



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 3/1986, de 15 de diciembre, intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

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

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

- Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.
- LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de violencia de género que atribuye competencias en estos procesos en algunos casos a los juzgados de violencia sobre la mujer, creados por esta misma normativa, artículos 87 bis y 87 ter ley orgánica del poder judicial.
- Ley 15/2005, de 28 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.
- CCAA con legislación propia: Código de Cataluña, de Aragón, Legislación Foral Navarra y Ley Valenciana.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

En custodia compartida, STC 185/2012, de 17 de octubre, que declara inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del apartado 8 del art. 92 CC,

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular 1/2001, de intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil

Afectación por el cambio de legislación apuntado.

FICHA ELABORADA POR: Fiscalía del Tribunal Supremo. Civil

TEXTO DE LA CIRCULAR ANALIZADA

Circular 3/1986, intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio.

I

Con independencia de que la posición del Ministerio Fiscal adquiriera un especial relieve en la esfera del procedimiento penal en cuanto titular de esta acción, es manifiesta también su intervención en muy diversas materias del Derecho privado (derechos reales, derecho de obligaciones, derecho de sucesiones) pero sobre todo en el derecho de las personas (capacidad y representación) y en el derecho de familia.

Relativamente al derecho de las personas, está legitimado tanto para promover la declaración judicial de incapacidad (art. 203 del Código Civil) como para instar su modificación o dejarla sin efecto (arts. 212 y 213), siendo imprescindible su intervención en todos estos procesos aunque no haya sido su promotor (art. 206), así como en el que da lugar al internamiento de presuntos incapaces sujetos a autorización judicial (art. 211). Y en la actual ordenación de la tutela que introdujo la Ley de 24 de octubre de 1983, se asigna al Ministerio Fiscal una importante intervención como colaborador del Juez y promotor de la Justicia, en defensa de los menores e incapacitados; esta intervención tiene las siguientes manifestaciones: promueve la constitución de la tutela (art. 228), es órgano receptor de noticias, de hechos determinantes de aquella (art. 230), insta al Juez *para* la vigilancia de la tutela (art. 232), promueve la remoción del tutor (art. 248), interviene en la formación del inventario (art. 264), y debe ser oído por el Juez antes *de* autorizar al tutor la realización de actos o negocios jurídicos para los que precise este requisito (art. 273); pide la declaración de prodigalidad que da lugar a la curatela (art. 294), y si la hubieran instado los representantes legales representará al demandado (art. 295), y, en fin, a instancia del Ministerio Fiscal se nombra defensor judicial cuando exista conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o el curador (art. 169, 300).

En el derecho familiar personal, la actividad del Ministerio Fiscal se proyecta sobre la generalidad de sus instituciones.

En materia de filiación y patria potestad destacamos lo siguiente: interviene en el reconocimiento de la filiación no matrimonial hecho por incapaces o menores de edad (arts. 121 y 124 del Código Civil), en la determinación de la filiación no matrimonial cuando los progenitores sean hermanos o consanguíneos en línea recta (art. 125), está legitimado para ejercitar las acciones de filiación que corresponden a menores o incapacitados (art. 129) y para impugnar la filiación (art. 137); interviene en los expedientes de adopción (art. 173) y se halla facultado para instar la extinción de la adopción (art. 173, 3). Promueve el nombramiento de defensor judicial de menores (art.

163), interviene en las autorizaciones a los padres para enajenar o gravar bienes inmuebles o transigir sobre los derechos de sus hijos menores (art. 166), en la constitución de la hipoteca legal que deban establecer los padres para asegurar los bienes de sus hijos menores (art. 190 de la Ley Hipotecaria) e insta lo necesario para asegurar los bienes de los hijos cuando la administración de los *padres* los ponga en peligro (art. 167 del Código Civil).

A esta relación, incompleta por supuesto, sobre intervención del Ministerio Fiscal en el derecho de las personas y de familia, hay que agregar la determinada por la Ley de 7 de julio de 1981 en orden a los procesos de nulidad, separación y divorcio. Precisamente la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de separación y divorcio forma el objeto de la presente Circular. Su causa está en el hecho de haber llegado a conocimiento de esta Fiscalía que el comportamiento jurídico-procesal del Ministerio Fiscal en ellos no es siempre uniforme ante unas mismas cuestiones sustantivas y procesales. Esta situación, evidentemente, no puede mantenerse por ser contraria al principio de unidad, a cuyo tenor es esencial que en su actuación práctica el Ministerio Fiscal sujete a criterios análogos tanto la forma de los actos impulsores de los procedimientos matrimoniales como el contenido de las plurales peticiones en los órdenes personal, familiar o patrimonial cuestionadas en la litis, por lo que ya sea contestando las demandas o interviniendo en el convenio regulador, el Ministerio Fiscal deberá mostrarse en actitud analítica y no meramente formularia, activo en la fase probatoria y observador y crítico ante las resoluciones judiciales, utilizando, en su caso, los medios legales de impugnación reconocidos. La finalidad perseguida por las instrucciones aquí contenidas no es otra que marcar las líneas orientativas en la interpretación de unas materias en las que, por entrecruzarse intereses contrapuestos, el Ministerio Fiscal debe, con absoluta objetividad, hacer que prevalezcan los más necesitados de protección, pues de esta manera quedará amparada al propio tiempo la legalidad, de la que somos los más cualificados defensores.

II

El artículo 3, 6.º, del Estatuto enumera entre las funciones del Ministerio Fiscal, la de «tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil». Los que tienen por objeto la extinción de la comunidad conyugal revisten esa naturaleza, pero pese a tratarse de procesos con un marcado interés público, el Ministerio Fiscal no es siempre parte de los de separación y divorcio, sino que su intervención se condiciona a la concurrencia de las circunstancias que recoge la disposición adicional 8.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 en estos términos: «... será parte el Ministerio Fiscal siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes». Cumplidas tales exigencias, el Ministerio Fiscal es parte de los procedimientos referidos con los mismos poderes o facultades concedidas a las demás partes, aunque, ciertamente, su actuación general responda a un interés público superior.

