



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

**LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL DERECHO DE FAMILIA EN
RELACIÓN CON MENORES DE EDAD Y LAS MEDIDAS DE LOS
ARTICULOS 156 Y 158 DEL CÓDIGO CIVIL. ANÁLISIS SUPUESTO
PRÁCTICO.**

**THE VOLUNTARY JURISDICTION IN FAMILY LAW IN RELATION
TO MINORS AND MEASURES OF ARTICLES 156 AND 158 OF THE
CIVIL CODE. PRACTICAL ASSUMPTION ANALYSIS.**

AUTOR: MARCOS ALONSO GEREZ

DIRECTORA: CARMEN BUENO LÓPEZ

“Los niños han de tener mucha tolerancia con los adultos”

Antoine de Saint-Exúpery

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I. ACERCAMIENTO A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	8
1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.....	9
2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	11
CAPITULO II. ANÁLISIS DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.....	16
1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES.....	17
2.- PARTES INTERVINIENTES EN UN EXPEDIENTE DE JURISDICCION VOLUNTARIA.....	21
2.1.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL	23
2.2.- INTERVENCIÓN DE ABOGADOS Y PROCURADORES.....	25
CAPITULO III. EXPEDIENTES DE JURISDICCION VOLUNTARIA EN MATERIA DE PERSONAS	27
1.- INTRODUCCIÓN	28
2.- EXPEDIENTE DE LA CONCESION JUDICIAL DE LA EMANCIPACION Y DEL BENEFICIO DE LA MAYORIA DE EDAD.....	29
CAPITULO IV. ESTUDIO PORMENORIZADO DE LA JV CEÑIDO AL CASO CONCRETO	34
1.- PRESENTACION DEL CASO	35
2.- ANALISIS DE LAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LOS EXPEDIENTES DEL CASO.....	37
2.1 INTRODUCCION.....	37
2.2 EXPEDIENTE DE JV DE SUSPENSIÓN DE GUARDIA Y CUSTODIA.....	40

2.3 EXPEDIENTE DE JV DE INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA CAMBIO DEL CENTRO ESCOLAR.....	46
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFIA	55

ABREVIATURAS

AAP: Auto de Audiencia Provincial

AP: Audiencia Provincial

ART: Artículo

ATS: Auto del Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estad

CC: Código Civil

CDN: Convención de los Derechos del Niño

CE: Constitución Española

CFGE: Circular de la Fiscalía General del Estado

JPI: Juzgado de Primera Instancia

JPII: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

JV: Jurisdicción Voluntaria

JVM: Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

LAJ: Letrado de Administración de la Justicia

LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LEC 1881: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

LEC 1885: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica de los Menores

LPACAP: Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

MF: Ministerio Fiscal

SIAF: Servicio de Infancia, Adolescencia y Familia

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo se ha intentado recoger y analizar una de las novedades más importantes en el ámbito del Derecho privado entre particulares. Ello se debe a que la entrada de la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 sucede a unas disposiciones, integrantes en la Ley de Enjuiciamiento de Civil de 1881 y 1855, del siglo XIX.

Igualmente se ha acotado el análisis de la misma al Derecho de Familia en relación con menores de edad, habida cuenta de que la misma ha sido objeto de análisis en relación, a su vez, con un supuesto práctico real.

Durante la ardua labor en el ejercicio de la patria potestad y del deber de custodia resulta bastante frecuente la existencia de controversias o conflictos entre los progenitores, siendo éstos aún más comunes y profundos en situaciones de separación o divorcio, y uno de ellos puede ser la elección del colegio al que han de acudir los hijos, la obtención del pasaporte e incluso la administración o no de vacunas.

La patria potestad aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores no emancipados. El Código de la Niñez y Adolescencia recoge que la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos, sino también el conjunto de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.

Por lo tanto, el problema se plantea cuando, sobre una determinada cuestión, los progenitores no están de acuerdo en la medida a adoptar. No obstante, y a pesar de ser una realidad social, la Ley de Enjuiciamiento Civil actual no prevé un procedimiento específico para dirimir dichas cuestiones. El artículo 156 del Código Civil recoge que, en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los progenitores podrá poner en conocimiento del Juez dicha cuestión, quién, tras oír a ambos y al menor, otorgará la facultad de decisión a cualquiera de los progenitores, siempre en aras al interés superior del menor, procedimiento que deberá sustanciarse como expediente de

Jurisdicción Voluntaria en virtud del artículo 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Así mismo, los artículos 158 del Código Civil y 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria desarrollan un procedimiento cautelar, de tramitación urgente, garantista y protector de los intereses de los menores, permitiendo al Juez de oficio o a instancia del propio hijo, cualquier pariente o Ministerio Fiscal adoptar cualesquiera medidas a fin de apartar al mismo de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Referidas medidas de naturaleza cautelar y, por ende, de ordinario no definitivas, se caracterizan por su carácter apremiante y necesario ante situaciones puntuales de excepcionalidad. Por ello, su utilización resulta limitada y debe reservarse para casos de necesidad y urgencia acreditada, evitando que la dilación del cauce del procedimiento declarativo, ejecutivo o provisional pudiere comprometer la integridad física o emocional del menor en situación de riesgo cierto.

CAPITULO I. ACERCAMIENTO A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

SUMARIO

- 1.- CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.
- 2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

Nos encontramos ante una institución jurídica, la cual ya existía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (LEC 1855, en adelante), cuyo propio *término jurídico* resulta contradictorio. Ello se debe a que si existe jurisdicción, es decir, intervención por parte del Estado a través de los Juzgados o Tribunales objetivamente competentes para dilucidar y dirimir una cuestión, no puede existir voluntariedad, al menos en lo que se refiere a la figura del demandado, pues éste ve mermada su facultad de decisión en tanto en cuanto se ve obligado a aceptar la decisión adoptada por el Tribunal, e incluso en el mero hecho de acudir al mismo, a diferencia de lo que ocurre en otros mecanismos como la mediación, cuyo rasgo fundamental es la voluntariedad. En este caso, la mediación se trata de un instrumento al que se acude de forma voluntaria, siendo la finalidad del mismo alcanzar un acuerdo de modo voluntario y autónomo. Es por ello que este autor no entiende la JV como voluntaria propiamente, valga la redundancia, puesto que a diferencia de lo que ocurre en ésta última, en la mediación la voluntariedad no se refleja solamente en el momento de aceptar participar en un proceso de mediación, sino que también está presente a lo largo del proceso, habida cuenta de que cualquiera de las partes conserva la facultad de anunciar que no desea continuar y dar por terminado el mencionado proceso.

Sin embargo, a juicio de *José María Manresa Navarro*, parece que el legislador optó por recoger dicha institución en el cuerpo de legal de la LEC 1855 dada la similitud existente con la jurisdicción contenciosa, puesto que ambas consistían en actuaciones judiciales sobre las cuales debería, posteriormente, pronunciarse un Juez.

No obstante, a pesar de tener grandes similitudes (a efectos meramente procesales), la diferencia entre ambos residía en que una se ejercía *inter invitos* y otra *inter volentes*¹. La jurisdicción contenciosa se ejercía “entre personas que, no habiéndose podido poner de acuerdo entre sí, se ven precisadas a deducir sus pretensiones ante los tribunales para que, interponiendo su pública autoridad, administren justicia con arreglo a las leyes”, mientras que la jurisdicción voluntaria se ejercía “a solicitud de una sola

¹ **MANRESA Y NAVARRO, J, M:** Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada. Tomo I, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1856, pág.2

parte a quien interesa la práctica de alguna diligencia judicial, o entre varias personas que, hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscan el ministerio del juez para imprimirlos un sello de autenticidad”.

Sin embargo, se trata de una institución la cual siempre se ha puesto en entredicho puesto que, por un lado, continuas han sido las críticas respecto a la jurisdiccionalidad que la caracteriza, ya que se ponía en debate la necesidad de la actuación del Juez en determinados asuntos que, debido a su sencillez, bien podían ser solventados por sujetos distintos al Juez, siempre que contasen con capacidad para dar fe de lo que presenciaban, es decir, fedatario y, por otro lado, nunca llegó a consolidarse la idea de que la jurisdicción voluntaria se caracterizase, igualmente, por la inexistencia de un conflicto, ya que en muchos expedientes de jurisdicción voluntaria éste existe desde un principio, aunque fuese mínimo. Ello trae a colación el problema de que, si verdaderamente esta institución se caracteriza por la inexistencia del conflicto, si una vez aparecido éste o controversia entre los interesados, debe ponerse o no fin al procedimiento.

Como resultado y en base a todas estas críticas se aprobó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV, en adelante), cuyo proceso para nada fue sencillo y posteriormente se expondrá sucintamente, generando los actuales expedientes de jurisdicción voluntaria, cuya principal novedad versa sobre la *desjudicialización* de determinados expedientes, entregándose su tramitación a otros agentes jurídicos (Notarios y Registradores Civiles y Mercantiles) suponiendo ello una importante retirada de volumen de trabajo de los Juzgados y Tribunales.

Igualmente de discutida a la esencia conceptual se sitúa la *naturaleza jurídica* de la misma. La cuestión versa sobre determinar si nos encontramos ante un supuesto de ejercicio de potestad jurisdiccional propio del artículo 117.3 de la Constitución Española² (CE, en adelante) o si se trata del artículo 117.4 CE, conforme al cual se tratarían de actuaciones judiciales que la ley encomienda a los Juzgados y Tribunales en garantía de cualquier derecho.³

² Precepto legal que reserva la misma, con carácter exclusivo, a los Juzgados y Tribunales.

³ Esta tesis ha sido resguardada por el propio Tribunal Constitucional (TC, en adelante) mediante reiteradas sentencias (STC 328/1993, de 8 de noviembre o STC 124/2002, de 20 de mayo), quien mantiene que la potestad que se otorga a los jueces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria derivada del propio 117.4 de la Constitución Española.

A juicio del presente autor, así como de la gran mayoría, dicha controversia queda totalmente suprimida con la entrada de la actual legislación, puesto que si la naturaleza jurídica derivase de la primera opción ello supondría la imposibilidad de delegar la tramitación de los expedientes a agentes jurídicos **no** judiciales, como Notarios, Registradores, e incluso Letrados de la Administración de la Justicia (LAJ, en adelante, y anteriormente denominados Secretarios Judiciales).

