por el hecho de ser madre, pues el juzgador no está teniendo en cuenta la capacidad como padre que tiene el hombre, justificándose en la edad del menor. Se está privando a un menor de una custodia entre ambos progenitores con una consecuencia negativa en el menor al imponer una custodia exclusiva que se irá consolidando con el paso del tiempo y que tendrá efectos negativos a la hora de intentar modificar dicho régimen nuevamente con posterioridad.

Bajando de nivel en la pirámide jurisprudencial, tomamos como modelo la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra<sup>144</sup>, sección 1ª, donde se debate la aplicación o no de una custodia compartida del hijo menor de la pareja. En Primera Instancia el Juzgado decidió atribuir la guarda y custodia a

---

<sup>144</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de junio de 2020, recurso 896/2019.(ECLI:ES:APPO:2020:1010)  
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9210479/Custodia%20compartida/20200804>

la madre con un régimen de visitas para el progenitor no custodio, argumentando que:

*“...que el motivo para no acordar la guarda y custodia compartida es el distinto régimen y modo de vida que tienen cada uno de los hijos del matrimonio, dada la diferencia de edad existente entre ellos, la decisión de la hija Modesta , expresada en su exploración judicial, de mantener su residencia con su madre, junto con el principio fundamental de no separar a los hermanos...”.* No estando de acuerdo, el padre decide recurrir dicha sentencia solicitando el modelo de custodia compartida que a su juicio venía desempeñando con el menor, como consta en el Fundamento de Derecho segundo.

Esta sala termina considerando la custodia compartida como el régimen más conveniente y adecuado al interés del menor pese a que en Primera Instancia se descartara.

Nuevamente se observa la falta de empatía hacia los progenitores masculinos pues se le considera menos preparados para asumir la custodia de sus hijos aun cuando hay informes favorables de la buena relación de los padres con sus hijos y la implicación y deseo de los mismos de pasar más tiempo con ellos. La adopción de la custodia compartida no debe ser tomada como una opción excepcional, debe ser primariamente considerada como la más normal y más favorable al menor pues permite a los progenitores seguir desempeñando sus derechos como padres e intentar asemejar esta nueva situación a la que tenían antes de la ruptura matrimonial.

A modo de ejemplo, también nos servimos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León <sup>145</sup>, sección 2ª, donde el progenitor no custodio insta la solicitud en Segunda Instancia de la modalidad de custodia compartida.

---

<sup>145</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, de 10 de enero de 2020, recurso 322/2019.(ECLI:ES:APLE:2020:82)  
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9078038/Divorcio/20200406>

Por el Juzgado de Primera Instancia se falló:

*“...declaro disuelto por DIVORCIO el matrimonio contraído entre ambos con todos los efectos legales que esta declaración conlleva y fijando, asimismo, las siguientes medidas definitivas personales y patrimoniales: 1) Se atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija menor de edad, ostentando ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad...”*

Se interpuso por parte del progenitor no custodio recurso de apelación instando la guarda y custodia compartida por ambos.

Se observa que no se tuvo en cuenta a la hora de tomar la decisión, los recursos, apoyos e infraestructuras que tiene el padre para hacerse cargo del cuidado de su hija, no se tuvo en cuenta tampoco que no apareciesen dificultades de funcionamiento para que el padre se desarrollara perfectamente en la atención de la menor. Asimismo, los progenitores han sido capaces de normalizar su relación y por consiguiente de mantener una comunicación suficiente para tratar todas aquellas cuestiones que tengan que ver con la menor. Otra cuestión a tener en cuenta es que no se valoró que el progenitor no custodio residiera en la misma localidad, lo que nos deja ver el grado de implicación y disposición del padre para con la menor, resultando de esto que una custodia compartida es la mejor opción para la menor, pues le permite seguir relacionándose con ambos padres, y permite el derecho que tienen los hijos a mantener una relación con sus progenitores.

Por estas cuestiones expuestas y que el juzgador de Primera Instancia no tuvo en cuenta se procedió en Segunda Instancia a atender a la petición del progenitor no custodio y se acordó la guarda y custodia compartida de la menor.

Tras la realización de un análisis de jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de

las distintas Comunidades Autónomas que conforman el territorio español, así como jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se observa con los datos del Instituto Nacional de Estadística que desde el año 2013 hasta el año 2019 hay una clara prevalencia a conceder una custodia individual materna, frente a una custodia paterna o el establecimiento de un sistema de custodia compartida. Para poder tener una visión global acerca de las consecuencias de las resoluciones judiciales, el resultado de éstas, y otras circunstancias que rodean al derecho de familia serán anexados los gráficos representativos.

En el año 2013-2014 en el 76,2% de los casos, la custodia fue otorgada a la madre, frente a un 5,5% que otorgaba la custodia al padre. En contraposición, la custodia compartida ostentaba un 17,9% (ver anexos I-II).

No es hasta el año 2017, cuando se observa una disminución significativa en la custodia otorgada a la madre, siendo esta en el 65% de los casos, disminuyendo al mismo tiempo la cifra en los casos de custodia al padre 4,4% y con un aumento significativo del 30,2% en el otorgamiento de custodia compartida (ver anexo III).

Al año siguiente, en 2018 la madre obtuvo la custodia de los menores en el 61,6% de los casos, el padre en un 4,2% y la custodia compartida aumentó a un 33,8% de los procesos (ver anexo IV).

Por último, las separaciones y divorcios que tuvieron lugar en 2019 arrojan unas cifras sobre la custodia de los hijos donde se observa que la madre obtuvo la custodia de los menores en el 58,1% de los casos, el padre se mantiene en ese 4% y la custodia compartida alcanza mayores cifras, llegando a ser concedida en el 37,5% de los casos (ver anexo V).

De estas estadísticas se puede comprobar la tendencia a la concesión de la custodia a la mujer por ser la madre de los menores, frente a los porcentajes mínimos reservados para el padre como se expone con claridad. En contraposición a una guarda y custodia matriarcal, con el paso de los años ha

ido incrementando la figura de una custodia compartida por ambos progenitores, por ser los padres completamente válidos para el ejercicio de todas aquellas funciones de atención y cuidado de los niños, no imponiéndose solo a la madre, pues ambos participan activamente en la vida del menor.

## 12. Conclusiones.

El presente trabajo muestra la evolución del hombre en la familia, el paso de una familia tradicional a las nuevas modalidades de familia y una notable evolución del Código Civil, norma reguladora de esta materia. Todo ello, sin olvidarnos del interés superior del menor; siendo éste el derecho que atañe a los menores en cuanto a que su interés sea valorado y considerado con prioridad en todas aquellas decisiones y acciones que le afecten.

La definición de familia aportada por el Derecho Romano no es otra que el conjunto de personas que se encontraban bajo la potestad del hombre, padre de familia, que limitaba el ejercicio de algunos derechos; esto suponía que cualquier ciudadano varón de la época, con capacidad jurídica, podría ser pater familia y así tener plena autoridad sobre su familia con los poderes que ello conllevaba.