Las particularidades de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio regulados en las disposiciones adicionales 5 y 6 de la Ley de 7 de julio de 1981, se exponen en tres órdenes: el formal-jurídico, el sustancial y el práctico.

A) EN EL ORDEN FORMAL JURÍDICO

Hay que distinguir los siguientes supuestos.

1. Demandas de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por los cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

El procedimiento está regulado en la disposición adicional 6.^a sin que se haya modificado por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, a pesar de lo que establecía el encabezamiento de las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, concebido así: «en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se observarán las siguientes reglas procesales». La característica esencial del procedimiento es que con la demanda, junto a los documentos que enumera el apartado 3 de la disposición adicional, se acompañará un convenio regulador con el contenido expresado en el artículo 90 del Código Civil. La intensidad de la intervención del Ministerio Fiscal es variable al estar en función de que existan o no hijos menores o incapacitados. Una intervención cualificada se observa en los párrafos 6 y 11 de esta disposición adicional, cuando haya en el matrimonio hijos menores o incapacitados. Pero aun faltando estos hijos el Ministerio Fiscal puede ser parte en el proceso si nos atenemos a la formulación común de la disposición adicional 8.^a. De ahí el que sea necesario distinguir:

a) *Caso de que no existan hijos menores o incapacitados.* En la disposición adicional 6.^a vienen a contraponerse dos procesos distintos según que existan o no hijos menores o incapacitados. En caso positivo, la regulación es más particularizada, mencionándose expresamente al Ministerio Fiscal; pero si no existieren, no por ello el Ministerio Fiscal estará excluido, sin más, del proceso, sino que su intervención se derivará de la disposición adicional 8.^a de cuya exacta interpretación se obtiene lo siguiente: el Ministerio Fiscal intervendrá en concepto de parte pasiva en todos los actos constitutivos del proceso —aún faltando hijos menores incapacitados— *siempre que alguno de los cónyuges fuere menor, incapacitado o se hallare ausente, o cuando sin concurrir tales circunstancias en los cónyuges, algún hijo estuviere declarado ausente.* Solo si faltan todos los presupuestos referidos a cónyuges e hijos, el Ministerio Fiscal no será parte en el proceso.

Partiendo de su presencia en el proceso, la naturaleza no contradictoria del mismo —de acuerdo con él los cónyuges e incluso con la facultad de servirse de un mismo Abogado y Procurador— no significa que el Ministerio Fiscal deje de examinar detalladamente la petición, de la que se le dará traslado una vez que el Juez la haya admitido a trámite en virtud de auto motivado. Con aquella, y junto a los documentos generales (disposición adicional 6.^a, párrafo 2), han de aportarse los que sirven de fundamento al derecho, así como aquel en que se incorpore la propuesta de convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio.

La aportación documental imprescindible variará según cuáles sean las causas de separación o divorcio. En el supuesto de que se inste la separación al amparo del artículo 81, 1, será precisa acta o inscripción de matrimonio acreditativa de que este se ha celebrado al menos un año antes. En la hipótesis de demandas de divorcio, hay que distinguir, pues si se fundan en el artículo 86, 1 y 2, es imprescindible la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio que acredite la interposición de la demanda de separación, y si se construyen sobre el artículo 86, 3, a), es necesaria la resolución judicial o cualquier otro documento que acredite el derecho. En los demás casos en que haya acuerdo en la petición de separación o divorcio, deberán acompañarse los documentos que lo justifiquen.

b) *Caso de que existan hijos menores o incapacitados.* La variación fundamental es que aquí, a la intervención

genérica del Ministerio Fiscal como parte en el proceso, se une la específica nacida de la inexcusabilidad de su informe sobre los términos del convenio regulador que afecten a los hijos. Pero existen muy diversos momentos de la intervención en el convenio. Efectivamente, el Ministerio Fiscal interviene en las siguientes fases: aprobación del convenio, modificación, constitución de uno nuevo y extinción.

a') *Intervención del Ministerio Fiscal en la aprobación del convenio propuesto por los cónyuges.* Trata esta materia el apartado 6 de la disposición adicional en examen. El ámbito de la intervención del Ministerio Fiscal en el convenio se reduce a los acuerdos o propuestas que hagan referencia a los hijos, pero no a los demás. Si el Ministerio Fiscal entiende que en el convenio se ampara suficientemente a los hijos, instará su aprobación; mas en el contenido de su informe mostrará su oposición a la aprobación judicial si el convenio no ampara el interés de los hijos, o, como dice el artículo 90, párrafo tercero, del Código Civil, si es dañoso para estos (excesivo apartamiento de uno de los cónyuges en el régimen de visitas salvo causa justificada, insuficiencia del régimen de alimentos, etc.). Y si es rechazado el convenio originario por el Juez, intervendrá también en el procedimiento para la aprobación de nuevos textos del convenio, posibilidad prevista en el inciso último del párrafo sexto y en el párrafo séptimo de la disposición adicional 6.^a.

b') *Intervención del Ministerio Fiscal en la modificación del convenio aprobado por el Juez.* Este supuesto es el comprendido en el apartado octavo de la disposición adicional 6.^a y en el artículo 90, penúltimo párrafo, del Código Civil. El incidente para obtener la modificación del convenio es paralelo al encaminado a obtener su aprobación. La modificación del convenio procederá tanto si se refiere a medidas adoptadas por el Juez en defecto de acuerdo, como si se trata de las medidas convenidas por los cónyuges (art. 91 del Código Civil). La causa de este procedimiento o incidente de modificación es la variación o alteración sustancial de las circunstancias (disposición adicional 6.^a, apartado ocho, y artículo 90, párrafo penúltimo, del Código Civil).