Así, la propia LJV se encarga de definirla como *“todo aquello que requiere la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”*⁴.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Como ya se ha expuesto anteriormente en esta obra, la LEC de 1855 ya contenía en su cuerpo legal un apartado en referencia a la jurisdicción voluntaria. Tal regulación fue casi íntegramente mantenida por la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC 1881, en adelante) que introdujo la jurisdicción voluntaria en materia mercantil y que, además, sería de aplicación durante más tiempo del esperado. Ello se debe a que con la entrada de la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante) se derogó, casi en su integridad, la anterior LEC 1881 salvo determinados aspectos que quedaron vigentes a expensas de la tramitación de una legislación específica de la materia. A tales efectos, la propia Exposición de Motivos de la LEC señala que *“la disposición derogatoria se refiere, en primer lugar, a la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con necesarias excepciones temporales a la derogación general, en razón de futuras Leyes reguladoras de la materia concursal, de la jurisdicción voluntaria y de la cooperación jurídica en materia civil”*.

⁴ Art. 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

Resulta ser la propia LEC la que establece en sus disposiciones finales el plazo en virtud del cual debería comenzar a gestarse dicha normativa en materia de jurisdicción voluntaria⁵, en materia concursal⁶ y cooperación jurídica internacional en materia civil⁷.

No obstante, el único proyecto que fluctuó, en tiempo, fue la segunda ellas, dando lugar a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siendo la última de sus modificaciones a fecha 2 de octubre de 2015.

Respecto al proyecto de una LJV, que es el que nos ocupa, no fue para nada fácil y sencillo dada las continuas oposiciones no sólo por parte de los grupos políticos contrarios a aquel que gobernaba, sino también como consecuencia de la oposición de determinados grupos sociales y profesionales. A finales de 2006, concretamente el 20 de octubre, se aprobó por el Gobierno un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que, siguiendo los trámites establecidos en los artículos 81 y siguientes de la CE, se dio traslado del mismo a las Cámaras para iniciar su correspondiente tramitación parlamentaria. Fue en este punto cuando se derrumbó el proyecto como consecuencia del gran número de enmiendas, que dio lugar a un cuerpo legal totalmente incompatible con el presentado por el Gobierno.

Las principales discrepancias respecto al proyecto inicial versaron sobre varios puntos, siendo lo más destacados los siguientes:

- En primer lugar, la *intervención de los abogados*. El Proyecto que se emitió desde el Gobierno establecía una intervención preceptiva residual, mínima, siendo únicamente necesaria en aquellos asuntos que, por la gran

⁵ **Disposición final decimoctava. Proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria.** En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria.

⁶ **Disposición final decimonovena. Proyecto de Ley Concursal.** En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal.

⁷ **Disposición final vigésima. Proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.** En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

relevancia jurídica que suponen, requieren de la intervención de profesionales. Entiéndase por ello asuntos de interés público (cuestiones de persona y familia). Como consecuencia de esa intervención preceptiva mínima, los abogados mostraron su rechazo a la tramitación del Proyecto, consiguiendo una generalización de intervención, a excepción de los procesos de conciliación.

- En segundo lugar, existió confrontación en cuanto a la posibilidad de acudir a una segunda instancia, es decir, en cuanto a la posibilidad de interponer un *recurso de apelación*. En el Proyecto emitido por el Gobierno únicamente cabía apelación respecto de las decisiones emitidas por el Juez, no siendo así si el encargado del expediente era el Secretario Judicial (actual Letrado de la Administración de la Justicia). Actualmente, las resoluciones interlocutorias, es decir, aquellas dictadas durante el procedimiento pero que no ponen fin al mismo, puede ser recurridas en reposición en los términos recogidos en la LEC. Los autos dictados por el Juez y decretos emitidos por los LAJ pueden ser objeto de recurso de apelación y revisión respectivamente. El artículo 20 de la LJV establece que la tramitación de los mismos se acomodará a lo dispuesto en la LEC, de donde ha desaparecido que sean hábiles todos los días para los expedientes de JV. Por lo tanto, se ha de entender que se aplica para el cómputo de plazos únicamente los días hábiles, no siendo tales los del mes de agosto (art. 130 LEC). Además, señala el citado precepto que el recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, es decir, independientemente a que se recurra o no el auto que pone fin al expediente de JV, éste se lleva a cabo, por lo que no entraría en aplicación los 20 días recogidos en el artículo 548 LEC. En este punto indica Liébana Ortiz y Pérez Escalona⁸ que *“aunque la ley no lo recoja de manera expresa, debe entenderse que puede interponerse recurso de queja, no así el extraordinario”*.

⁸ LIEBANA ORTIZ JR y otro: “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, Aranzadi 2015. Pág 172

No obstante, la interposición de recurso frente a un auto de JV es, en muchas ocasiones, totalmente ineficaz habida cuenta de que cuando lo discutido consiste en una obligación de hacer, la cual se agota plenamente con su ejercicio, nada se podrá dirimir en una segunda instancia puesto que ya se ha producido carencia sobrevenida del objeto. Como meros ejemplos, el Auto de la Audiencia Provincial (AP, en adelante) de Barcelona, Sección 12ª, de 12 de enero de 2018 mediante el cual se rechazó un recurso de apelación por carencia sobrevenida del objeto ya que, concedida por el JPI la autorización del desplazamiento al extranjero, nada podría ser resuelto en segunda instancia puesto que el viaje ya había sido realizado; el Auto de la misma AP de 7 de marzo de 2018 siendo esta vez la cuestión a dirimir la autorización para solicitar pasaporte.

- Por último, también existieron discrepancias respecto a qué decisión tomar cuando, en medio de un expediente de jurisdicción voluntaria, aparecía un conflicto entre los interesados (supuesto también analizado por J.M. Manresa Navarro).

Como consecuencia de todo ello, el 24 de octubre de 2007, tan solo un año desde su remisión a las Cámaras, se produce la retirada del Proyecto.

Hubo que esperar a finales de 2011 para que se volviese a llevar a cabo un nuevo intento de tramitación parlamentaria, esta vez mediante la creación, por parte del Gobierno, de una Sección Especial en la Comisión General de Codificación, cuyo único fin era dar lugar a un Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Tras una tramitación parlamentaria mucho más severa, fue por fin aprobado por el Pleno del Senado el 9 de junio de 2015 y, tras la autorización del Congreso, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE, en adelante) a principios de julio.

Los puntos más destacados de la nueva norma son, entre otros: la importante exclusión de lo que se entiende por JV de determinados asuntos que se habían quedado apolillados, la exclusión del retorno de menores en casos de sustracción internacional (procedimientos actualmente regulados por la LEC), así como la

retirada de aquellos asuntos relativos a la esterilización de incapaces que, hoy en día, se hace mediante el procedimiento de modificación de capacidad⁹. No menos importante fue, igualmente, la atribución de determinadas materias a agentes jurídicos que carecen de potestad jurisdiccional (Notarios, Registradores y LAJ), quedando como materia exclusiva para el Juez todo aquello relacionado con el interés público, estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos, así como los que afecten a los derechos de los menores o de las personas con capacidad modificada judicialmente¹⁰.

⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2015, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁰ Art. 2.3 Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

CAPITULO II. ANÁLISIS DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

SUMARIO

- 1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES.
- 2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
- 3.- INTERVENCIÓN DE ABOGADOS Y PROCURADORES

1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES.

La nueva Ley de Jurisdicción voluntaria se caracteriza por varios aspectos:

- En primer lugar, por la *simplificación* de su cuerpo legal. Siguiendo la línea de su predecesora y como así recoge en su propia Exposición de Motivos¹¹, no sólo hace referencia únicamente a los asuntos que pueden generar expedientes de jurisdicción voluntaria, sino que además se limita a sólo los asuntos que pueden generar expedientes de jurisdicción voluntaria que son tramitados por el Juez y no por otros profesionales jurídicos. Esto queda plasmado tras expulsar, de su articulado, los asuntos que pueden ser llevados a cabo por Notarios o Registradores, si bien es cierto que aparecen recogidos en las disposiciones finales.
- En segundo lugar, se caracteriza por la *desjudicialización* llevada a cabo, ya que deriva el conocimiento de determinados asuntos a otros profesionales jurídicos en aras a la optimización de recursos públicos. Por lo tanto, las materias que aún quedan en manos de los jueces son bastante reducidas¹². Siguiendo la opinión de PEREZ MORENO¹³, esta desjudicialización se despliega a través diversos puntos. Por un lado, determinados expedientes que eran competencia exclusiva del Juez, ahora también pueden ser tramitados por los LAJ¹⁴. Por otro lado, determinados expedientes quedan excluidos de la propia Jurisdicción Voluntaria,

¹¹ “de ahí que la Ley de jurisdicción Voluntaria facilite a los ciudadanos una regulación legal sistemática, ordenada y completa de los diferentes expedientes que se contienen en ella, actualizando y simplificando las normas relativas a su tramitación, tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica, y tomando especial cuidado en la ordenación adecuada de sus actos e instituciones”.

¹² **Exposición de Motivos, apartado cuarto:** “las que afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas”.

¹³ **PEREZ MORENO, JOSE ARTURO.** “La jurisdicción Voluntaria: algunas ideas ante la Ley 15/2015. <http://www.abogacia.es/2016/02/04/la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-algunas-ideas-ante-la-ley-152015/>.”

¹⁴ Véase el artículo 456.7 apartado b) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

convirtiéndose en puros procedimientos notariales o registrales. Ello da a lugar a la tercera gran característica que a continuación se expondrá.

- En tercer lugar, se ha de hacer referencia a la *alternatividad*¹⁵. Ello implica que, en contra de la exclusividad que se venía aplicando en tiempos anteriores, el ciudadano puede optar, respecto a determinadas materias, por solventar el problema judicial o extrajudicialmente, es decir, dar su conocimiento al Juez, LAJ, al Notario o Registrador.¹⁶

No obstante, al igual que todo, la aplicación de este criterio lleva aparejada una parte negativa. Por un lado, que los Tribunales se colapsen como consecuencia de esa capacidad de decisión del ciudadano, por asuntos que perfectamente podrían ser llevados a cabo por Notarios o Registradores y, por otro lado, la creación de una justicia a dos velocidades antagónicas, ya que los ciudadanos con más recursos económicos podrán acudir a los procedimientos notariales que, per se y salvo excepciones, suelen ser mucho más ágiles que los judiciales. Además, se ha mencionar la posibilidad que, sobre asuntos idénticos, se generen decisiones totalmente antagónicas, generando así una evidente inseguridad jurídica.