En contraposición a esta idea de familia, donde el hombre era concebido como cabeza de familia y la mujer relegada a las tareas domésticas, con la llegada del siglo XX, el modelo de familia se veía modificado atendiendo a dos momentos históricos importantes: la Segunda República Española y el periodo de la Dictadura. El primer periodo de la Segunda República trajo consigo una modificación social de la mujer en España, así como la aprobación del matrimonio civil y el divorcio de mutuo consentimiento que consiguió la no distinción de ambos cónyuges ante la ley.

No fue hasta la llegada de la Transición y la Democracia cuando se produjo un cambio sustancial en la familia; dicho cambio conllevó a la concepción de una familia moderna, debido a un cambio social muy avanzado marcado principalmente por el acceso de la mujer al mundo laboral, así como una mayor implicación del hombre en el ámbito familiar, logrando así igualar a los cónyuges.

En cuanto a la norma reguladora de esta materia, el Código Civil ha ido modificándose con posterioridad para adecuarse al momento y circunstancias temporales que así lo exigían, siendo destacables, por ejemplo, Ley 11/1981, de 13 de mayo<sup>146</sup>, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>147</sup>, protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley 13/2005, de 1 de julio<sup>148</sup>, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; o la Ley 30/1981, de 7 de julio<sup>149</sup> por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

Teniendo en cuenta la modificación del Código Civil en lo referente a la Ley 30/1981, se han analizado las distintas modalidades de disolución del vínculo matrimonial, dividiéndolo en dos grupos como son el procedimiento contencioso, entendido como aquel que necesita de la intervención de un Juez por no existir acuerdo entre los cónyuges en lo referente a la disolución del vínculo matrimonial; o el procedimiento de mutuo acuerdo donde las partes son capaces de acordar todo lo referente a su separación o divorcio mediante la figura de convenio regulador. La separación, el divorcio, las medidas provisionales y definitivas, así como los procedimientos para la modificación de medidas; se pueden encuadrar en uno u otro tipo de procedimiento.

En cualquier caso, sea cual sea el procedimiento, cuando existen menores se han de tratar los conceptos como:

---

<sup>146</sup> Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>

<sup>147</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

<sup>148</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>

<sup>149</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216>

- La patria potestad, que supone la representación y gestión de los bienes de los menores no emancipados por parte de los padres.
- La guarda y custodia, a diferencia del término anterior, hace alusión a la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad.
- El régimen de visitas alude al derecho que tiene el progenitor no custodio de visitarlos, comunicarse y disfrutar de ellos, cuyo objetivo es que los hijos no pierdan la relación con el progenitor que no ostenta la custodia.
- El domicilio familiar, por su lado hace referencia, en los procedimientos contenciosos, a quien tiene el derecho de uso y disfrute de la vivienda tras la separación o divorcio cuando haya menores.
- La pensión de alimentos es definida como el deber que tiene uno de los cónyuges frente a los hijos, que cubra las necesidades del menor.

Conceptos todos ellos presididos por el principio básico del interés del menor; en cuanto a la relación entre los cónyuges ya estaríamos hablando de la pensión compensatoria, consistente en una prestación económica que tiene derecho a percibir el cónyuge que sufra un desequilibrio económico que empeore su situación anterior al matrimonio.

Una vez definidos los conceptos básicos que rigen en la actualidad los procesos anteriores, se pasa a analizar la figura del padre en los mismos, al objeto de comprobar si existe o no un trato diferenciado entre el padre y la madre en el ámbito contencioso.

En el estudio jurisprudencial realizado, la lectura de la normativa aplicable en cada caso, así como, los datos estadísticos que constan a través del Instituto Nacional de Estadística, se aprecia que existe una tendencia a dictar medidas más favorables hacia la madre, especialmente en lo referido a guarda y

custodia; y derivada de ésta en lo referente a la atribución del domicilio familiar, régimen de visitas y pensión de alimentos.

Como se ha podido observar, en los gráficos obrantes en los anexos 1 a 5 en este trabajo, que abarcan el periodo comprendido entre el año 2013 hasta el año 2019, la tendencia de los Tribunales de Primera Instancia es otorgar la custodia monoparental a las madres. Lo que supone una clara diferencia respecto de las veces que se otorga una custodia monoparental al padre o incluso respecto de la custodia compartida, que año a año ha ido aumentando debido a la incorporación de la mujer al ámbito laboral y la intervención del padre en el ámbito familiar, implicándose en mayor medida en la educación y cuidado de los hijos; lo curioso sigue siendo que a pesar de este cambio social sigue siendo mucho mayor la cantidad de custodias monoparentales materna frente a la custodia compartida.

En los casos que exista una custodia monoparental será únicamente el progenitor custodio el que se encargue de la crianza, bienestar, educación y convivencia habitual de los hijos, permitiéndose al progenitor no custodio visitar a sus hijos tenerlos en su compañía por medio de un régimen de visitas. Asimismo, en este tipo de custodia aparece la figura de la pensión de alimentos de la que deberá hacerse cargo el progenitor no custodio por estar este obligado a proporcionarle alimentos. En los casos de que el progenitor no custodio sea el hombre, nos encontramos que, en la mayoría de los casos, este se encuentra excluido de la vida cotidiana de los hijos, privando de esta manera a ambos de la relación existente con anterioridad a la disolución del vínculo matrimonial y limitando a este solo a visitas de los menores de manera periódica, generando una conciencia social en la que el padre no tiene nada que hacer. En la mayoría de los casos este régimen de visitas consiste en fines de semana alternos y un día de la semana, provocando que el hombre sea un mero visitante de sus hijos, provocando una limitación del contacto entre padre e hijo y una limitación al ejercicio de las funciones paternas en el día a día del menor

Paralelamente, cuando exista una custodia compartida, serán ambos padres quienes se encarguen de la crianza, bienestar y educación de los menores. En este modelo de custodia se permite a ambos que los hijos convivan con ellos, mediante periodos alternos (semanas, meses, semestres, etc.).

En los casos en que se otorga esta custodia, se garantiza a ambos padres la *“posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, pudiendo así participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”*, como se observa en la sentencia 368/2014 del Tribunal Supremo, de 2 de julio<sup>150</sup>.

En lo referente a los gastos de los menores, en esta modalidad, los progenitores abonaran en la misma proporción entre los ingresos y gastos que existan, dejando atrás la figura de que debe ser el progenitor no custodio el que abone la pensión de alimentos.

Es importante destacar el cambio generacional que ha sufrido la sociedad, entre mi abuela y mi madre y por lo tanto entre mi abuelo y mi padre, pues en la época de mis abuelos era impensable la concepción de la mujer como hoy en día la conocemos, pues esta se encontraba relegada estrictamente al ámbito familiar y al cuidado de los hijos, siendo mi abuelo quien se encargaba de la economía familiar. Era impensable la idea de divorcio en la época de mis abuelos.