c') *Intervención del Ministerio Fiscal en la constitución de un nuevo convenio sustituyendo íntegramente al anterior.* La intervención aquí es máxima. Si en los anteriores casos el Ministerio Fiscal promueve la aprobación o se opone a la admisión de un convenio cuya redacción primaria o su modificación fue obra personal de los cónyuges, en este supuesto está expresamente legitimado para solicitar del Juez la aprobación de un nuevo convenio cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad (disposición adicional 6.^a, apartado once).

d') *Intervención del Ministerio Fiscal en la extinción del convenio.* Este tipo de intervención no está expresamente previsto en la disposición adicional 6.^a. Mas es indudable que los efectos del convenio se extinguirán cuando cese la situación personal determinante (extinción de la patria potestad, mayoría de edad, etc.). ¿Se precisa de un procedimiento en sentido técnico para obtener la declaración de extinción de las medidas acordadas en el convenio regulador? Si no está regulado un propio procedimiento dirigido a extinguir los efectos del convenio, es lo cierto que el Código Civil admite un supuesto especial: el derivado de los efectos de la reconciliación. La reconciliación produce efectos tanto en la separación como en el divorcio.

a") *En la separación.* Si la sentencia de separación lleva aparejada la suspensión de la vida en común de los casados (art. 83 del Código Civil), la reconciliación presupone la reanudación de la convivencia. Ahora bien, ¿la

reconciliación produce efectos extintivos sobre el convenio regulador? La norma general extraída del artículo 84, inciso primero, del Código Civil, es *que* la reconciliación deja sin efecto lo resuelto en la esfera personal. Y para que surjan los efectos extintivos basta con que los cónyuges pongan en conocimiento del Juez el hecho de la reconciliación. Parece que los efectos son automáticos, por lo que bastaría el acto de comunicación y su ratificación ante el Juez que conoció del procedimiento. No es imaginable, en principio, la intervención del Ministerio Fiscal. Mas esta solución por simplista, no parece correcta. Es cierto que a la reconciliación se anudan efectos *ex re* o automáticos en el orden estrictamente personal en cuanto supone la reanudación de la vida conyugal, pero no sucede así en los otros órdenes, especialmente en el familiar. De ahí el que el artículo 84, párrafo segundo, del Código Civil, haga compatibles la reconciliación y el mantenimiento del convenio. En definitiva, a pesar de la reconciliación, las medidas adoptadas en el procedimiento de separación con relación a los hijos pueden permanecer en todo o en parte. Así, en el artículo 84, párrafo segundo, se reconoce el mantenimiento o la modificación de esas medidas no obstante haber mediado reconciliación. Para ello es imprescindible, en un orden sustancial, la existencia de una justa causa, y en un orden procesal, resolución del Juez. Y si el Ministerio Fiscal interviene en la modificación del convenio subsistiendo la separación (disposición adicional 6.^a, apartado octavo), también deberá intervenir en la modificación de las medidas del convenio coexistente con la reanudación de la vida conyugal.

b") *En el divorcio*. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales (art. 88, párrafo 2.º, del Código Civil), si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio. Ello significa que el convenio permanecerá con la reconciliación expresa. Sin embargo, parece que en virtud de justa causa o por la concurrencia de especiales circunstancias, debe proceder la modificación del convenio, para la que, obviamente, estará legitimado el Ministerio Fiscal. Si contraen nuevo matrimonio tras la reconciliación el convenio anterior se extingue.

2. Demandas de separación o divorcio instadas sin que haya mediado acuerdo entre los cónyuges o sin que uno de ellos haya prestado su adhesión a la decisión del otro.

En estos procesos, sustanciados en la forma prevista para los incidentes con ciertas modificaciones (disposición adicional 5.^a) se aplica la regla general de la disposición adicional 8.^a, por lo que será parte el Ministerio Fiscal cuando alguno de los cónyuges o de sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes. El Ministerio Fiscal contestará la demanda en el plazo de 20 días y en la forma que establece el artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dada la remisión que el párrafo inicial de la disposición adicional 5.^a hace al proceso incidental. La disconformidad con la conducta procesal del actor puede mostrarse total o parcialmente, pues al formularse en la demanda peticiones de distinta naturaleza (unas sobre la existencia de las causas de separación o divorcio y otras sobre los efectos personales y patrimoniales) en la contestación puede impugnarse la situación matrimonial o solo sus efectos en la forma en que se solicitan. Tal disconformidad hará que en el suplico se pida la absolución de la demanda. Por último, en la contestación, y por medio de otrosí si hay discrepancias con la tesis del actor, se solicitará el recibimiento a prueba si no lo ha pedido el actor, pues en otro caso el Juez, sin más trámites, mandará traer los autos a la vista para sentencia (art. 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Los medios de prueba a utilizar serán cualesquiera de los enumerados en los artículos 578

de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 1.215 del Código Civil, incluso la de confesión, aunque con juramento indecisorio (art. 1.237 del Código Civil), y con la particularidad en la testifical (apartado h de la disposición adicional) de que no rige el artículo 1.247 del Código Civil, admitiéndose, por tanto, el testimonio de los declarados inhábiles.

En el procedimiento de esta disposición adicional 5.^a, los interesados no aportan con la demanda el *convenio regulador con contenido legalmente predeterminado*, puesto que solo es exigible en los procesos de separación o divorcio por mutuo acuerdo (arts. 81, 1, y 86, párrafo último, del Código Civil), pero nada obsta a que iniciándose el proceso *sin acuerdo sobre la separación o el divorcio* pueda haber *acuerdo de los cónyuges sobre medidas a adoptar* referentes a las personas, los bienes o la sociedad conyugal (arts. 91, 96 y 103 del Código Civil). Dándose los requisitos que condicionan la intervención del Ministerio Fiscal en este proceso, parece que será una formalidad sustancial del mismo que se le dé traslado de ese *voluntario acuerdo conyugal*, que persigue análogos efectos al *convenio regulador legal*, antes de que sea aprobado judicialmente, pues es manifiesto que su contenido no tiene por qué coincidir con el aprobado en fase de medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil, cuya vigencia, además, termina con la conclusión del proceso por sentencia (art. 106, párrafo primero).