¹⁵ **Exposición de Motivos, apartado sexto:** “Sin embargo, finalmente se ha optado, con carácter general, por la alternatividad entre diferentes profesionales en determinadas materias específicas que se desgajan de la órbita de la Autoridad Judicial. Se establecen competencias compartidas entre Secretarios judiciales, Notarios o Registradores, lo que es posible atendiendo a que son funcionarios públicos y a las funciones que desempeñan: los Secretarios judiciales y Notarios son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial, y los Registradores tienen un conocimiento directo y especializado en el ámbito del derecho de propiedad y en el mercantil, en concreto en sociedades. La facultad que con ello tienen los ciudadanos de acudir a diferentes profesionales en materias que tradicionalmente quedaban reservadas al ámbito judicial, sólo puede interpretarse como una ampliación de los medios que esta Ley pone a su disposición para garantizar sus derechos. Constituye una garantía para el ciudadano, que ve optimizada la atención que se le presta, al poder valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses. Ningún aspecto de los ciudadanos se verá perjudicado dado que puede acudir o al Secretario judicial, haciendo uso de los medios que la Administración de Justicia pone a su disposición, o al Notario o Registrador, en cuyo caso deberá abonar los aranceles correspondientes”.

¹⁶ **LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL.** “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal de la Ley 15/2015, de 2 de julio”. Revista de derecho procesal civil y mercantil, ISSN 1697-7069, N° 116, 2015, pág.2.

El argumento de que la alternatividad favorezca a los más acomodados por tener recursos económicos suficientes para sufragar los aranceles notariales/registrales, queda totalmente descartado gracias a la aclaración de la disposición final decimonovena¹⁷.

Por último, concluir, respecto a los rasgos principales de la LJV, que se trata de una normativa de carácter puramente especial, esto es, regula exclusivamente lo aspectos propios a la misma, teniendo que acudir a la LEC respecto aquellas cuestiones que no aparecen recogidas en su cuerpo legal, en tanto en cuanto la misma tiene carácter supletorio¹⁸. No obstante, a pesar de dicha especialidad, se trata de un cuerpo normativo que, a su vez, se encuentra escindido en *disposiciones generales* (mínimos aplicables a todo tipo de procedimientos de expedientes de jurisdicción voluntaria) y *disposiciones específicas* atendiendo a la naturaleza especial de cada uno de los distintos expedientes que, posteriormente, serán de examen en la presente obra.

Todo ello obliga a traer a colación, si bien de forma meramente sucinta, el orden de prelación de fuentes, también conocido bajo la denominación <<*sistema de fuentes*>>, que resulta de aplicación. Dado el carácter particular que le pretende aplicar esta Ley a la institución jurídica, en primer lugar será de aplicación las normas propias para cada tipo de expediente de Jurisdicción Voluntaria (disposiciones específicas); en defectos de éstas, serán de aplicación las normas generales para todo tipo de expediente (disposiciones generales) en tanto en cuanto no sean contradictorias a la propia esencia del expediente en cuestión¹⁹; en defectos de ambas, habría que acudir a las disposiciones de carácter general recogidas en la LEC; y, por último y en defecto de todas las anteriormente expuestas, se acudiría a la técnica de la analogía.

Igualmente, hemos de recoger brevemente la posibilidad o simultaneidad entre el proceso jurisdiccional y el expediente de JV, es decir, cuando se sustancien ambos sobre

¹⁷ Véase igualmente el apartado octavo de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015 de JV.

¹⁸ Art. 8 LJV: “Las deposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley”.

¹⁹ **DIAZ BARBERO, A.** “*Estudio Práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*”. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

idéntico objeto. Ante dicha situación la LJV presenta una solución salomónica decretando el cierre del expediente de JV, dando así prioridad al proceso jurisdiccional²⁰. Así mismo, acabar exponiendo que lo resulto en un expediente de jurisdicción voluntaria, a diferencia de lo que ocurre respecto a otro expediente de JV²¹, no es óbice para un proceso jurisdiccional posterior, como así recoge el artículo 19.4 LJV: *“La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria”*.²²

Para concluir, los gastos derivados del expediente de jurisdicción voluntaria serán a cargo del solicitante del expediente, a excepción de los generados por testigos y peritos que serán a cargo de quien los proponga (art. 7 LJV). A tales efectos, señalan IZQUIERDO BLANCO Y PICO I JUNOY²³ que *“Gastos serán todos aquellos desembolsos necesarios y preceptivos que hubieran sido ocasionados de forma directa en el expediente de jurisdicción voluntaria”*. A tenor de ello, igualmente señala BANACLOCHE PALAO²⁴ que no nos encontramos ante un conflicto entre las partes, ergo *“no hay título que permite a ninguno de los interesados exigirle al solicitante que el abone los gastos que se le hayan generado por el expediente”*. Cabría plantearse qué ocurre respecto a aquellos gastos derivados de prueba solicitada o propuesta por el

²⁰ “No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos”.

²¹ **LIEBANA ORTIZ JR y otro**: “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, Aranzadi 2015. Pág 187. Véase artículo 19.3 Ley de Jurisdicción Voluntaria. Incluye los expedientes tramitados por Notarios y Registradores con aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los LAJ.

²² **FERNANDEZ DE BUJAN, A.** “La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 755, mayo-junio, pág. 1344

²³ Jurisdicción voluntaria. Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos. Editorial Bosch, 2016. Pág. 62

²⁴ **BANACLOCHE PALAO, JULIO**: “Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio. Pág. 101

Ministerio Fiscal, entiéndase testigos y peritos, pues habrá que entender que es de cargo del solicitante del expediente por aplicación supletoria del art. 394.5 LEC²⁵.

2.- PARTES INTERVINIENTES EN UN EXPEDIENTE DE JURISDICCION VOLUNTARIA

En realidad, la LJV no alude al término “parte” como figura actuante en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que hace referencia al término “interesado”, lo que resulta contrario a la ley procesal general en el Derecho Español, es decir, la LEC, la cual alude al término “parte” en sus artículos 6 y siguientes para hacer referencia a la capacidad que la misma debe reunir para poder actuar (capacidad procesal y de obrar), entre otros aspectos. Ello obliga a reflejar, concisamente, las bases que diferencia uno de otro. Siguiendo el argumento esgrimido por JULIO BANACLOCHE PALAO²⁶, posiblemente la Ley haga esa distinción al único efecto de mantener la idea de que en estos procedimientos no existen partes, como tales enfrentadas, sino interesados en conocer la decisión que se adoptará. No obstante, hemos de otorgar una definición jurídica al término interesado. Dado que la propia LJV no contiene una definición y que la LEC habla de parte y no de interesado, debemos acudir a otra normativa o jurisprudencia que determine con exactitud tal término. El Diccionario de la Real Academia Española en su acepción tercera lo define como *“Dicho de una persona: Que ostenta un interés legítimo en un procedimiento administrativo y, por ello, está legitimada para intervenir en él”*.

Igualmente, si acudimos a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común para las Administraciones Públicas (LPACAP, en adelante) encontramos que la misma en su precepto 4²⁷ lo define como: *“Quienes lo promuevan*

²⁵ **FERNANDEZ GIL, C.** “Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria”. Tecnos, 2018. Pág 63

²⁶ **BANACLOCHE PALAO, JULIO:** “Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio. Pág. 61”

²⁷ Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos”. Tal definición concuerda no sólo con la esencia de la propia JV habida cuenta de que, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, la JV se inicia mediante solicitud de los interesados y no mediante interposición de una demanda, sino también con lo recogido en el artículo 3 de la LJV²⁸ que, en su apartado primero, se limita a recoger qué sujetos se encuentra legitimados a solicitar la iniciación de un expediente de jurisdicción voluntaria.

En el apartado segundo del citado precepto, es dónde diferencia entre “interesado” y “solicitante” sin mayor dilación, motivo por el cual procede determinar qué se entiende por uno y qué por otro. Debe entenderse por solicitante aquel que promueve el inicio del expediente y por interesado aquel que interviene en el desarrollo del expediente. Por abundar aún más en dichos términos, si bien uno interviene desde el comienzo (solicitante) y otro desde que es llamado (interesado), a efectos puramente materiales la distinción resulta insignificante puesto que, una vez personados, ambos tienen lo mismo derechos y facultades.

Además de la legitimación anteriormente expuesta, resulta bastante frecuente la intervención del Ministerio Fiscal²⁹ (MF, en adelante), cuestión que se examinará en esta obra. Se trata de un órgano que puede intervenir dos maneras distintas: por un lado, promoviendo la tramitación del expediente (art. 3.1 LJV último párrafo) y, por otro lado, para garantizar la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público de la ley.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

²⁸ “Podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal”

²⁹ Art. 4 LJV: “El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare”.

2.1.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En primer lugar y antes de atender las competencias del MF, no hemos de olvidarnos de las legislaciones forales, pues éstas regulan la intervención del MF en asuntos no regulados por la LJV como, por ejemplo: el Código de Derecho Foral de Aragón o la Compilación de Derecho Civil de Navarra.

Sin más dilación, procede diferenciar los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que el MF intervendrá, generalmente, como interesado (a los meros efectos para ser citado y oído en la comparecencia), de los expedientes en los que interviene con carácter exclusivo actuando no como interesado sino como solicitante.

Respecto a la primera de las hipótesis, encontramos que MF participará como interesado en las siguientes materias³⁰:

- Amortización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 25 LJV).
- Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial (art. 30.1 LJV).
- Adopción cuando el adoptando sea menor de edad o la persona con capacidad modificada judicialmente (art 34.1 LJV).
- Tutela y Curatela
 - Constitución de la tutela o curatela (art. 45.2 LJV)
 - Adopción de las medidas de vigilancia y control oportunas en interés del constituido en tutela o curatela (art. 45.4 LJV)
 - Cuando se pretenda dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado (art. 45.5 LJV).
 - Formación de inventario (art. 47.1 LJV).
 - Retribución del cargo (art. 48.1 LJV).
 - Remoción (art. 49 LJV).
 - Excusa (art. 50.2 LJV).
 - Rendición de Cuentas (art. 51.2 LJV).

³⁰ Habida cuenta del abundamiento que todas ellas supondrían, únicamente se recogen algunas de aquellas relacionadas con menores y personas con capacidad modificada judicialmente.

- Concesión judicial de emancipación y habilitación de la mayor de edad (art. 55 LJV).
- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad (art. 57.5 LJV).
- Protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor de edad o de la persona con capacidad modificada judicialmente (art. 60.2 LJV).
- Autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros sobre bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (art. 64 LJV).
- Intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (art. 85.1 y art. 86 LJV).
- Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 85.1 LJV).
- Intervención judicial en casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes de la sociedad conyugal, siempre que se pongan en compromiso los intereses de los menores o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 90.5 LJV).