---

<sup>150</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 2 de julio de 2014, recurso 368/2014, (ECLI: ECLI: ES: TS: 2014:2650)

<http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=I7117f0400bc311e4883501000000000&base-guids=RJ\2014\4250&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc500000175cd5ba6407995d8c9&src=withinResuts&spos=1&epos=1#>

Por el contrario, la generación de mis padres es aquella donde la mujer está dentro del mundo laboral y el hombre más implicado en la vida familiar. Por lo tanto, si analizo la sociedad española lo que veo es que la sociedad va más rápido que el cambio jurisprudencial.

Me ha sorprendido comprobar que si la estructura familiar que existe y promueve esta sociedad en la actualidad, es aquella en la que el padre y la madre están involucrados en la vida diaria y cotidiana de la familia en su más amplio sentido, tanto de forma económica como afectiva, de sus hijos, porque no se mantiene en el caso de la ruptura de pareja, momento en el que juzgados y tribunales se decantan en una mayoría destacada hacia la madre, ese equilibrio después del divorcio si ambos están igualados en ámbito familiar y laboral.

A causa de ello, uno de las consecuencias de esta desigualdad, es la diferencia de tratamiento jurisprudencial de la figura paterna respecto a la materna, apreciándose ésta, en primer lugar, en una mala aplicación del artículo 14 de nuestra norma suprema, la Constitución, que promulga una igualdad ante la Ley sin que prevalezca discriminación por sexo. En segundo lugar, podemos observar como una deficiente aplicación del artículo 117 de la misma norma antes expuesta, por la que tenemos derecho a obtener una tutela judicial efectiva, podría provocar una indefensión a una de las partes.

Siguiendo el hilo de estas desigualdades, lo cierto es que como se puede observar en el anexo 6, a nivel de primera instancia se otorgan más custodias monoparentales que custodias compartidas.

Teniendo en cuenta que la custodia compartida, como ya hemos dicho, es aquella en la que el menor está el mismo tiempo con el padre que con la madre, ya el simple hecho de que se otorguen más custodias monoparentales que custodias compartidas va en detrimento de la figura paterna en cuanto a su involucración en el día a día del menor. Pero además, cuando nos centramos en la custodia monoparental, observamos que esa custodia en un 80%, aproximadamente, es favorable a la madre con respecto al padre; de forma que si ya, por principio, se otorgan más custodias monoparentales que compartidas,

siendo estas últimas en un 20% y que de éstas, el 90% son para la madre y no para el padre, en principio se puede valorar que obviamente la tendencia de los juzgados y tribunales, concretamente los juzgados de primera instancia que son aquellos que están más cerca del ciudadano, se favorece más a la madre que al padre.

Las razones más alegadas para otorgársela a la madre son: que la madre ha sido la que se ha encargado de manera más activa en la educación de los menores, lo cual en principio no tiene por qué aplicarse de forma generalizada, no estando de acuerdo, pues en la actualidad no es necesariamente así, se dan muchas situaciones en las que es el padre el que se queda en casa y se encarga de la educación de sus hijos en su día a día. También existen casos en que ambos progenitores trabajan y por ser la madre quien económicamente aporta más beneficios al núcleo familiar, es el padre quien decide encargarse de sus hijos.

Otra de los motivos a tener en cuenta por el Juez a la hora de otorgar la custodia suele ser la edad de los menores. Cuando más corta edad tienen los menores, más es la tendencia a que estén con la madre. Sin embargo, en la actualidad, lo más habitual es que en aquellos casos en que la madre trabaja, el menor esté al cuidado de sus abuelos o bien el menor acuda a una guardería; por tanto si el menor tiene la suficiente independencia como para poder estar en una guardería o para estar con los abuelos en lugar de estar con la madre, porque cuando se produce el divorcio, los juzgados parece que prefieren que el menor esté siendo educado por un tercero, en vez de tener un contacto día a día con su padre, cuando tanto la figura materna como la paterna, son esenciales puesto que cumplen funciones perfectamente diferenciadas.

En cualquier caso, bien es cierto que el ámbito familiar podemos decir que es el ámbito jurídico en el que más se tiene que mirar caso por caso, puesto que cada familia es un mundo, de ahí que no sea conveniente la generalización sino proceder a analizar cada uno de los casos sin aplicación de normativa generalizada.

De todo lo estudiado, he comprobado que efectivamente se produce una desigualdad en cuanto a la figura paterna y la figura materna a la hora de

atribuir la guarda y custodia y las consecuencias que de ello deriva a nivel de régimen de visitas, donde sigue habiendo una mayor tendencia a otorgar la custodia monoparental a la madre, convirtiendo al padre en un “padre de visitas”. Esto implica que el poco espacio-tiempo que el padre está con sus hijos, no le permite involucrarse realmente en la educación y formación de los menores puesto que el poco tiempo que pasa con ellos, que son fines de semana alternos y una o dos tardes a la semana, no le permite poder adecuarse e involucrarse en las tareas diarias que exigen los menores.

Esto me lleva a plantearme qué ocurre cuando alguno de los progenitores decide crear una nueva familia. Si es la madre la que decide crear una nueva familia, la relación, que se da entre los menores de ambos matrimonios, es una relación normalizada porque se crían juntos, se educan juntos y conviven día a día. Sin embargo, la relación de los hermanos del primer matrimonio y el segundo cuando el progenitor es el padre, no se da con normalidad, no se da con continuidad. Con lo cual, se está vulnerando el derecho de todos los menores, los del primer matrimonio y los del segundo, y lo que preside en el ámbito familiar es el interés superior del menor, de todos los menores.

De igual manera observo una desigualdad a nivel jurisprudencial, que no legal, puesto que el Código Civil tiene una normativa genérica, pero a la hora de aplicar esa norma, vemos que efectivamente a nivel jurisprudencial hay una gran diferencia. En primer lugar, hay una gran diferencia según en la comunidad autónoma en la que nos encontremos, pero voy más allá, incluso dentro de la misma sede judicial, entre los mismos juzgados, dependiendo de quién es el Juez o Magistrado que está viendo ese tema, inevitablemente se ve influido por sus valores y su forma de entender cómo debe de ser una familia. Así nos encontramos con Jueces y Magistrados muy proclives a la custodia compartida, pero lo cierto es que la mayoría siguen teniendo una clara tendencia hacia otorgar las custodias monoparentales y dentro de estas, las custodias maternas; incluso en las custodias compartidas como hemos visto, la tendencia es a seguir protegiendo a la madre frente al padre, cuando estamos hablando de dos adultos que no necesitan protección.

Bien es cierto que, en este trabajo, no hemos entrado en el ámbito de la mediación, pero si me gustaría hacer una pequeña referencia en mis conclusiones, porque lo cierto es que, quien mejor puede decidir cómo quiere que siga siendo esa familia, son los padres, puesto que la familia sigue existiendo cuando hay menores, aunque se convierta en otro tipo de familia. Los padres van a seguir siendo padres toda su vida, de forma que al igual que parece lógico que cuando ellos convivían, decidían como querían regular su familia en el día a día, parece también lógico que, ante esta situación de nueva familia, sean los propios progenitores los que decidan sobre la misma, siempre, por supuesto, dentro de los límites legales establecidos. De ahí que la mediación sea una herramienta extrajudicial que considero más que favorable. Me atrevería a decir que, incluso, necesaria al objeto de que los progenitores asuman su responsabilidad como padres y ellos tomen sus decisiones respecto de la relación con sus hijos en el futuro y no que esa responsabilidad la deleguen en un Juez que como hemos visto, inevitablemente va a juzgar, pero partiendo de sus propios valores y principios, así como de su propia visión de la familia.