No es, sin embargo, un supuesto de intervención en el *acuerdo conyugal* sino de intervención en el *convenio regulador*, el derivado del apartado k) de la disposición adicional 5.^a, que permite a las partes, en cualquier momento del proceso que desarrolla, solicitar que continúe el procedimiento de la disposición adicional 6.^a si concurren los requisitos señalados en ella; es evidente que el Ministerio Fiscal intervendrá en la aprobación de este convenio porque el cambio del procedimiento implica la suspensión o finalización del proceso de la disposición adicional 5.^a sin que continúen los trámites que resten conforme al de la disposición adicional 6.^a, sino que a la suspensión deberá seguir la apertura, con todos sus trámites, de un nuevo procedimiento.

3. *Medidas provisionales coetáneas a los procesos de separación y divorcio.*

La disposición adicional 4.^a, párrafo segundo, expresa que las resoluciones a que hace referencia el artículo 103 del Código Civil, se dictarán por los trámites de los artículos 1.986 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las medidas del citado artículo 103 se adoptan judicialmente a falta del acuerdo de ambos cónyuges, y terminan cuando se dicte sentencia firme en los procesos de nulidad, separación o divorcio (art. 106 del Código Civil). Pero en estas resoluciones definitivas pueden confirmarse las medidas provisionales vigentes durante la tramitación del proceso o ser sustituidas por otras, susceptibles también de modificación cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (art. 91, párrafo último, del Código Civil). De la remisión que la disposición adicional 4.^a hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil se infiere que en el proceso de adopción de esas medidas interviene el Ministerio Fiscal, dado que entre las normas remitidas se hallan los artículos 1.897, 1.899 y 1.900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ellos es ineliminable la presencia del Ministerio Fiscal. ¿Pero en cualquier caso? Por lo pronto, y en ocasiones concretas, está legitimado incluso para solicitarlas, pues de tal cualidad está investido quien tenga un interés directo capaz de ejercitar la acción de nulidad matrimonial, y en el Ministerio Fiscal *concorre en* los casos de los artículos 74 y 75 del Código Civil. Si las medidas han sido instadas por los cónyuges, el Ministerio Fiscal deberá ser citado a una comparecencia (art. 1.897 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil) en la que se le oirá así como a las otras partes (art. 1.899 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), dictándose seguidamente auto contra el que el Ministerio Fiscal podrá formular oposición *en* el plazo de ocho días (art. 1.900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Resulta claro que conforme a la literalidad de todas estas normas, la intervención del Ministerio Fiscal es incondicionada, en tanto que, como reiteradamente hemos observado, la disposición adicional 8.^a la subordina a que alguno de los cónyuges o hijos sean menores, incapacitados o ausentes. Parece que si las medidas fueren subsidiarias del convenio regulador o del acuerdo entre los cónyuges y en estos solo interviene el Ministerio Fiscal limitadamente, debe darse preferencia a la disposición adicional 8.^a.

Las medidas provisionales, que se originan con la admisión de la demanda (art. 103 del Código Civil), son modificables incluso durante la tramitación del proceso respectivo, y por consiguiente antes de su eventual transformación en definitivas en virtud de sentencia; modificación que, por lo demás, ha de basarse en hechos posteriores a su adopción (art. 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) siempre que sean relevantes atendida la realidad subyacente que las determinó. El procedimiento para la modificación ha de acomodarse *al modo* y forma previstos en el artículo 1.900 (art. 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que resulta necesaria la intervención del Ministerio Fiscal. En cuanto *al tiempo*, el artículo 1.900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede un plazo perentorio de ocho días a contar desde la firmeza del auto que acordó las medidas para poder instar la oposición; pero este plazo para promover la oposición no rige en el procedimiento de modificación. El auto dictado al amparo del artículo 1.899 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede recurrirse de dos modos: sin alegar hechos nuevos, en cuyo caso se concede a las partes un plazo de caducidad perfectamente determinado de ocho días, o alegando hechos nuevos, supuesto en que la impugnación no se subordina a ese plazo perentorio. Precisamente por ello, el artículo 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afirma que regirá el artículo 1.900 solo en cuanto *al modo y a la forma* pero excluye *el tiempo*, razón por la cual la modificabilidad de las medidas es posible en cualquier instante comprendido entre la firmeza del auto y la firmeza de la sentencia recaída en el proceso principal.

4. Los recursos devolutivos en los procesos de separación y divorcio

a) *Procesos en los que ha mediado acuerdo entre los cónyuges para su iniciación.* Contra el auto de inadmisión de la demanda está previsto el recurso de apelación (disposición adicional 6.^a, apartado quinto).