Respecto a la segunda de las hipótesis, esto es, actuando el MF como solicitante³¹, encontramos las siguientes materias:

- Modificación relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (art. 87.3 LJV y art. 216 CC).
- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad (art. 57.2 LJV) **(carácter exclusivo)**.

Además, también hemos de recoger en este apartado determinados supuestos en los que el MF interviene en representación de otros sujetos, siendo ésta provisional, subsidiaria y temporal. Así, el artículo 29 de la LJV prevé que en los casos en que o bien

³¹ Como mero ejemplo, véase la AAP de Barcelona. 23 de julio de 2018, nº 480/2018, que resuelve recurso de apelación respecto a un expediente de JV iniciado por el Ministerio Fiscal para recabar autorización judicial de internamiento no voluntaria y no urgente con nombramiento de guardadora de hecho.

el menor o bien la persona con capacidad modificada judicialmente actúen como demandados o se queden sin representación procesal, el MF ostentará la misma en tanto en cuanto no se les designe el defensor judicial. Así mismo y en relación con el expediente de emancipación y obtención de la mayoría de edad, el artículo 54 LJV prevé, igualmente, que en el MF deberá mantener la representación procesal hasta el nombramiento del defensor judicial.

2.2.- INTERVENCIÓN DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Como ya se ha señalado anteriormente, uno de los puntos que supuso mayores trabas al farragoso proceso de tramitación de la nueva LJV fue la intervención de los abogados y procuradores en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Si bien, en un primer momento, se pretendió fijar la preceptividad de la intervención de los abogados únicamente para aquellos procedimientos relativos a cuestiones de persona y familia, tras las sucesivas enmiendas se extendió de tal forma que únicamente era facultativa para los actos de conciliación, siendo preceptiva en todo lo demás.

No obstante, actualmente este punto no resulta baladí puesto que ni siquiera la propia Ley actual fija un criterio uniforme respecto a ello, sino que deberá atenderse a la casuística, como así recoge en el apartado X de su Exposición de Motivos: *“En cuanto a la postulación y defensa, la ley no establece un criterio general, dejando el carácter preceptivo de la intervención de Abogado y Procurador **a cada caso concreto**”*.

A pesar de que parece que la Ley opta porque la intervención de estos profesionales dependa de la voluntad del interesado o solicitado (obviando aquellos supuestos en que, por la materia que se trate, sea obligatoria su intervención), sí que establece, con carácter general, que sea preceptiva en la segunda instancia (recursos de revisión y apelación sobre lo que, posteriormente, se hará un breve análisis) y, en cualquier momento, desde que se formule oposición³², la cual hemos de recordar que no

³² Por lo tanto, la intervención de abogado y procurador supone un requisito sine quo a non para que la oposición surta efecto, siendo posible solicitar el derecho de asistencia jurídica gratuita para este punto (art.6 LAJG).

convertía el expediente en contencioso (a excepción de la oposición a la remoción de la tutela o a la adopción) y se deberá presentar durante los cinco días posteriores a su citación para la comparecencia³³.

No obstante, la regla general se invierte cuando se trate de un expediente en materia mercantil, siendo en todo caso obligatoria su intervención.

³³ Artículo 17.3 apartado cuarto de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

CAPITULO III. EXPEDIENTES DE JURISDICCION VOLUNTARIA EN MATERIA DE PERSONAS

SUMARIO

1.- INTRODUCCION

2.- EXPEDIENTE DE LA CONCESION JUDICIAL DE LA EMANCIPACION Y DEL
BENEFICIO DE LA MAYORIA DE EDAD

1.- INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que impera en casi la mayoría de los expedientes de JV, respecto a los cuales existe cierta alternatividad habida cuenta de que el solicitante/interesado puede optar bien por la vía judicial o bien por la extrajudicial mediante la intervención de Notarios y Registradores, en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas la regla general se invierte. Se invierte porque las cuestiones versan sobre menores, personas con capacidad judicialmente modificada o derechos fundamentales, motivo por el cual, generalmente, estos se atribuyen al Juez y, en ocasiones muy específicas, al LAJ.

No se trata, en ningún caso, de una novedad impuesta por la nueva ley de JV ya que éstos ya se recogían en la LEC 1881, aunque de manera deficiente. Actualmente se encuentran regulados en el Título II de la Ley de 2015, donde se recoge un conjunto de expedientes totalmente heterogéneo como: De la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (**Cap. I**), De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial (**Cap. II**), De la adopción (**Cap. III**), De la tutela, la curatela y la guarda de hecho (**Cap. IV**), De la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad (**Cap. V**), De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad (**Cap. VI**), Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (**Cap. VII**), De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (**Cap. VIII**), De la declaración de ausencia y fallecimiento (**Cap. IX**) y De la extracción de órganos de donantes vivos (**Cap. X**).

En estos expedientes de JV se podrá acudir, con carácter potestativo, con abogado y procurador salvo en aquellos asuntos de disposición de bienes o derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente si la cantidad supera los 6.000 Euros (Art. 62.3 LJV) y, en todo caso, desde el momento que haya oposición.

2.- EXPEDIENTE DE LA CONCESION JUDICIAL DE LA EMANCIPACION Y DEL BENEFICIO DE LA MAYORIA DE EDAD

Como así recoge el artículo 315 del Código Civil (CC, en adelante), la mayoría de edad, así como todos los efectos que de ella se derivan, se adquiere a los dieciocho años. No obstante, existe otra posibilidad de emanciparse, extinguiendo la tutela, para aquellos menores mayores de dieciséis años. Esta emancipación se puede obtener por dos vías distintas: por un lado, por concesión de los progenitores y aceptación del interesado (arts. 314.2º y 317 CC) y, por otro lado, por concesión judicial (arts. 314.3º y 320 CC), siendo éste último el que da lugar al expediente de jurisdicción voluntaria.

Así, de acuerdo con el artículo 320 CC, el juez podrá conceder al menor la emancipación, con las limitaciones recogidas en el artículo 323 CC³⁴, en tres supuestos:

- Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del progenitor.
- Cuando los padres vivieren separados
- Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

A tales efectos y atención a derechos forales, lo mismo recoge en su articulado la Ley 66 de la compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, el cual considera la emancipación como una de las causas de extinción de la patria potestad, y del mismo modo que la legislación común, autoriza al emancipado para realizar toda clase de actos como si fuera mayor, con las salvedades enumeradas en el artículo 323 del CC, para los que requerir asistencia de cualquiera de sus padres, de los Parientes mayores o del curador. Así mismo, el Código Civil de Cataluña en su libro segundo, dedicado a la persona y familia, en 211- 10 dispone que la autoridad judicial puede conceder la emancipación a solicitud del mayor de 16 años si existen causas que hacen imposible la convivencia con los progenitores o con el tutor, o que dificulta gravemente el ejercicio de

³⁴ “no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”.

la potestad parental o de la tutela. La concesión judicial de la emancipación requiere audiencia previa de las personas que ejercen la potestad parental o la tutela e informe del Ministerio Fiscal.

Asimismo, va de suyo que, para realizar estos actos extraordinarios, tales como enajenar bienes inmuebles, derechos de propiedad intelectual e industrial, bienes de valor extraordinario, entre otros, el menor emancipado necesita que su capacidad sea complementada con la de los anteriormente expuestos. A mayor abundamiento, debe entenderse que el complemento de la capacidad que se concede se atiende al caso concreto, no entendiéndose en ningún momento como una concesión de forma o carácter general.

Por último y en relación con las causas o presupuestos de emancipación, debe traerse a colación la modificación operada en el artículo 314 del Código Civil, mediante la cual se suprime la posibilidad de emanciparse por matrimonio, pues era ésta la única posibilidad de emanciparse sin haber alcanzado la edad de dieciséis años.

En cuanto a la legitimación para iniciar un expediente de jurisdicción voluntaria por emancipación, la misma la ostenta con **carácter exclusivo** el menor de edad, no así los padres, sino que éstos únicamente intervienen en el procedimiento al único efecto de tenerlos por oídos (AAP de Granada de 21 de noviembre de 2017, nº 193/2017).

Así mismo, existe otra cuarta posibilidad recogida en el artículo 321 CC, el cual permite al Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayoría de edad conforme al artículo 276 del CC, dando lugar a la sujeción a la curatela.

La competencia territorial vendrá delimitada por el domicilio del menor en el momento de la solicitud de emancipación, como así se desprende del artículo 53 de la LJV.³⁵

³⁵ Respecto a este punto traer a colación la ATS de 11 de septiembre de 2018, Rec Nº 141/2018, la cual resuelve un conflicto negativo de competencia territorial planteado entre dos JPI como consecuencia de que, en el momento de la solicitud, la menor no residía en el domicilio habitual sino en un Centro Materno Infantil como consecuencia del nacimiento de su hijo. A tales efectos, continua la sentencia en los siguientes términos: *“A tales efectos el auto de 27 de mayo de 2014, conflicto nº 53/2014 señala que «[...] el artículo 40 del Código Civil fija el domicilio de las personas naturales en el del lugar de su residencia habitual y, en su caso, a efectos procesales, el determinado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 62 a 69), con carácter general ha de atenderse al lugar donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar” (sentencia de 13 de julio de 1996,*

No obstante, veremos cómo, en la práctica, no resulta tan fácil probar esas circunstancias, mostrándose los jueces bastante rehaceos o poco propensos a otorgarla, aunque, en todo caso, debe atenderse a la casuística.

AAP de Valencia de 14 de diciembre de 2016, nº 558/2016

Aun acreditando el menor la convivencia de su madre con su nuevo marido y la difícil convivencia entre ellos, el Tribunal deniega la solicitud al no acreditar el solicitante *“un proyecto de vida autónomo que dé sentido a su emancipación, pues dijo en la exploración que no tenía claro si iba a dejar la casa de su madre, ni si se iba a vivir con su padre, o se iría con su hermano”*. Concluye el Tribunal *“habida cuenta de que la concesión judicial de la emancipación no es automática sino sujeta a la apreciación judicial, lo que resulta de la exigencia legal de la intervención de un Juez, y del propio artículo 55 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que dice "el Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor, resolverá concediendo o denegando la emancipación o el beneficio de mayoría de edad solicitados”*.