Como medida de mejora me atrevo a proponer que haya muchísima más formación en cuanto a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, pero no solo a nivel de abogados, adultos, Jueces y Tribunales, sino que iría más allá, a nivel de Colegios; para que las próximas generaciones puedan asumir esa responsabilidad y tengan claro, cuando sean adultos, esa responsabilidad que tienen en el caso de que la familia que han creado sufra una ruptura.

He hablado con diferentes abogados especializados en Familia, me he dirigido a la plataforma Familia y Derecho, que promueve que el ámbito familiar sea una jurisdicción propia, he asistido a conferencias en las que se ha hablado del ámbito familiar y he visualizado las entrevistas que mi tutora, doña Paloma Factor San José, le hizo al Ilustre Magistrado del Tribunal Supremo Don Antonio Salas<sup>151</sup>. Tras hablar con todos ellos, que han tenido la cortesía de

---

<sup>151</sup> Familia por Derecho - Episodio 1 - Entrevista con Antonio Salas Carceller - Paloma Factor  
<https://www.youtube.com/watch?v=KAvo5vDBK9U>

prestarme su tiempo y darme sus impresiones, lo cierto es que todos coinciden en la idea fundamental de que el ámbito familiar tiene una idiosincrasia muy concreta, donde la prelación del interés del menor tiene que presidir cualquier decisión que se tome al respecto. Por ello, entiendo que no se puede obviar que en la medida en que los progenitores consigan tener una convivencia pacífica, post ruptura, en interés de ese menor tendrá un efecto positivo en los mismos y van a tener una estabilidad emocional mayor.

No podemos olvidar que ese menor es el futuro, que esos niños de hoy son los adultos de mañana y lo que nosotros les inculquemos hoy es lo que veremos reflejado en la sociedad mañana, pero lo cierto es que nos encontramos con que la jurisprudencia parece ir siempre un paso por detrás de los cambios sociales.

Otra mejora podría ser que la utilización de medio telemáticos, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta los problemas de medios técnicos que se encuentra la justicia hoy en día. Parece complicado, pero si algo nos ha traído la pandemia, es que nos hemos acostumbrado más a utilizar internet, las redes sociales y a realizar las cosas a través de una pantalla; que si bien no es lo más adecuado, si puede permitir acelerar determinados procedimientos, por ejemplo, unas ratificaciones en los procedimientos de mutuo acuerdo que pueden hacerse vía telemática incluso ante el Letrado de la Administración de Justicia, lo que podría ser una manera de descongestionar los Juzgados y Tribunales.

Además, sugiero, como mejora, que se permita en la legislación española los pactos prematrimoniales y que su efecto se pueda llevar a cabo en caso de ruptura del matrimonio. Entendiendo estos pactos no solo a nivel económico sino incluso referentes a los hijos y a como se organizará la familia con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, de forma que esos pactos prematrimoniales sufrieran las modificaciones necesarias porque haya variado alguna circunstancia concreta respecto a lo que ellos querían. La justificación a esta idea es tan sencilla como que el momento en el que decidimos casarnos, emocionalmente estamos felices y con la pretensión de que esa situación de matrimonio sea para siempre por lo que es mejor llegar a acuerdos cuando

estoy en una situación emocional favorable que cuando ya la situación emocional y familiar está rota.

Siendo este un trabajo con un planteamiento inicial muy general y por lo tanto muy extenso, me he visto obligada a concretar el tema, de ahí que no se haya tratado a lo largo del trabajo las familias homoparentales, pero lo cierto es que cada vez se están dando más la ruptura de este tipo de familias, donde la figura materna y la figura paterna parece en principio no estar clara. La complejidad que se está viendo, incluso a nivel social, la tenemos actualmente en la televisión, por ejemplo, con el caso de Miguel Bosé y su ex pareja Nacho Palau.

La ley del matrimonio de personas del mismo sexo es muy reciente. Lo cierto es que, en el caso de las parejas homoparentales, la tendencia si es a que haya una relación más igualitaria entre los progenitores. De hecho, observamos que como hablamos de dos mujeres o de dos hombres, los jueces entienden que se presume que han tenido una relación más igualitaria y que, de hecho, el rol paterno y el rol materno está mucho más igualado que en el caso de las parejas heterosexuales. Lo cual me lleva a deducir que esa desigualdad que se da en las parejas heterosexuales no viene del hecho del rol paterno y el rol materno, socialmente aceptado, sino que viene del hecho de la condición de mujer que tiene la madre y la condición de hombre que tiene el padre, es decir, es una cuestión de género.

En definitiva, cuando comencé a hacer este trabajo creía que mi familia era única y que lo que había ocurrido en ella no era posible, que lo que mi hermano y mi padre habían sufrido por el régimen de visitas que dictó un juez en su momento, solo les estaba pasando a ellos.

Yo empecé este estudio, sinceramente, con la esperanza de que mi familia fuera excepcional pero lo cierto es que me he encontrado con justo lo contrario, que la situación que se ha vivido en mi familia, muy a mi pesar, está mucho más generalizada. Por lo que me gustaría que, si para algo sirve este trabajo, sea para que los actores involucrados en el ámbito familiar: psicólogos, abogados, jueces, magistrados, letrados de la administración de justicia, sociólogos, mediadores, padres, madres etc., sean conscientes de que, cuando

hay un proceso contencioso en marcha, donde se está hablando de unos menores, pero no solo los menores que viven una ruptura como la que vivió mi hermano mayor sino también los menores que somos esa familia que el progenitor vuelve a crear, sufrimos por no tener una vida normalizada con los que son también nuestros hermanos.

### 13. Bibliografía.

ALBERDI, I., *El feminismo y la familia en España*, Arbor, 65, 2003.

BOSCH MARÍN, L., El fuero del Trabajo y la mujer, Revista "Y", abril 1938.

DEL CAMPO, S. y RODRÍGUEZ-BRIOSO, M. M., *La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX*, Revista Española de Investigaciones Sociológicas nº100, 2002.

FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano (10ª edición)*, editorial Marcial Pons, Madrid 2018.

FOLGUERA P., *Mujer y cambio social*, editorial Dialnet, 1995.

IGLESIAS DE USSEL, J., Crisis y vitalidad de la familia, Revista de Occidente, núm. 197, 1997.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, editorial Sello, Barcelona 2010.

LABOA, J.M., *Iglesia y religión en la España democrática*, en VV.AA., *Diez años en la vida de los españoles*, Barcelona, Plaza & Janés, 1986, páginas 59 a 101 y ANDRÉS-GALLEGO, J y PAZOS, A., *La Iglesia en la España contemporánea*, vol. II, 1936 a 1939, Madrid, Encuentro, 1999, página 220. Sobre la actitud de la Iglesia ante la ley del divorcio véase SANTA OLALLA, P.M., *La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica*, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie IV, Historia Contemporánea*, 14, 2001.

MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S., *La diversidad familiar en España. Un análisis de su evolución reciente y su aceptación*, Universidad de Huelva.

MIQUEL, J., *Derecho Romano*, editorial Marcial Pons, Madrid.

POPENOE, D., *Disturbing the nest. Family change and decline in modern societies*, Nueva York, Aldine de Gruyter, 1988.

QUESADA SANCHEZ, A. J., *Consecuencias prácticas derivadas de la llamada Promesa de Matrimonio*, *Derecho Civil, Noticias Jurídicas*, Madrid, 2011.

REHER SULLIVAN, D. S., *La familia en España, pasado y presente*, editorial Alianza Universidad, Madrid, 1996.

ROUSSEL, L., *Mariages et divorces. Contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux*, *Population*, 35, 1980, páginas 1025 a 1040.

SKILL, T y ROBINSON, J.D., "Four decades of families on television: a demographic profile, 1950-1989", *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 41/4, 1994, páginas 449 a 464 y TORRES. E y otros, *Desarrollo humano en la sociedad audiovisual*, Madrid, Alianza, 2002.

TELO NÚÑEZ, M., De la discriminación a la igualdad en el Código Civil, en Concepción FAGOAGA, 1999.

VAZQUEZ DE PRADA, M., *Para una historia de la familia española en el siglo XX*, Universidad de Navarra.

ZARRALUQUI, E., *Divorciadas con historia*, editorial La Esfera Libros, Madrid 2018.

### **Legislación.**

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Convención de los derechos del niño publicado por UNICEF y ratificado por Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, B.O.E. núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOA núm. 67, de 29 marzo de 2011.

Ley del Divorcio, de 12 de marzo de 1932, Gaceta de Madrid núm. 72.

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, BOE núm. 57, de 07 de marzo de 1973.

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, B.O.E. núm. 107, de 5 de mayo de 1975.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, B.O.E. núm. 172, de 20 de julio de 1981.

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, B.O.E. núm. 163, de 9 de julio de 2005.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, DOG núm. 124, 29 de junio de 2006, BOE núm. 191, de 11 agosto de 2006.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, BOE núm. 203, de 21 de agosto 2010.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 05 octubre de 1979.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, B.O.E. núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Observación general N<sup>o</sup> 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

### **Jurisprudencia.**

Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2001, de 15 de febrero, B.O.E núm. 65, de 16 de marzo de 2001, (*ECLI: ES: TC: 2001:47*)

Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012, B.O.E núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, (*ECLI: ES: TC: 2012:185*).

Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, B.O.E. núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 19 de enero de 2010 sentencia núm. 864/2010, (*ECLI: ECLI: ES: TS: 2010:327*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 29 de abril de 2013, recurso 2525 / 2011, (*Id Cendoj: 28079110012013100242*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 19 de julio de 2013, sentencia núm. 495/2013, (*RJ\2013\5002*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de febrero de 2014, recurso 835/2013, (*JUR 2014\45119*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 2 de julio de 2014, recurso 368/2014, (*ECLI: ECLI: ES: TS: 2014:2650*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 16 de diciembre de 2014, recurso 2419 / 2013, (*ECLI: ES: TS: 2014:5096*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 18 de marzo de 2016 recurso 2541 / 2014, (*ECLI: ECLI: ES: TS: 2016:1288*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 2017 sentencia núm. 4372/2017, (*ECLI: ES: TS: 2017:4372*).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 11 de enero de 2018, sentencia núm. 11/2018, (RJ\2018\104).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2011, recurso 97/2017, (ECLI: ES: APSO: 2017:147).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, de 10 de enero de 2020, recurso 322/2019, (ECLI: ES: APLE: 2020:82).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de junio de 2020, recurso 896/2019, (ECLI: ES: APPO: 2020:1010).

### **Enlaces.**

Concepto de patria potestad extraída de la página web de guarda y custodia  
Conceptos Jurídicos: <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

Definición del término “afinidad”, de la Real Academia Española de la Lengua:  
<https://dle.rae.es/afinidad?m=form>

Definición jurídica del término “agnado”, de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/agnado>

Definición jurídica del término “alieni iuris”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dpej.rae.es/lema/alieni-iuris>

Definición del término “consanguinidad”, de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/consanguinidad?m=form>

Definición de “convenio regulador”, realizado por la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dpej.rae.es/lema/convenio-regulador>

Definición jurídica del término de “custodia”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/custodia-familiar>

Definición oficial del término “divorcio”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/divorciar>

Definición jurídica del término de “divorcio”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/acci%C3%B3n-de-divorcio>

Definición de divorcio contencioso extraído de la página web Mundo jurídico: <https://www.mundojuridico.info/divorcio/>

Definición de divorcio de mutuo acuerdo extraído de la página web Mundo jurídico: <https://www.mundojuridico.info/divorcio/>

Definición del término “familia”, en la Enciclopedia jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/familia/familia.htm>

Definición oficial del término “familia”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/familia>

Definición jurídica del término de “familia”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/familia>

Definición de familia homoparental extraída de la página web ABC tu diccionario hecho fácil: <https://www.definicionabc.com/social/familia-homoparental.php>

Definición de familia reconstruida extraída de la página web ABC tu diccionario hecho fácil: <https://www.definicionabc.com/derecho/familia-reconstruida.php>

Definición del principio de favor filii extraída de la página web Lexdir España: <https://www.lexdir.com/guia/el-principio-del-favor-filii-3236/>

Definición oficial del término “filiación”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/filiaci%C3%B3n?m=form>

Definición de gestación subrogada de la revista Lefevre:  
<https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>

Definición oficial del término “matrimonio”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/matrimonio>

Definición jurídica del término “matrimonio”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, realizado en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/matrimonio>

Definición jurídica del término de “menor”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/menor>

Definición del término “nulidad del matrimonio”, realizada por la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, donde se define: <https://dpej.rae.es/lema/nulidad-del-matrimonio>

Definición del término “parentesco”, de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/parentesco?m=form>

Definición jurídica del término de “patria potestad”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/patria-potestad>

Definición jurídica del término “separación”, de la Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Jurídico, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial: <https://dej.rae.es/lema/separaci%C3%B3n-conyugal>

Definición oficial del término “separación”, extraída de la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/separacion>

Diferencias entre patria potestad y custodia extraída de la página web de guarda y custodia Conceptos Jurídicos:  
<https://www.conceptosjuridicos.com/patria-potestad/>

ELIZALDE SAN MIGUEL, B., Universidad Carlos III de Madrid, Power Point, *La transformación de la familia en España desde comienzo del siglo XX hasta la Transición.*

<http://ocw.uc3m.es/sociologia/sociologia-espana/material-de-clase-1/tema-1.pdf>

Familia por Derecho - Episodio 1 - Entrevista con Antonio Salas Carceller - Paloma Factor

<https://www.youtube.com/watch?v=KAvo5vDBK9U>

La gran Concentración Femenina de Medina del Campo, junio 1939:

<https://www.rtve.es/alacarta/videos/documentales-b-n/tarea-mision-ii-concentración-sección-femenina-escorial/2847774/>

Página web del periódico La Vanguardia: Características de la familia tradicional: <http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-tipo-familia-tradicional.html>

*Promesa matrimonial*, artículo de la base de datos Wolters Kluwer:

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjC0NDtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZa pUt-](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjC0NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZa pUt-)

[ckhIQaptWmJOcSoAXHCVWjUAAAA=WKE#:~:text=La%20promesa%20de%20matrimonio%20es,Derecho%2C%20susceptibles%20de%20poder%20casars](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjC0NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZa pUt-ckhIQaptWmJOcSoAXHCVWjUAAAA=WKE#:~:text=La%20promesa%20de%20matrimonio%20es,Derecho%2C%20susceptibles%20de%20poder%20casars)

[e](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjC0NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZa pUt-ckhIQaptWmJOcSoAXHCVWjUAAAA=WKE#:~:text=La%20promesa%20de%20matrimonio%20es,Derecho%2C%20susceptibles%20de%20poder%20casars)

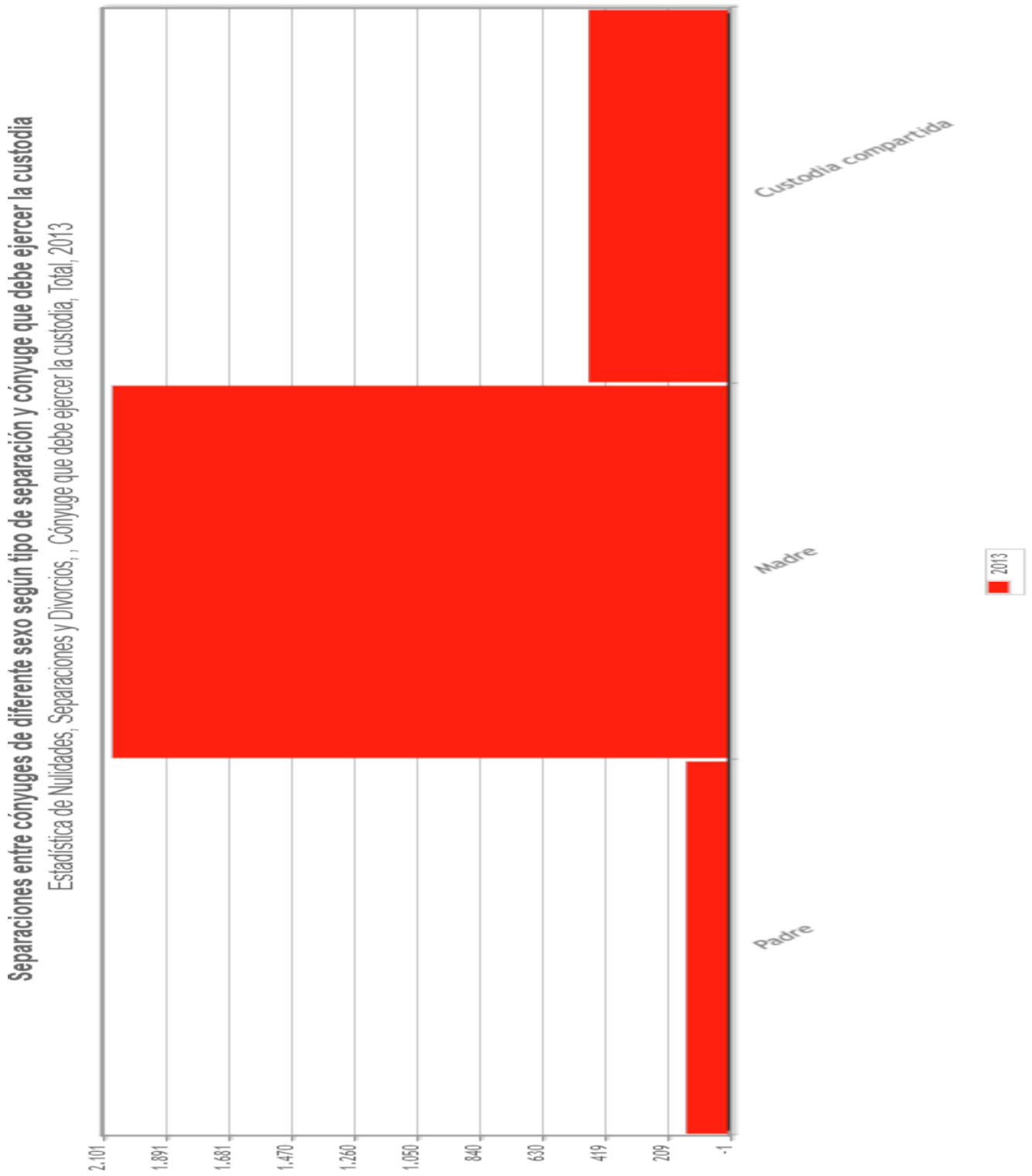
Regulación del procedimiento efectos y tipos de filiación adoptiva expuesta por la web de Iberley: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-adopcion-59616>

Significado de familia de la página web revisada por [Andrea Imaginario](#):