La sentencia que se pronuncie sobre la separación o divorcio, puede ser objeto del recurso de apelación (apartados siete y diez de la disposición adicional 6.^a) ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

El auto ratificador del convenio (disposición adicional 6.^a, inciso siete) así como las resoluciones sobre modificación (párrafo ocho) o aprobación de un nuevo convenio (párrafo once), pueden ser recurridas en apelación. Todas estas apelaciones se tramitarán siguiendo el cauce de los artículos 887-901 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dada la remisión que la disposición adicional 6.^a hace al procedimiento incidental en sus apartados nueve y catorce.

b) *Procesos causales o sin acuerdo entre los cónyuges.* Dado que la disposición adicional 5.^a remite al procedimiento incidental como sustitutorio, se dará el recurso de apelación (art. 758, párrafo segundo, de la Ley

de Enjuiciamiento Civil) contra la sentencia que dicte el Juzgado de Familia (Real Decreto de 3 de julio de 1981) o, en su caso, el de 1.ª Instancia competente (disposición adicional 3.ª), recurso del que conocerán las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales por el trámite de los artículos 887-901 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, y tanto si se ha seguido el procedimiento de la disposición adicional 5.ª como si se ha observado el de la 6.ª, las sentencias dictadas son apelables, y, en ambos efectos, conforme al artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al tiempo de la redacción de la Ley 30/1981, de 7 de julio, mientras que las apelaciones contra los autos derivados del convenio debían serlo en un solo efecto, tanto porque nada se especifica en la disposición adicional 6.ª como porque no ponen término al juicio ni hacen imposible su continuación (arts. 383 y 384, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero la Ley 34/1984, de 6 de agosto, ha modificado el artículo 758, estableciendo que las sentencias recaídas en un proceso incidental serán apelables en un solo efecto, lo que supone una excepción a la regla general de que las apelaciones han de admitirse en ambos efectos (art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El recurso de casación se admite a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de ley (disposición adicional 5.ª, regla j). Mas acontece que tanto el originario artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el 1.718 sustituto de aquel y procedente de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, facultan al Ministerio Fiscal a interponer el recurso de casación en interés de ley *solo en los pleitos en que no haya sido parte*, y es lo cierto que en los procesos de separación, divorcio y nulidad es parte en determinadas situaciones, por lo que, en interpretación sistemática, la legitimación del Ministerio Fiscal en interés de ley, solo lo sería en los procesos en *que ni* los cónyuges ni los hijos fueren menores, incapacitados o ausentes. Hay que entender, sin embargo, que, en cualesquiera de estos procedimientos, el Ministerio Fiscal puede interponer tal recurso. De un lado, porque una de sus funciones básicas es la defensa de la legalidad general según se expresa en el artículo 124 de la Constitución, principio que no puede ser recortado por leyes ordinarias, razón por la cual el recurso en interés de ley debe extenderse a todos los supuestos de sentencias recaídas en procesos de separación y divorcio; y de otro lado, porque la regla j) de la disposición adicional 5.ª es norma especial respecto al artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) *Procesos sobre medidas provisionales coincidentes con las demandas de separación y divorcio*. La disposición adicional 4.ª, párrafo segundo, remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.896 y siguientes) y en ella se determina que contra el auto que pone término al procedimiento de medidas provisionales no se dará recurso alguno (art. 1.900), pero la parte que se crea perjudicada en su derecho y el Ministerio Fiscal podrán formular oposición ante el mismo Juez por los trámites y con los recursos de los incidentes, lo que significa que en este proceso de oposición se dará recurso de apelación, y precisamente ante la Audiencia Provincial (art. 1.º de la Ley de 20 de junio de 1968 y art. 82, 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

B) EN EL ORDEN MATERIAL O SUSTANCIAL

Aquí examinamos esquemáticamente el modo de proyectarse la intervención del Ministerio Fiscal en las medidas que puedan adoptarse en los procesos matrimoniales.

1. Medidas consecutivas a la admisión de la demanda

Unas son automáticas y producen sus efectos por ministerio de la ley (art. 102 del Código Civil) y otras son acordadas por el Juez (art. 103 del Código Civil), salvo cuando haya acuerdo entre las partes, en cuyo caso serán las del convenio regulador.

a) *Medidas adoptadas por acuerdo.* La Ley da primacía al acuerdo de los cónyuges para que sean ellos los que adopten las bases que ordenen su nueva situación mediante el llamado convenio regulador (arts. 81 y 86), que presenta un aspecto procesal y otro material. En el orden procesal, como ya se ha indicado, constituye un presupuesto necesario para la admisión a trámite de las demandas de separación y divorcio formuladas de común acuerdo. En el orden material presenta los caracteres de los negocios de derecho de familia y tiene como finalidad regular los efectos de la separación y divorcio, cuyo contenido mínimo viene de antemano prefijado por la norma (art. 90 del Código Civil). Los acuerdos del convenio serán aprobados por el Juez, pero con la audiencia previa del Ministerio Fiscal, que puede ser decisiva para impedir estipulaciones contrarias a los intereses —personales o patrimoniales— de aquellas personas que justifican su intervención. En la realidad práctica, los convenios además del contenido legal mínimo, suelen recoger otras estipulaciones de dudosa validez, reflejo de tensiones propias de las relaciones conyugales rotas, en las que los hijos parecen «propiedad compartida», estableciéndose estancias alternas en casa de uno y otro progenitor, a veces poco espaciadas, con alteración de la estabilidad requerida para la formación y educación de los menores y en su vida afectiva. Otros pactos tratan de asegurar el derecho-deber de cuidar de los hijos con cláusulas penales de singular naturaleza o con *renuncia* a derechos irrenunciables.

Aunque los cónyuges están facultados para acordar las garantías que estimen convenientes a fin de asegurar el cumplimiento del convenio, el Juez también puede adoptar las garantías reales y personales que requiera dicho cumplimiento; consecuentemente, existiendo menores, incapacitados o ausentes, el Ministerio Fiscal cuidará que se adopten las garantías precisas para la efectividad del convenio (personales y reales). Entre las garantías reales se plantea la cuestión de si el Juez podrá adoptar las de hipoteca (inmobiliaria y mobiliaria) y prenda sin desplazamiento, porque las leyes que regulan estas formas de garantía real no admiten las llamadas hipotecas judiciales, sustituidas hoy por las anotaciones preventivas de embargo (arts. 42 de la Ley Hipotecaria y 68 de la Ley de Hipoteca mobiliaria). En consecuencia, el Juez solo podrá acordar el embargo de determinados bienes de los cónyuges y ordenar, en su caso, la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Cabe también la posibilidad de otras formas de garantía atípicas, que, de hecho, pueden garantizar el cumplimiento del convenio, como pudiera ser supeditar el ejercicio de la facultad de visitar a los hijos al hecho de estar al corriente en el pago de la pensión establecida para atender a su alimentación y educación.

b) *Medidas a adoptar por el Juez en defecto de acuerdo.* Admitida la demanda el Juez, a falta de acuerdo de los cónyuges, adoptará con audiencia de estos y del Ministerio Fiscal las medidas que establece el artículo 103 del Código Civil. En la comparecencia que se efectúe a tal efecto, es deseable que se conceda la palabra en último lugar al Ministerio Fiscal a fin de que, con el conocimiento de las posiciones de los cónyuges, pueda formular con más fundamento las peticiones pertinentes.