AAP de Barcelona de 2 de mayo de 2011, nº 107/2011

Inicialmente el Juzgado de Primero Instancia (JPI, en adelante) Nº 58 de Barcelona denegó la emancipación judicial del menor al considerar el Juzgador “a quo” que *“el instante no tiene un grado de desarrollo superior al que corresponde por su edad, tal como consta en el informe del médico forense de fecha 13 de octubre de 2010 que obra en las actuaciones, ni es una persona independiente y autónoma, ni se ha acreditado que la emancipación solicitada sea beneficiosa para él, pues lo que ocurre en realidad es que existe un enfrentamiento familiar por la no aceptación de la nueva pareja de la madre”*

No obstante, el tribunal “ad quem” discrepa tajantemente con la opinión del “ad quo”, llegando a revocar el auto y concediendo la emancipación solicitada. La AP de

rec. 2083/1993) [...]». Como consecuencia de lo expuesto la competencia territorial para conocer del presente asunto, tal y como señala el Ministerio Fiscal, le corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de XXXX en tanto que la estancia de la menor en el Centro Materno Infantil de YYYY, **tiene un carácter meramente accidental y transitorio** como consecuencia del nacimiento del hijo de la menor, habiendo manifestado esta última, así como su tutora, la Junta de Extremadura, que su domicilio se encuentra en la localidad de ZZZZ.”

Barcelona esgrime que, de la prueba practicada, se desprende una madurez y un desarrollo intelectual y físico acorde a la edad del menor. A mayor abundamiento continúa el Tribunal en los siguientes términos: *“que un adolescente que se halla en situación media de normalidad en su desarrollo, de acuerdo a un nivel de maduración propio de la edad adolescente por la que atraviesa, y que no tenga una vida independiente no puede justificar que no se le conceda la emancipación que ahora pretende el recurrente, pues esa es precisamente, y no otra, la situación prevista legalmente cuando el art. 320 CC indica la edad de 16 años para poder petitionar su emancipación judicial”*.

No se puede concluir este punto sin hacer referencia a la voluntad del menor en relación con el cumplimiento régimen de visitas y con la emancipación.

La determinación, por parte del Juez, de un tipo de guardia y custodia u otro depende de la ponderación de diversos criterios (OJO), los cuales no aparecen en ningún caso en el Código Civil como un listado numerus clausus, sino que han sido los Tribunales quienes, a través de su Jurisprudencia, han venido configurando tales hechos a analizar. Así, junto al cumplimiento de los deberes paterno-filiales, domicilios de los mismos, jornadas laborales, etc, se sitúa la opinión y voluntad de los menores³⁶. Es por ello que, la voluntad de los menores, debe tenerse en cuenta y debe ser ponderada hasta el punto de que el Tribunal supremo, en su sentencia de 20 de octubre de 2014, acuerda nulidad de oficio de actuaciones y retrotrae el procedimiento anterior a dictar sentencia en instancia para que, antes de resolver respecto la guardia y custodia, se oiga la opinión de los menores respecto a ello. No obstante, la voluntad del menor únicamente se entiende como un factor o punto determinante cuando, el Juez mediante la correspondiente exploración, se comprueba que la misma corresponde a una decisión madura, firme y autónoma, habida cuenta de que en estos casos puede darse que la misma sea caprichosa o influenciada por alguno de los progenitores, no preservando en tales casos el interés del menor³⁷.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 2010, nº XXXXX

³⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre, respecto a la intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Separación y Divorcio, *“hay que tener en cuenta no solo lo que literalmente diga, sino también y sobre todo, cómo lo dice, pues no debe olvidarse que, en ocasiones, sus declaraciones están mediatizadas”*.

Para concluir y en relación con la emancipación, debe recogerse la práctica, un tanto habitual, por parte de los Juzgados de instar la solicitud de emancipación para así evitar pronunciamientos judiciales no ajustados al deseo del menor.

CAPITULO IV. ESTUDIO PORMENORIZADO DE LA JV CEÑIDO AL CASO CONCRETO

SUMARIO

1.- PRESENTACION DEL CASO

2.- ANALISIS DE LAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LOS
EXPEDIENTES DEL CASO

2.1 INTRODUCCION

2.2 EXPEDIENTE DE JV DE SUSPENSIÓN DE GUARDIA Y CUSTODIA

2.3 EXPEDIENTE DE JV DE INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA CAMBIO DEL
CENTRO ESCOLAR

1.- PRESENTACION DEL CASO

Con fecha 21 de junio de 2000 Don Gabriel Jesús Mendoza (GJM, en adelante) y Doña Bárbara Ibáñez García (BIG, en adelante) contrajeron matrimonio. De dicho matrimonio nacieron y viven tres hijos: Pedro, Marina y Adrián, que, a día de hoy, tienen 16, 13 y 10 años respectivamente. Debido a una serie de razones de indudable incidencia en su vida familiar, Doña BIG decidió poner fin al matrimonio que le unía con el Sr. GJM.

A raíz de todo de ello, se dictó por el JPI N° 9 de Santander sentencia de Separación de mutuo acuerdo, la cual atribuyó a la madre la guardia y custodia de los tres menores, sin que ello obstara a la titularidad conjunta de la patria potestad que ambos ostentan sobre sus hijos. Así mismo, la citada sentencia aprobó la aplicación del Convenio Regulador consensuado por las partes, estableciéndose un régimen de visitas de fines de semanas alternos a favor del progenitor no custodio y vacaciones por mitad (cumpliendo así las exigencias recogidas en el artículo artículo 82, 87 y 90 del CC).

Años más tarde y, de nuevo, a instancia de Doña BIG, se tramitó procedimiento de divorcio, dictando el mismo órgano judicial sentencia de Divorcio de mutuo acuerdo en la que, respecto a la sentencia de separación, se reduce la pensión de alimento y se suprime la compensatoria. Así mismo, esta nueva sentencia aprobó el nuevo Convenio Regulador acordado por las partes.

Llegados a este punto, las circunstancias personales de cada uno de ellos vaticinaban lo que, con el paso del tiempo, se ha confirmado. El progenitor custodio, Doña BIG, trasladó su domicilio habitual a Toledo, dónde convivía con su nueva pareja, los hijos de éste y los tres hijos de las primeras nupcias, mientras que el no custodio igualmente dejó de residir en el municipio de Torrelavega, aunque dentro de la provincia, si bien tenía frecuentes viajes por Europa como consecuencia de su trabajo. Todo ello desembocó que en el citado Convenio Regulador aprobado por la sentencia de Divorcio se fijase y cito textualmente: *“lo que hace que no pueda fijarse un régimen de visitas a favor del padre pautado, por ello los progenitores acuerdan que el régimen de visitas amplio y flexible para que pueda visitarlos en aquellos periodos que se pongan de acuerdo ambos padres”*. Siendo éste último apartado el verdadero caballo de batalla, habida cuenta de que a falta de régimen subsidiario del mismo se entiende que, si la madre

no está de acuerdo en ningún momento, el padre no podrá ver a la niña, hecho que se reproduce en la actualidad.

Posteriormente el progenitor custodio regresó a la comunidad de Cantabria y hasta inicios del 2018 la situación era sostenible, pero fue a partir de entonces cuando, como consecuencia de la pésima situación laboral en la que se encontraba el Sr. GJM, la ex pareja de éste interpuso una denuncia por impago de pensiones, siendo a partir de entonces cuando comienza a impedir al Sr. GJM ver a sus hijos.

Dada la situación, el Sr. GJM decidió acudir a la salida del colegio de sus hijos para poder verlos, intentando la madre impedirlo a toda costa llegando, incluso, a realizar llamadas a la Policía Local reclamando auxilio.

Por todo ello, el Sr. GJM se vio obligado a interponer un **expediente de JV para establecer a su favor, con carácter urgente y provisional, un régimen de visitas en ausencia de mutuo acuerdo**. No obstante, el conflicto no finalizó ahí, viéndose obligado meses más tarde a interponer una **demanda de medidas cautelares in audita parte sobre suspensión de la guardia y custodia de los tres hijos**, guardia que le fue atribuida a la Sra. BIG en la sentencia de divorcio.

Finalmente, se dictó auto resolviendo la suspensión de la guardia y custodia de la madre, adjudicando al padre la guardia y custodia de la hija Marina y manteniendo, la madre, la de Adrián.

Tras todo ello, la Sra. BIG comunica, tanto a sus hijos como al padre de éstos, su intención de trasladarse a vivir a Córdoba, puesto que aduce haber recibido una oferta laboral. Como consecuencia de los continuos choques sentimentales y emocionales entre la madre y sus hijos pequeños, éstos últimos no sólo la comunican que no quieren trasladarse a Córdoba, sino que, igualmente, no desean convivir con ella, queriendo trasladarse al domicilio paterno. Por todo ello se abrió expediente correspondiente por el Servicio de Infancia, Adolescencia y Familia (SIAF, en adelante) en colaboración con los Servicios Sociales de Atención Primaria del Ayuntamiento, quienes han constatado y recogido el grave daño que están sufriendo los menores.

El Sr. GJM, en virtud de la responsabilidad que le obliga la patria potestad y guarda y custodia que ostenta y dado que la menor convive con él, insta **otro expediente de JV para cambiar de centro escolar** a su hija menor Marina.

2.- ANALISIS DE LAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LOS EXPEDIENTES DEL CASO

2.1 INTRODUCCION

Antes de comenzar a analizar sucintamente cada uno de los expedientes de JV acaecidos en el caso práctico objeto del presente trabajo, procede recalcar que, respecto al fondo de todas estas controversias, se ha de tener siempre presente que el principio general del derecho aplicable es que cualquier decisión relativa a las medidas que afectan, en mayor o menor medida, al libre desenvolvimiento de la personalidad de los **menores**, al régimen de vida de los mismos y a su integridad física y moral ha de ser adoptada en beneficio de los niños, por lo que es necesario analizar la realidad social, con las peculiares circunstancias de cada caso concreto y de cada niño individualmente considerado. Ergo el principio del interés del menor en la patria potestad y en la guarda y custodia se configura como el eje para acordar cualquier medida, independientemente de que sea adoptada por acuerdo de las partes o por Juez. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina proclaman el carácter prevalente del principio del "*interés superior del niño*", como directriz básica en el sistema de protección jurídica del menor.