<https://www.significados.com/familia/>

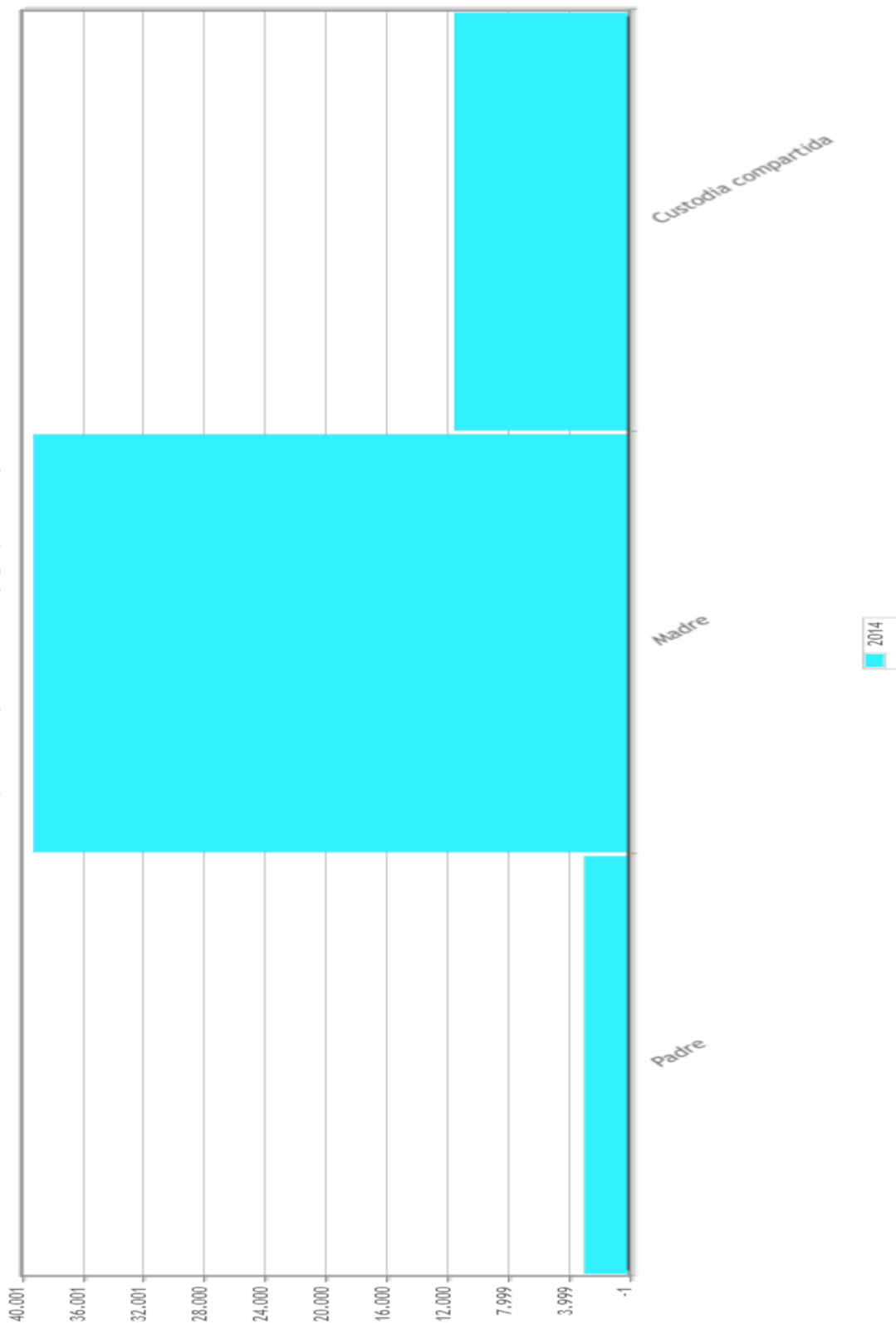
## **14. Anexos.**

**Anexo I. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2013.**



**Anexo II. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2014.**

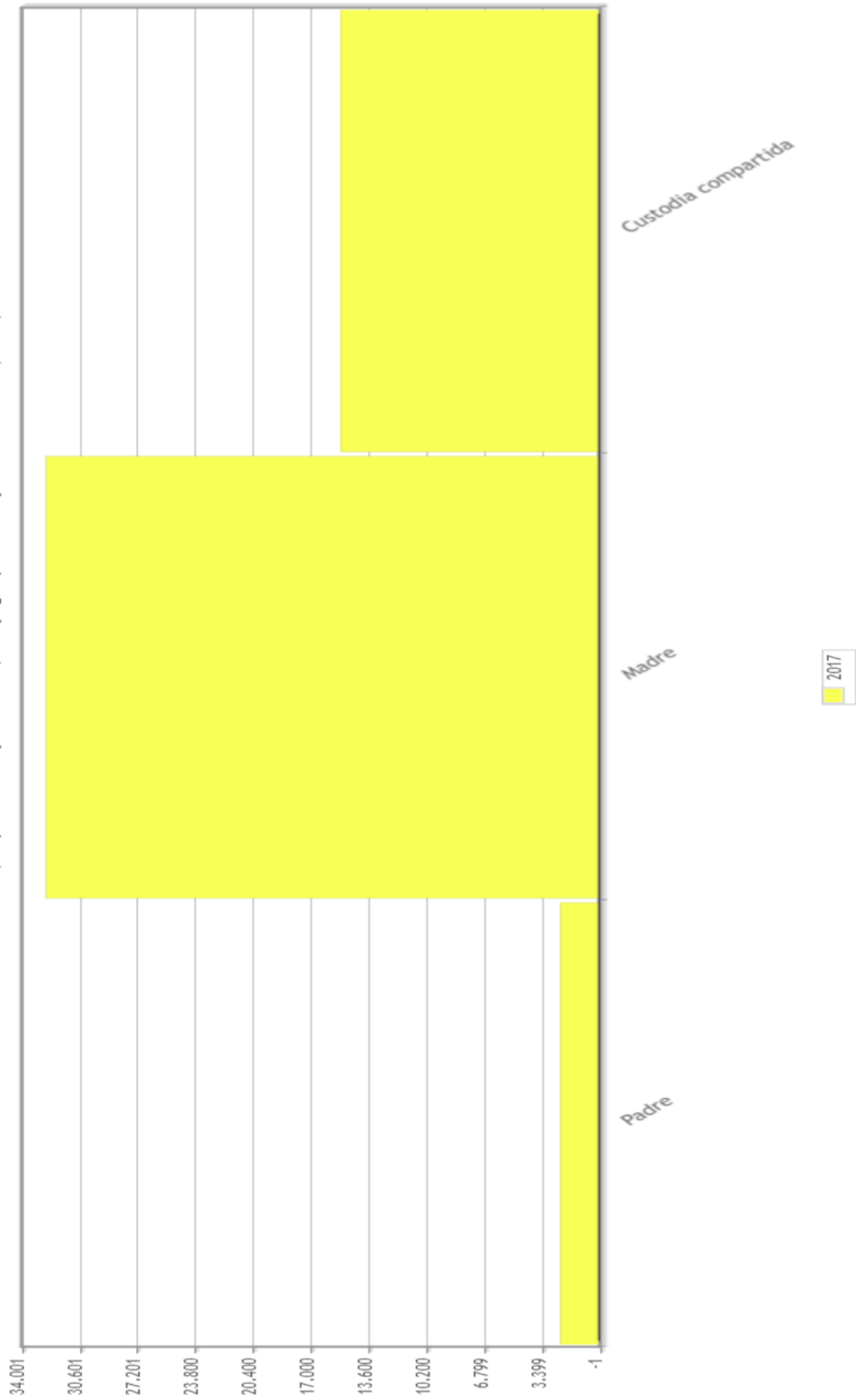
**Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia**  
 Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, Cónyuge que debe ejercer la custodia, Total, 2014