2. Medidas definitivas

Concluido el procedimiento por sentencia firme, surge un estado de cosas definitivo que precisa adecuada ordenación. En caso de que los interesados (cónyuges o ex cónyuges) no se pongan de acuerdo para regular convencionalmente los efectos de la separación o el divorcio, o en el supuesto de que el acuerdo no sea aprobado, el Juez determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan (art. 91 del Código Civil). Estas medidas pueden acordarse al dictar sentencia o en la fase de su ejecución. En la práctica no es infrecuente dejar la adopción de las medidas definitivas para ejecución de sentencia, sobre todo cuando debe liquidarse el régimen patrimonial matrimonial y en la fase declarativa del proceso no se aportaron los datos necesarios para efectuar la liquidación.

Para el Ministerio Fiscal tienen especial importancia las medidas que resuelvan las cuestiones siguientes:

a) *Patria potestad y cuidado de los hijos.* En la sentencia el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello (art. 92, 3, del Código Civil), como es el caso del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170 del Código Civil). Sin privación de la patria potestad, el Juez podrá acordar, cuando así convenga a los hijos, que sea ejercida, total o parcialmente, por uno solo de los cónyuges, o que el cuidado de los hijos corresponda a uno de los padres, procurando no separar a los hermanos (art. 92, párrafo cuarto, del Código Civil). En este caso la patria potestad estará compartida, aunque se asigne a uno de los padres el cuidado de los hijos.

Aunque el artículo 92 del Código Civil no atribuye al Juez la facultad de encomendar los hijos —en la fase de medidas definitivas— a persona ajena a los padres o a una institución idónea con funciones tutelares, como esta facultad sí se le confiere con carácter excepcional para adoptarla como medida coetánea a la tramitación de la demanda (art. 103, 1), parece razonable que también pueda decidirla al tiempo de dictar sentencia o de ejecutarla, siempre que, ponderando el interés de los hijos, entienda no deban ser confiados a ninguno de los padres.

Cuando el Juez designe el cónyuge a cuyo cuidado quedarán los hijos, deberá tenerse en cuenta el artículo 159 del Código Civil, de manera que los hijos o hijas menores de siete años se confíen a la madre, salvo que por motivos especiales haya de proveerse de otro modo; precepto el citado inspirado en la conveniencia de que los hijos de edad temprana tengan la necesaria asistencia maternal tan precisa para su equilibrio y adecuado desarrollo de la personalidad.

b) *Régimen de visitas a los hijos.* El derecho a visitar los hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía corresponde a quien haya sido apartado de ellos y es titular del mismo, aun cuando haya sido privado de la patria potestad. Como no se trata de un derecho absoluto, el Juez puede limitarle e incluso suspender su ejercicio cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Aunque no figure en el régimen legal del convenio puede estipularse

que el derecho de visita se extienda a otros parientes, ya que el artículo 161, párrafo segundo, del Código Civil establece que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. Tal vez sea este derecho el que ofrezca más dificultades para su efectividad ante los obstáculos que normalmente suele oponer a su ejercicio el progenitor encargado de la custodia de los hijos. Frecuentemente se quebranta y su restablecimiento presenta serias dificultades por falta de medios legales coactivos eficaces.

c) *Alimentos de los hijos.* Ni la separación ni el divorcio eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92, párrafo primero, del Código Civil); una de esas obligaciones es la de alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154); por ello el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar su efectividad (art. 93). La obligación corresponde a ambos progenitores si cuentan con medios económicos, distribuyéndose en proporción al caudal respectivo. El importe se fijará teniendo en cuenta las necesidades del que los recibe y los medios del obligado.

Tienen derecho a alimentos todos los hijos, sean o no matrimoniales, incluso los adoptivos, mientras sean menores de edad o estén incapacitados, a quienes se les haya prorrogado la patria potestad (art. 171 del Código Civil). Tratándose de hijos mayores de edad no incapacitados, la fijación de alimentos no deberá hacerse en procedimiento especial de separación o divorcio, sino en el ordinario que corresponda, como obligación basada en el parentesco, cualquiera que sea la situación matrimonial de los padres.

Las medidas de aseguramiento de la prestación de alimentos pueden ser de distinta naturaleza. El artículo 93 del Código Civil no menciona ninguna en particular, pero el artículo 103, en el marco de las medidas provisionales, acude a garantías, depósitos, retenciones y otras medidas cautelares convenientes. Es claro que para reforzar el cumplimiento de la obligación de alimentos, el Juez podrá exigir la constitución de garantías personales (fianzas, aval), acordar la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles con arreglo a la Ley Hipotecaria, o decidir la retención de sueldos, salarios, rentas, depósitos bancarios, etcétera.