Dicho principio no se encuentra definido de manera expresa en nuestro derecho positivo, motivo por el cual ha de atenderse a la casuística. En todo caso, se trata de un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, resulta conveniente disponer una relación de criterios que doten de contenido a dicho principio (como ha venido siendo habitual en los ordenamientos anglosajones). Dichos criterios pueden estructurarse en base a los siguientes parámetros³⁸:

- La noción del interés del menor debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o

³⁸ **LINACERO DE LA FUENTE:** *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, 2001, págs. 60-65; *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 218-219

mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario al interés del menor...).

- Habiendo construido el edificio de los derechos del menor sustentándole en el principio del "interés superior del niño", la audiencia y voluntad del menor será un elemento fundamental para averiguar dicho interés
- Por último, el interés del menor debe interpretarse a la luz del libre desarrollo de su personalidad (art 10 CE). En dicho sentido, la STS 216/ 2013, de 5 de febrero, dice "*el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art 10 CE)*"

Así, el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM, en adelante) recoge que "*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como **primordial** en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*".

Tal es el punto que incluso el artículo 11 de la misma Ley establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la supremacía del interés superior de los mismos.

A mayor abundamiento, la Convención de los Derechos del Niño (CDN, en adelante), proclama en su art. 3, párrafo 1: "*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*". Así mismo, el artículo 12 reconoce el derecho de todo niño "*a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en los asuntos que le conciernen*". Dicho compromiso internacional queda plasmado en nuestro derecho positivo a través del artículo 9 de la LOPJM el cual, además,

obliga a oír al menor, quien podrá solicitarlo por sí mismo o a través de persona que lo represente.

Por lo tanto, hemos de partir siempre del interés superior del menor que se valorará en base a diferentes criterios. Señala Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, que habrá de tenerse en cuenta para valorar dicho interés en primer lugar, la opinión del niño³⁹, quien tiene derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten, en relación con el artículo 154 CC; en segundo lugar, la identidad del niño y, por último, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones.

Por otro lado, entrando a analizar el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) señala en la sentencia número 199/2013, que la observancia del principio de proporcionalidad, se concreta, a su vez, “en las tres siguientes condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 89/2006, de 27 de marzo [RTC 2006, 89] , FJ 3).»”

Por último, añadir que las resoluciones que ponen fin a los expedientes de JV en los que intervienen menores, la LOPJ en su artículo 9 prevé que en la misma deberá

³⁹ Respecto a este punto traer a colación, a efectos meramente ilustrativos, el Auto de JPI nº9 de Santander, de 14 diciembre de 2018, resolviendo una ejecución de medidas, en virtud del cual se modificó el régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en relación con el menor, habida cuenta de la negativa de éste último a disfrutar tales períodos con su padre. Constatada por el Juzgador, mediante las exploraciones realizadas, la firma y rotunda voluntad del menor de pasar el menor tiempo posible con el progenitor no custodio, el Juez redujo, como medidas provisionales, las visitas con la menor a una hora fines de semanas alterno, desarrollándose la misma en el Punto de Encuentro Familiar de la ciudad de Santander. Igualmente poner a disposición lo seguido por el AP de Cantabria en relación con el valor, como motivo de oposición, de la voluntad del menor en la ejecución del régimen de visitas: “(...) frente al despacho de ejecución no cabe más motivo de oposición que el cumplimiento de la sentencia, la caducidad de la acción ejecutiva o la transacción o pacto para evitar la ejecución que conste en documento público (art. 556 de la LEC); y no cabe alegar ninguna otra razón ni excusa para eludir el cumplimiento de la sentencia. Ciertamente esta norma general puede ceder excepcionalmente, en el caso de ejecuciones de decisiones judiciales sobre menores, pues la primacía del interés de éste está legalmente consagrada (art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor), pero en todo caso es precisa una prueba cabal y cumplida de que la alteración del cumplimiento de los dispuesto en la sentencia que se ejecuta es necesario para proteger al menor”.

recogerse el resultado de la audiencia al menor. Además, en estos casos el Juez o el LAJ podrá sustentar su decisión *en cualquiera de los hechos de los que hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados* (art. 19.2 LJV).

2.2 EXPEDIENTE DE JV DE SUSPENSIÓN DE GUARDIA Y CUSTODIA

El artículo 158 CC permite al Juez, bien de oficio o a instancia, adoptar unas determinadas medidas en beneficio del menor. Tales medidas tienen la consideración de cautelares, motivo por el cual para ser aceptadas deben reunir los requisitos propios de las mismas (excepcionalidad, temporalidad, apariencia de buen derecho, periculum in mora, etc).

Artículo 158.

“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”.

Este apartado sexto fue añadido por el artículo 2 apartado noveno de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. No obstante, lo realmente relevante de dicha reforma no es tanto la forma mediante la cual puede sustanciarse, sino la introducción del apartado 4º y 5º del 158 CC

ya que permite instar como medidas civiles las siguientes: prohibición de acercarse al menor o persona con la capacidad modificada judicialmente y prohibición de comunicación con los mismos. A mayor abundamiento, dichas prohibición no se limitan únicamente a los progenitores, sino que igualmente a otros parientes (sin hacer referencia al grado de parentesco o generación) e incluso a terceras personas. Llegados a este punto se plantea si cabe la posibilidad de privar o imponer dichas prohibiciones a parientes o personas que no han intervenido en el proceso del expediente. La respuesta es claramente negativa, en tanto en cuanto en ese caso se estaría vulnerando su derecho a ser oídos. Ergo será necesario que sean citados a la comparecencia del artículo 18 LJV. Igualmente, se plantea el problema de su aplicación, dado que a los mismas las reviste un claro carácter penal.

No obstante, ya con anterioridad a la reforma de la LJV se venían aplicando las reglas y trámites de la JV para solventar las medidas del art. 158 CC, así lo establecía la disposición adicional 1ª de la LOPJM recogiendo que *“Se aplicarán las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan 1º para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil”*.

Los términos referidos al apartamiento de un peligro o a la evitación de perjuicios, operan, sin duda, como cláusula abierta, amplia y genérica de posibles supuestos de riesgo o peligro para un menor.

Según GONZALEZ DEL POZO⁴⁰ este precepto se configura como *“una cláusula de cierre del sistema jurídico de protección de los menores, de forma que cuando por cualquier motivo las instituciones legalmente creadas específicamente para este fin, como con la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento y tutela de los menores o incapaces, nombramiento de defensor judicial o necesidad de autorización judicial para la disposición de determinados bienes propiedad de los menores, resulten insuficientes y se evidencia la necesidad de acordar cualquier tipo de medidas para evitar un perjuicio a un menor, el legislador ha creado un sistema que de forma rápida y eficaz, permite tutelar dichos intereses, impidiendo cualquier actuación perjudicial para estos”*.

⁴⁰ GONZALEZ DEL POZO, JP, “Las medidas cautelares en el Derecho de Familia” en Manual práctico de medidas cautelares. Procesos constitucionales ordinarios y especiales. Ed. Comares Granada 2000.

Resultan interesantes, en este punto, diversas opiniones emitidas por diferentes magistrados recogidas por la editorial SEPIN⁴¹. El Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (JVM, en adelante) nº 1 de Palma de Mallorca, *Don Andrés Joven Joaquín*, determina que resulta factible o viable acudir a esta vía siempre que exista una situación patente de peligro respecto al menor⁴². En la misma línea esgrime la Juez Decana de los Juzgados de Barcelona, Doña Mercedes Caso, que “*Si estamos ante una situación de urgencia, no es adecuado remitirlas al procedimiento de modificación de medidas, incluso teniendo en consideración la posibilidad de adoptar medidas provisionales (art. 775.3 LEC). Además, es posible que la situación que exija una protección cautelar sea provisional y, por lo tanto, no permanente, lo que conllevaría la desestimación de la demanda de modificación*”.

Igualmente, en relación con las mismas PLANES MORENO⁴³ manifiesta que “*Constituyen por tanto estas medidas del art. 158 CC, un cauce procesal de carácter subsidiario cuya utilización procederá cuando no exista un procedimiento específico y ordinario que permita tutelar los intereses de los menores y, por tanto, un complemento o garantía del sistema de protección de los menores (...)*”.

Como ya se ha adelantado, a pesar de revestir carácter de medida cautelar y, por tanto, cierta excepcionalidad, la misma no queda reflejada en cuanto a su legitimación.

Esto se debe a que, como bien recoge el propio artículo, el Juez puede adoptar tal medida no sólo de oficio, sino también a instancia del propio menor, progenitores,

⁴¹ [SP/DOCT/17621] Encuesta jurídica. Junio 2013. Coordinadora: Pilar González Vicente. Magistrada de la Sección 22ª, de Familia, de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁴² “Entiendo que, si los hechos nuevos que se han producido provocan una situación que exige de firma inmediata aportar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios (art. 158.4 CC) o evitar una posible sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas (art. 158.3 CC) o cualquiera de las situaciones contemplados en los dos apartados primeros del artículo mencionado, requiere en todo caso de una respuesta urgente, con carácter cautelar y tuitivo, que debe venir de la mano de estas medidas, pero el pronunciamiento que en sede de ellas se adopte no se debe prolongar en el tiempo más de que lo que se aprecia absolutamente necesario para lograr la finalidad pretendida, debiendo las partes, o en su defecto el Ministerio Fiscal, conforme a la legitimación que se reconoce en el artículo 775.1 LEC, interesar en el plazo más breve posible interponer el procedimiento de modificación de medidas que posibilite estudiar con mayor acervo probatorio al conveniencia de mantener, o en su caso de en qué forma modificar, las medidas que por esta vía de urgencia se hayan adoptado”.

⁴³ PLANES MORENO, Mª D. “Los procesos de familia: Una visión judicial”. 2ª Edición, Madrid 2009 Colex, Pág 289

cualquier otro pariente o el MF, es decir, nos encontramos ante una legitimación bastante amplia.

Hasta la reciente regulación de la JV la tramitación del artículo 158 CC planteaba ciertos problemas, puesto que las disposiciones legales de la LEC 81 no eran suficientemente claras al respecto, además de escasas. Llegados a este punto, procede matizar el trato diferente, en cuanto a su tramitación, si se realiza de manera independiente o como pieza dentro de un proceso civil o penal. Antes de la entrada en vigor de la LJV, la solicitud en un procedimiento suponía que la medida se ajustaba a las normas de dicho procedimiento. Actualmente, si alguna de estas medidas se solicita dentro de un procedimiento judicial previo no existe remisión a la LJV, mientras que si se solicita de forma autónoma sí.