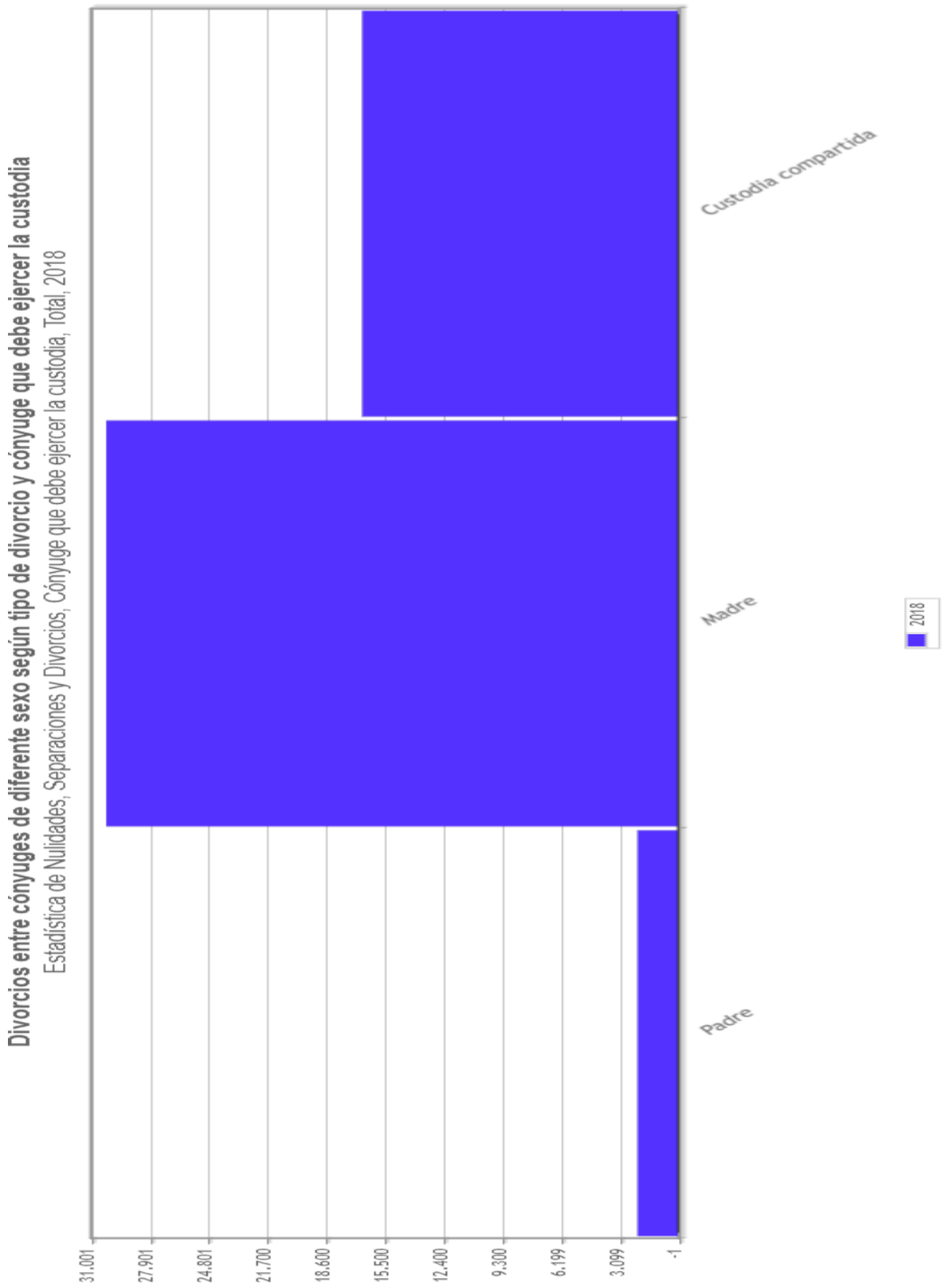
**Anexo III. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2017.**

**Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia**

Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, Cónyuge que debe ejercer la custodia, Total, 2017



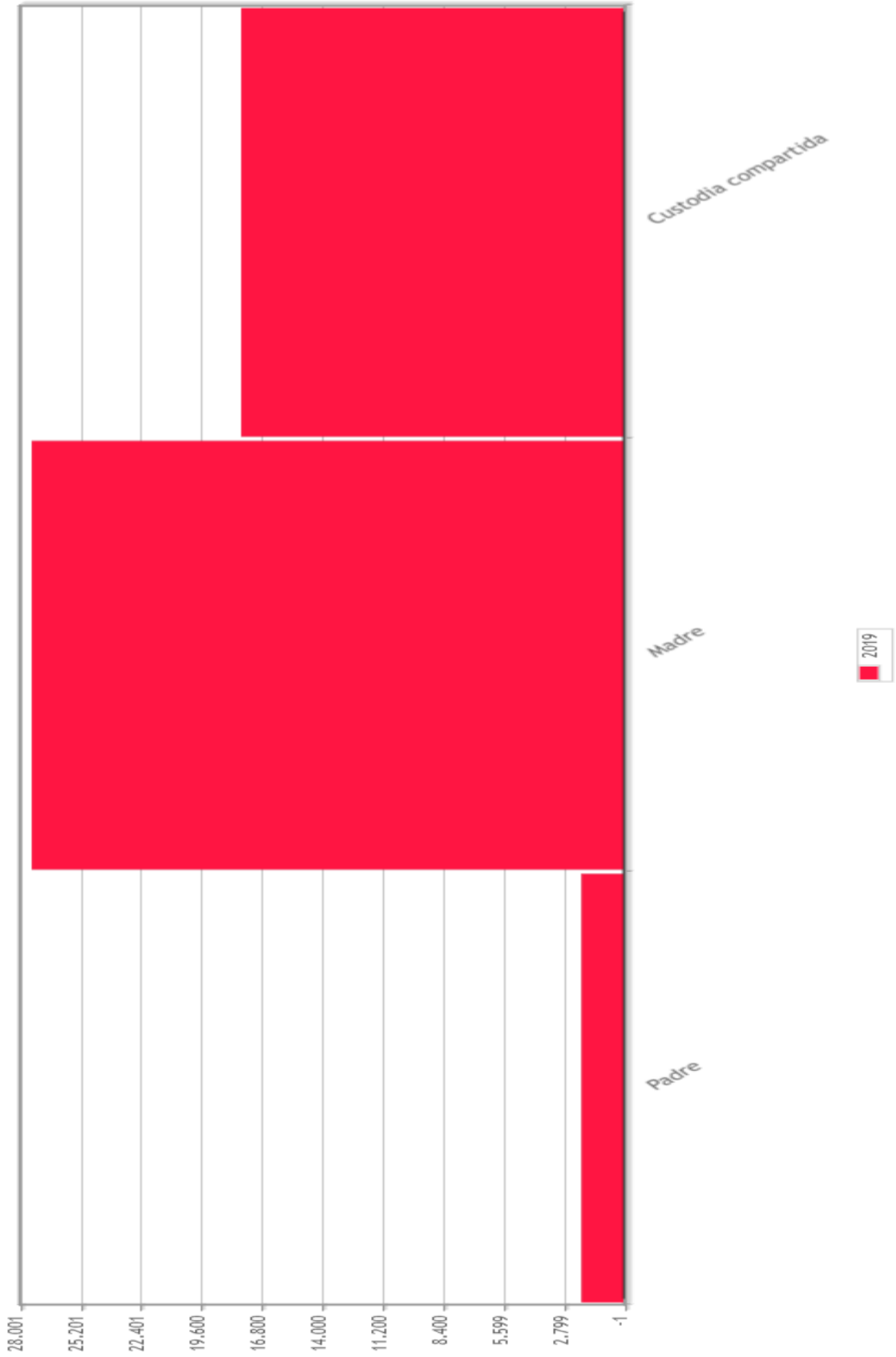
**Anexo IV. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2018.**



**Anexo V. Cónyuge que debe ejercer la custodia 2019.**

**Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia**

Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, Cónyuge que debe ejercer la custodia, Total, 2019



Anexo VI. Comparativa 2013-2019.

Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia

Unidades: Divorcios