En cuanto a la competencia para conocer del mismo deberá atenderse a si ha existido procedimiento judicial previo entre los progenitores o no (separación o divorcio) en el que haya resolución judicial a cerca la de patria potestad o guarda y custodia. El artículo 87.2 LJV determina que en el primero de los casos será competente el propio JPI que dictó resolución judicial, mientras que en el caso segundo será el JPI del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor⁴⁴.

Dada la introducción de los JPI especializados en familia, adquiere especial referencia la competencia para conocer del expediente. De acuerdo con el artículo 1º del RD 1322/1981, de 3 de julio, de creación de los Juzgados de Familia corresponderá a éstos la competencia frente a los JPI ordinarios. No obstante, el problema se origina en cuanto a la competencia funcional ya que, como se ha expuesto anteriormente, de acuerdo con el artículo 86 LJV será competente el JPI que hubiera dictado la resolución que acordare el ejercicio conjunto de la patria potestad. El problema se plantea cuando dicho Juzgado ha sido un JVM. En estos casos puede darse un conflicto negativo de competencia ente el JPI y JVM. A efectos meramente ilustrativos, traer a colación el ATS de fecha 13 de septiembre de 2017 que resuelve un conflicto negativo de competencia del JPI de Laredo, el cual se inhibió a favor a del JVM de Torrevieja al haber fijado este último las medidas paterno filiales. Refiere especial referencia en este apartado el ATS

⁴⁴ **PIELTAIN CEGARRA, M.** “Protección de Menores en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”. Fiscalía Provincial de Madrid, Alcobendas. Pág.24

de 14 de junio de 2017 respecto a la competencia para conocer un expediente de JV por parte de los JVM⁴⁵. El Alto Tribunal, aplicando dichas reglas, declaró la competencia para conocer del asunto al JPI de Laredo.

En el caso objeto del presente caso, se inició por parte del progenitor no custodio un expediente de JV in audita parte sobre suspensión de guarda y custodia de la madre, habida cuenta del continuo peligro al que estaban expuestos los menores como consecuencia del inadecuado ejercicio de las responsabilidades del progenitor custodio. Se plantea la cuestión de si estas medidas pueden desarrollarse in audita parte. La solución está clara, al tratarlas jurídicamente como unas meras medidas cautelares, siempre que resulte acreditada una situación grave de riesgo para el menor y la necesidad de respuesta urgente podrá desarrollarse de tal manera y aplicarse, a estos efectos, el artículo 733 LEC.

Como consecuencia de todo ello y por determinadas circunstancias propias del presente asunto, las cuales no resultan de interés a efectos del presente trabajo, se dictó auto mediante el cual se otorgó al progenitor varón, el Sr. GJM, la guarda y custodia de la hija, manteniendo la madre la del hijo menor.

Dado el carácter urgente y provisional que caracteriza las medidas del artículo 158 CC, se interpuso posteriormente y dentro del periodo de 30 días conforme al art. 771.5 LEC, demanda de modificación de medidas definitivas y medidas provisionales con mantenimiento del auto dictado en el expediente de JV de suspensión de guarda y custodia.

El artículo 775.1 de la LEC señala que los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por estos o de las adoptados en defecto de

⁴⁵ Concluye el Alto Tribunal: “1. Será competente el juzgado de violencia contra la mujer cuando la demanda de modificación de medidas se interponga en fecha en que el procedimiento penal esté en trámite, es decir, no archivado, sobreseído o finalizado por extinción de la responsabilidad penal.

2. Será competente el juzgado de familia cuando la demanda de modificación de medidas se interponga una vez sobreseído o archivado, con carácter firme, el procedimiento penal o cuando al interponerse ya se haya extinguido la responsabilidad penal por cumplimiento íntegro de la pena.

3. El momento concluyente para la determinación de la competencia será la interposición de la demanda (art. 411 LEC), siendo irrelevante (a efectos de competencia) que el archivo o sobreseimiento de la causa penal se acuerde tras la interposición de la demanda.

4. De acuerdo con el art. 775 LEC, cuando el conflicto se dilucide al margen de los casos de violencia contra la mujer, la demanda de modificación de medidas se interpondrá ante el juzgado que dictó las medidas definitivas cuya modificación se pretende”

acuerdo, siempre que hayan variado las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

En el caso concreto objeto de análisis, se cumplen los requisitos que fija la doctrina del Tribunal Supremo para proceder a la modificación de las medidas definitivas establecidas por resolución judicial, que son los siguientes:

- **Variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al dictar la sentencia de divorcio.** En el presente caso resulta evidente que la realidad en la que fueron adoptadas las medidas no resulta, ni de lejos, equiparable a la actual, habida cuenta de que por entonces el trabajo hacia al Sr. GJM una persona inestable en cuanto a su residencia, ya que viajaba continuamente, por asuntos laborales, a diversos países de la Comunidad Europea. No obstante, actualmente ambos progenitores residen, si bien en distintos municipios, en la misma provincia.
- **Que el cambio de circunstancias sea sustancial, importante o fundamental, esto es, que afecte al núcleo de la medida y no a circunstancias accesorias o periféricas.**
- **Que la alteración o variación afecte a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes o el juez en la adopción de las medidas e influyeron como presupuesto en su determinación.**
- **Que la alteración de las circunstancias evidencia signos de permanencia de modo que permita distinguirla de un cambio meramente coyuntura o transitorio de las circunstancias tenidas en cuenta en la adopción de las medidas.** Resulta evidente que el cambio no atiende a rasgos esporádico ya que ambos menores (Marina y Adrián) muestran ampliamente su deseo de irse a vivir con el progenitor paterno y, especialmente en el caso de Marina, se ha producido un cambio de custodia como medida cautelar.

Como se reitera por la jurisprudencia de esta Sala del TS, entre otras la del 27 de junio de 2011, “solo se pueden dejar sin efecto o modificar, cualitativa o

cuantitativamente, las medidas complementarias establecidas en una sentencia firme de separación, divorcio o nulidad, en aquellas hipótesis en que las circunstancias determinantes de la originaria adopción de los efectos complementarios hayan experimentado un cambio sustancial.”

2.3 EXPEDIENTE DE JV DE INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA CAMBIO DEL CENTRO ESCOLAR

El artículo 158.6 del CC, dentro del Capítulo I (Título VII relaciones paterno filiales), establece una cláusula residual en cuanto a las medidas de protección relativas al ejercicio de la potestad de guarda de menores, así como cualquier otra a favor del interés del menor a fin de evitar que el mismo se encuentre en una situación de peligro o, simple y llanamente, por el hecho de evitarle perjuicios en su entorno familiar, perjuicios que generalmente salen a luz en situaciones como la de supuesto de análisis. Ergo dicho precepto legal se configura, en todo caso, como un numerus apertus en beneficio del menor.

En el presente asunto nos encontramos ante un evidente desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, siendo por tanto necesaria la intervención judicial.

Artículo 156.

“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

(...)

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o

parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”

Así mismo, el apartado sexto del art. 158 CC dispone que *“estas medidas podrán tramitarse dentro de cualquier proceso civil o penal **o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria**”*. Dicha reforma fue introducida por la propia LJV como así dispone la disposición final primera en su apartado treinta.

El artículo 86 de la LJV dispone expresamente la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 86. LJV

*“1. Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir **en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores**. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.*

2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado.

3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no

emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor.”

Del contenido del precepto observamos como comprende dos supuestos claramente diferentes. Por un lado, se refiere a los supuestos en el desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad se ejerce conjuntamente y, por otro lado, el desacuerdo entre los progenitores o tutores en los actos de asistencia en el ejercicio de la patria potestad de un menor no emancipado sobre sus hijos (art. 157 CC).

Así mismo, va de suyo que únicamente puede generarse un expediente de jurisdicción voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad cuando el acto en cuestión requiere del consentimiento de ambos progenitores (acto extraordinario). De lo contrario, estamos ante un acto de ejercicio ordinario de la patria potestad. Como meros ejemplos, debe entenderse por acto ordinario aquel que se ajusta al uso social⁴⁶ como, por ejemplo: autorizaciones para acudir a excursiones escolares, solicitud de comedor escolar, revisiones pediátricas, elección de ropa o calzado, etc. Por lo contrario, tendrán la consideración de extraordinario todos aquellos que se excedan de ese “uso social”, tales como: elección de centro escolar, vacunación VPH, realización de actividades peligrosas o la determinación de residencia del menor.

El Auto de 26 de enero de 2015 del JPI de Gijón, en su Fundamento Jurídico Séptimo señala que *“Para decidir quien toma la decisión sobre residencia del menor, en caso de acudir a la vía del art 156 del c.c. o si se autoriza el cambio de residencia si se acude a la vía de modificación de medidas; se deben valorar muchas circunstancias, todas ellas desde el prisma superior del interés del menor; entre esos datos a valorar se pueden citar: a) Cual es el origen y causa real de ese cambio de residencia del menor que se pretende, b) en qué medida esa posible nueva residencia va incidir en el derecho del menor a estar y relacionarse con su otro progenitor y su familia extensa, c) cuál de los dos progenitores va a respetar mejor ese derecho del niño/a, d) en qué medida ese cambio puede afectar al ámbito del ocio y social del menor, e) como incidirá ese cambio en su desarrollo escolar, máxime si hay cambio de idioma y sistema educativo, f) cual es*

⁴⁶ **CASTAN VAZQUEZ, JM** citando a Fuente, en “Comentario del Código Civil”, entiende, dentro de este ámbito, por uso social “en primer lugar, que sea un acto correspondiente al desarrollo normal de la vida de un menor, tanto referido a su persona como a sus bienes y, en segundo lugar, que se trate de una actuación que por su propia naturaleza se repita con cierta frecuencia en la práctica...”

el arraigo del menor en su actual residencia, es decir amigos, abuelos, primos allegados etc. También como dice el TS, se deben valorar las costumbres del menor, y sobre todo en caso de accederse a ese cambio de residencia, dejar bien resuelto como se abonarían los gastos de desplazamiento que se van a generar para estar y relacionarse con el otro progenitor; así como el nuevo régimen de comunicaciones y estancia.”

En el presente el caso el progenitor custodio, a raíz del auto que pone fin al expediente de JV de suspensión de guardia y custodia, promueve expediente para realizar cambio de centro escolar de la menor. Ésta última convive diariamente en el domicilio del padre y acude a un centro escolar a 1 hora de distancia, existiendo a apenas 5 km un instituto público dotado con transporte escolar.

A mayor abundamiento, recordar que los gastos derivados por la escolarización de los menores, en la medida en que sean periódicos y previsibles, entran dentro del concepto amplio de “alimentos”, no constituyéndose como un gasto extraordinario.

Otro mero ejemplo de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad de cara a la elección o cambio de centro escolar de un menor es, dentro de la multitud que existe, el resuelto por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (JPII, en adelante) N° 1 de Moncada⁴⁷ (Valencia). Lo realmente peculiar no es tanto la decisión tomada por el Juez sino el fondo del asunto en cuanto a su fundamentación. En el presente caso reconoce el derecho del padre a escolarizar a su hija en un centro público en lugar de un colegio concertado religioso. El titular del Juzgado considera que el derecho a la libertad religiosa comprende también el derecho a no profesar religión o creencia alguna y que, en este caso, prevalece ese derecho fundamental frente a los motivos esgrimidos por la madre de proximidad y horario.

"Al comparar ambas voluntades, se desprende que las motivaciones de la madre resultan legítimas, desde la perspectiva de que el horario del centro se adapte a su situación personal o a la ubicación geográfica que le resulte más favorable. Sin embargo, en la vista la demandada no fundamentó su petición en un derecho fundamental. En cambio, el padre sí que basa su solicitud en el derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia, así como en el derecho fundamental a que su hija reciba una formación moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Por ello, entendemos que debe

⁴⁷ Véase Auto de 21 de junio de 2017 de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Moncada

prosperar la solicitud del padre, ante el carácter preferente de los referidos derechos fundamentales", explica el Juez en el auto.

Concluye el Juzgador matizando que *"desde la perspectiva del interés de la menor, no existen diferencias entre la circunstancia de que acuda al centro público o al concertado religioso, pues ambos cuentan con similar ubicación geográfica y con prestaciones parecidas. En este caso, lo que se considera prevalente es el derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho a la educación de acuerdo con las convicciones morales, pues son derechos constitucionales que deben prevalecer frente a otros intereses legítimos, pero que cuentan con menor protección jurídica".*

En este ámbito, debemos considerar que la libertad religiosa es un derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución Española a "los individuos y comunidades". El Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 18 de julio de 2001 (STC 154/2002) y 29 de mayo de 2000 (STC 141/2000), ha declarado que los menores de edad son titulares del derecho a la libertad religiosa. El derecho a la libertad religiosa comprende también el derecho a no profesar religión o creencia alguna, y así lo recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia 46/01, de 15 de febrero de 2002.

En la CDN se señala que: *"la libertad de religión del niño es sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades"* **(art. 14.2)**.

Por otro lado, el art. 1 de la Ley Orgánica 7/80 de 5 de Julio de libertad religiosa establece: *"La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas....

c) elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."

El artículo 6 de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece de forma específica que:

"1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión....

3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral".

La decisión sobre la profesión o no de una creencia religiosa, sobre **la educación religiosa o moral**, así como sobre la guía del niño en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa y de culto **constituye, sin duda, una de las decisiones de patria potestad**. Y las posturas que puedan mantener ambos progenitores resultan igualmente respetables.

Como ha señalado la jurisprudencia, no puede darse una solución generalizada, habrá de analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa cada caso. Para ello habrá de acudir a los usos sociales o familiares o, en su caso, al pacto habido entre las partes o incluso a las propias valoraciones que cada progenitor haga de la cuestión (Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de noviembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de febrero de 2017, entre otros).

CONCLUSIONES

PRIMERA. - La primera de todas estas conclusiones no puede ser otra que la necesidad que ha supuesto la introducción de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, habida cuenta de que sea, quizás, la novedad más importante en los últimos años en cuanto a derecho y justicia se refiere, ya que ello supone una modificación estructural de la jurisdicción en el ámbito del derecho privado entre particulares. Ello se debe a que la nueva ley reforma, ya se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, casi en su integridad la regulación existente hasta entonces la cual data del siglo XIX y, al igual que todo en esta vida, el derecho debe ir acorde a la vida y realidad social en el momento oportuno, puesto que resultaba inviable la aplicación de una legislación de más de 100 años atrás. La presente Ley de jurisdicción voluntaria ha tenido como principal objetivo, y así lo ha conseguido, la desjudicialización de un gran volumen de asuntos que ha permitido a los juzgados verse liberados un importante volumen de trabajo.

Prueba de ello es que, además de los juzgados, se han visto igualmente beneficiados por la misma otros sectores del ámbito jurídico como los notarios o los registradores. Resulta notorio estadísticas públicas que demuestran que los notarios españoles han realizado, desde la entrada de la nueva ley, más de 50000 actos derivados de expedientes de jurisdicción voluntaria sobre las materias respecto a las cuales tienen competencia. Ciertamente es que la gran mayoría de los mismos corresponde a celebración de matrimonios, separaciones o divorcios.

SEGUNDA. - Como segunda de las conclusiones, este autor no comparte la denominación propia de la jurisdicción voluntaria puesto que, como así ha sido recogido, cuanto menos voluntariedad no existe.

Por lo tanto, bajo mi juicio, no se puede estar de acuerdo con la propia definición de la Ley de jurisdicción voluntaria, la cual define ésta como toda aquella intervención de un órgano jurisdiccional para dilucidar y dividir una cuestión siempre que no exista controversia entre las partes.

Esta opinión queda respaldada en tanto en cuanto el conflicto entre las partes existe desde un principio. A diferencia de lo expuesto por Manresa Navarro, quién transmite que se entiende por jurisdicción voluntaria aquella que se inicia su solicitud de una parte, que se hayan de acuerdo conforme a una medida, y que únicamente acuden a la jurisdicción voluntaria en busca del Ministerio del juez. La práctica demuestra y seguirá demostrando que el conflicto existe desde un primer momento, así como el desacuerdo entre las partes y que, al igual que en la jurisdicción contenciosa, una parte gana y otra parte pierde, puesto que no ve plasma su pretensión.

Por lo tanto, para este autor la diferencia entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa, en el caso de existir, sería cuanto menos mínima. El principal beneficio que otorga la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria en comparación con la jurisdicción contenciosa no es otro que la rapidez que del mismo se desprende, permitiendo adoptar medidas de carácter urgente de manera autónoma, ya que si las mismas se tramitasen por la vía ordinaria-contenciosa se tardaría más en adoptar las mismas.

TERCERA. - Como tercera de las conclusiones y la cual considero de mayor trascendencia para el trabajo del presente máster, no puede ser otra que aquella relativa a la intervención de los abogados en los expedientes de jurisdicción voluntaria

Respecto a dicha intervención, como ya se ha expuesto anteriormente, la ley de jurisdicción voluntaria no establece un criterio general, sino que deja la misma en decisión de los ciudadanos y siempre atendiendo al caso concreto. Sin embargo, se puede llegar a deducir que la regla general que se establece en relación con la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria es la no obligatoriedad de intervención de abogado y procurador. En todo caso, dice la ley, que será obligatoria la intervención de los mismos desde que se fórmula oposición o para acudir a la segunda instancia.

En relación con las primeras de las posibilidades, nada que objetar cuando la misma se produce en el período de cinco días recogidos en la LJV y se presenta la misma con firma de abogado y procurador. No obstante, el problema se presenta cuando, durante la celebración de la comparecencia del artículo 18 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en ese mismo momento, se fórmula oposición de forma oral y, por tanto, sin la

intervención de abogado y procurador, incumpliendo así los requisitos para la misma conforme artículo 17 LJV.

Dicha situación no queda contemplada en la ley y, por lo tanto, no se atiende solución alguna. Ergo en estos casos habrá de atenerse al criterio de cada Juez. Quizás, lo más lógico y acorde a derecho sería decretar o acordar la suspensión de dicha comparecencia y requerir, a quien se opuso, que presente el correspondiente escrito de oposición con firma de abogado y procurador. No obstante, he podido comprobar en la práctica cómo los jueces deciden aceptar los argumentos esgrimidos por la parte que presentó la oposición en el acto de la vista, ya que en virtud del artículo 85.2 LJV el Juez podrá acordar las diligencias que considere oportunas, lo cual merma claramente la intervención del abogado.

Concluir exponiendo que, al igual que la Ley determina con carácter general que los asuntos en materia de personas deberán ser tramitados por el Juez y no el LAJ ni otros agentes jurídicos, debería haber fijado, en los mismos, la intervención de Abogado y Procurador como obligatoria.

BIBLIOGRAFIA

- **BANACLOCHE PALAO, JULIO:** “Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio.
- **CIRCULAR DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO 9/2015**, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.
- **DIAZ BARBERO, A.** “Estudio Práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.
- **FERNANDEZ DE BUJAN, A.** “La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 755, mayo-junio, pág. 1344.
- **FERNANDEZ GIL, C.** “Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria”. Tecnos, 2018. Pág 63.
- **GONZALEZ DEL POZO, JP,** “Las medidas cautelares en el Derecho de Familia” en Manual práctico de medidas cautelares. Procesos constitucionales ordinarios y especiales. Ed. Comares Granada 2000.
- **IZQUIERDO BLANCO Y PICO I JUNOY.** Jurisdicción voluntaria. Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos. Editorial Bosch, 2016.
- **LIEBANA ORTIZ JR y PEREZ ESCALONADA, SUSANA:** “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, Aranzadi, Cizur Menor, ,2015.
- **LINACERO DE LA FUENTE:** Protección jurídica del menor, Montecorvo, 2001, págs. 60-65; Derecho Civil I, Tirant lo Blanch, 2013.
- **LUDEÑA BENITEZ, OSCAR DANIEL.** “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal de la Ley 15/2015, de 2 de julio”. Revista de derecho procesal civil y mercantil, ISSN 1697-7069, N° 116, 2015, pág.2.
- **MANRESA Y NAVARRO, J, M:** Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada. Tomo I, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1856.
- **PEREZ MORENO, JOSE ARTURO.** “La jurisdicción Voluntaria: algunas ideas ante la Ley 15/2015. [http://www.abogacia.es/2016/02/04/la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-algunas-ideas-ante-la-ley-152015/.](http://www.abogacia.es/2016/02/04/la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-algunas-ideas-ante-la-ley-152015/)”

- **PIELTAIN CEGARRA, M.** “Protección de Menores en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”. Fiscalía Provincial de Madrid, Alcobendas.
- **PLANES MORENO M^a D.** “Los procesos de familia: Una visión judicial”. 2^a Edición, Madrid 2009 Colex. [SP/DOCT/17621] Encuesta jurídica. Junio 2013. Coordinadora: Pilar González Vicente. Magistrada de la Sección 22^a, de Familia, de la Audiencia Provincial de Madrid.