En la acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, cabe igualmente la constitución de cláusulas de estabilización para asegurar el poder adquisitivo de la prestación o la revisión periódica de esta.

d) *Uso de la vivienda familiar.* En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los enseres de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos, y al cónyuge en cuya compañía queden; si parte de los hijos quedaren con uno de los padres y los restantes bajo la custodia del otro, el Juez resolverá lo procedente (art. 96 del Código Civil). Por tanto, a falta de pacto, la atribución del uso de la vivienda familiar ofrece soluciones distintas según existan o no hijos sujetos a la patria potestad. Si se atribuye la custodia de los hijos a uno solo de los cónyuges, la vivienda y los objetos de uso ordinario se asignan a ellos y al cónyuge encargado de su custodia; si los hijos se distribuyen entre ambos, el Juez resolverá lo procedente, pero lo más oportuno será atribuir el uso de la vivienda al grupo (cónyuge e hijos) más necesitado de protección atendidas las circunstancias que concurran en cada caso. En ninguno de estos dos supuestos la norma tiene en cuenta, para asignar el uso de la vivienda y los objetos de uso ordinario, cuál de los cónyuges es el titular de

ellos, sea en concepto de propietario o de arrendatario, a diferencia de lo que sucede cuando no existen hijos.

Esta omisión legal está salvada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986, en la que se concede el amparo solicitado por una esposa —a quien en sentencia de separación le fue asignado el uso de la vivienda familiar— para que se la tuviera por parte en un proceso de desahucio por falta de pago seguido contra su marido que era el titular del contrato de arrendamiento del piso. En tal sentido el Tribunal Constitucional declara que es evidente que el artículo 96 del Código Civil ha creado un litisconsorcio pasivo necesario al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual; la consecuencia procesal es, pues, la necesidad de traer a juicio a los dos para evitar que, ausente uno, pueda este verse afectado sustancialmente en su derecho material (aquí la posesión arrendaticia) por la sentencia dictada contra el otro, con eficacia de cosa juzgada, es decir, con indefensión insubsanable; de ahí, para impedirlo, que la doctrina jurisprudencial haya determinado el deber de apreciar *ex officio* la no llamada al juicio del litisconsorte y declarar mal formada la relación jurídica procesal, sin entrar en el fondo del asunto.

e) *La audiencia a los hijos en la adopción de medidas sobre su guarda.* A toda demanda de separación o divorcio consensual deberá acompañarse propuesta de convenio regulador (arts. 81 y 86 del Código Civil), uno de cuyos extremos esenciales es la determinación de la persona de los cónyuges a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad (art. 90, A); el Juez no está vinculado por el contenido del convenio, y, en consecuencia, podrá homologarlo asumiendo las medidas propuestas o bien rechazarlo motivadamente, si entiende que no ampara los intereses de los hijos (art. 90 del Código Civil y disposición adicional 6.^a, 6, de la Ley de 7 de julio de 1981). En este último caso podrá hacerse una nueva propuesta de convenio para su aprobación si procede, y si tampoco se logra señala el artículo 91 del Código Civil, que en defecto de acuerdo de los cónyuges o de no aprobación del mismo, determinará el Juez las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación a los hijos. El beneficio de los hijos es el dato esencial a ponderar por el Juez en la adopción de las medidas. Ahora bien, ¿a qué atenderá el Juez para concluir que alguna o algunas de las medidas referentes a los hijos van contra sus intereses y son dañosas para los mismos? Es claro que si se aprueba el convenio presentado es porque tanto el Juez como el Ministerio Fiscal —principales valedores y garantes de los intereses de los menores— han entendido que sus cláusulas son ajustadas y no perjudiciales para estos, y que si se ha decidido alterar alguno de los términos adoptando medidas distintas a las propuestas por los cónyuges es porque son más beneficiosas para los necesitados de protección. ¿El examen o exploración de los hijos es preceptivo antes de resolverse judicialmente sobre el cuidado y guarda? Expresa el artículo 92, párrafo segundo, del Código Civil, que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años, agregando el párrafo cuarto de este mismo artículo, que podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro de los padres, procurando no separar a los hermanos, pudiendo para ello recabar el dictamen de los especialistas, concluye el artículo 92. Pues bien, insistimos, ¿esta audiencia de los hijos para la atribución de su guarda, procede en todo caso, o solo en los supuestos de discrepar el Juez de lo propuesto en el convenio regulador?; o lo que es igual, ¿si el Juez estima que las medidas del convenio sobre su guarda beneficia a los hijos ha de oírlos también? La literalidad de la norma lleva

a la conclusión de que las decisiones judiciales del artículo 92 del Código Civil relativas a la guarda de los hijos lo serán solo «en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo» (art. 91), pues solo en estos dos casos —defecto de acuerdo o no aprobación del convenio— es cuando el Juez determinará las medidas establecidas en los artículos siguientes (artículo 91), medidas que, por lo demás, pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (arts. 91, párrafo último, del Código Civil y 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin embargo una interpretación finalista conduce a conclusiones de otra naturaleza. En efecto, el Juez deberá hacer siempre una valoración de los intereses del hijo antes de su asignación a uno u otro de los padres, porque si bien lo normal es que los padres interpreten ajustadamente el interés de los hijos, en ocasiones se ha redactado el convenio atendiendo otros intereses y sin conocimiento de los hijos; de ahí el que, en todos los casos, parezca oportuno explorar la voluntad de los hijos si concurren las circunstancias personales que recoge el artículo 92, párrafo segundo, del Código Civil, aunque, por supuesto, no sea vinculante su parecer por carecer de la formación precisa o estar influenciados por uno de los padres, por lo que, evidentemente, puede resolverse en contra de sus deseos; como complemento, no deberá olvidarse el informe de los especialistas (psicólogos, psiquiatras, educadores), del que puede inferirse también qué será lo más conveniente para el desarrollo de la personalidad de los hijos con independencia de la situación social y económica de cada uno de los padres. Contribuye a que en momento procesal previo a la aprobación del convenio deba oírse a los hijos, la disposición adicional 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, cuya regla 6.ª dispone con carácter imperativo que si hubiere hijos menores o incapacitados se dará audiencia al Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos y, en su caso, dará audiencia a los mismos. Así esta disposición que impone la audiencia de los hijos en todos los procesos iniciados por acuerdo de los cónyuges, viene a coincidir con la del artículo 91, que establece también esa audiencia en defecto de acuerdo de los cónyuges sobre la guarda y custodia de los hijos.

C) ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PRÁCTICA

Como hasta ahora se ha observado, la intervención del Ministerio Fiscal en la mayoría de estos procesos está revestida de facultades análogas a las de las otras partes. La consecuencia es que puede plantear excepciones, promover incidentes, proponer pruebas, recurrir en casación en interés de ley e instar la ejecución de sentencias. En todos los casos su intervención lo es como órgano del Estado que tiene por misión velar en el proceso por los intereses públicos y sociales, y por el de los menores, incapacitados y ausentes que carezcan de un específico sistema de protección. De ahí el que la omisión de la citación o emplazamiento del Ministerio Fiscal para los actos procesales en que deba intervenir por disposición legal determine la nulidad del proceso desde el momento en que se cometió la falta, pudiendo denunciarse en cualquier momento sin necesidad de trámite especial en cuanto se trata de un defecto que debe corregirse de oficio (arts. 238, 3.º, y 240, 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

A este respecto hay que señalar que en la práctica es frecuente que en las demandas de esta naturaleza se exprese el demandado se halla en ignorado paradero sin que tal manifestación se ajuste a la realidad; en estos casos el emplazamiento deberá hacerse por edictos, y como podría constituir una maquinación para evitar la presencia del demandado en el proceso, eliminando de esta manera su derecho de defensa, tal actitud puede ser

causa de posible revisión de la sentencia amparada en el artículo 1.796, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A modo de conclusiones señalamos ahora el normal modo de proceder del Ministerio Fiscal en las diferentes fases de los procesos de separación y divorcio que requieren su intervención, y ello sin perjuicio de la posibilidad —si así lo aconsejan las peculiaridades de cada Fiscalía en razón del número de asuntos y de su plantilla— de introducir alguna modificación, que, en todo caso, se adoptará en las respectivas Juntas, dando cuenta a la Fiscalía General del Estado.

1. En la contestación a las demandas. El Fiscal deberá admitir tan sólo los hechos acreditados documentalmente de modo fehaciente, negándose los demás en

Se pedirá siempre la adopción por el Juez de las medidas relativas a la patria potestad, custodia, visitas y alimentos a los menores, así como las medidas aseguratorias del pago de la pensión y, en general, las comprendidas en los artículos 91 y siguientes del Código Civil. Interesará el recibimiento a prueba y la anotación en el Registro de la Propiedad de las medidas que afecten a la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges.

2. Proposición y práctica de las pruebas. Es esencial la notificación de la apertura y conclusión del periodo de prueba acompañándose al Fiscal copias de las aportadas por las partes.

- En orden a la confesión, el contenido del pliego de posiciones no estará concebido en tono abstracto o genérico, sino que deberá acomodarse a las particularidades que presente cada proceso, analizando para ello con detenimiento la demanda y la contestación de las partes. Siempre se asistirá a la confesión, salvo casos de imposibilidad.
- Cuidará que la exploración de los menores nunca puede identificarse con un interrogatorio porque no se trata de una prueba testifical; es necesaria la intervención en ese acto del Ministerio Fiscal cuando se trate de casos especialmente conflictivos. Nunca se desarrollará en presencia de los padres. Para valorar ajustadamente las manifestaciones del menor 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 muchas ocasiones sus declaraciones están mediatizadas.
- Procurarán que la aportación documental sea completa y para conocer la situación económica de los cónyuges podrá solicitarse la aportación de nóminas, declaraciones de la renta y justificantes análogos.

Cuando sea necesario, para formular una petición de custodia se podrán solicitar informes de conducta de los cónyuges a la Policía Judicial; si el Juez no la admitiere puede hacerse directamente, y aportarse como prueba en el periodo correspondiente, para lo que habrá que solicitar el informe con tiempo suficiente.

- Las preguntas que se formulen a los testigos serán individualizadas, concretándose tan solo a los puntos sobre los que no haya inicialmente acuerdo.
- Como prueba pericial, y siempre que resulte necesario, conviene recabar el asesoramiento de psicólogos

o asistentes sociales. Su dictamen será un elemento más a la hora de formular una petición en orden a la entrega de los menores a uno u otro cónyuge, que habrá de completarse con el resto de datos y también con el sentido común, pero sin «psiquiatrizar» excesivamente esta materia.

3. *Petición de vista.* Si las partes no la pidieren deberá formularse al menos como medio necesario para presentar nota o minuta con las solicitudes concretas que afecten a menores, incapacitados o ausentes, y que, en líneas generales, se sujetarán a las siguientes normas:

- Interesar el ejercicio de la patria potestad conjunta salvo casos muy excepcionales que se hallen debidamente acreditados y justificados.
- Como regla general la custodia de los hijos en edades tempranas conviene que se confíe a la madre, también con excepciones cualificadas. Se evitarán los cambios de custodia siempre que los niños estén encajados, pues suelen ser perjudiciales para el menor. En casos realmente singulares podrá pedirse el ingreso en establecimientos adecuados, o bien la entrega en custodia a otros parientes y allegados.
- El derecho de visita, que se concede al progenitor que no tenga la custodia de los hijos, salvo supuestos excepcionales deberá entenderse en sentido amplio, esto es no la *vista stricto sensu* en casa del titular de la guarda, sino como convivencia del menor con el titular del derecho de visita, ya en su domicilio habitual, ya en el que transitoriamente ocupe; se establecerá de forma y con la periodicidad necesaria para no romper los lazos afectivos de los menores respecto del progenitor con el que no convivan.
- La petición de alimentos para los menores o incapaces se hará numéricamente y con precisión, y deben cubrir los gastos de educación.

4.; *Comparecencias en medidas provisionales.* En las comparecencias ante el Juez (arts. 1.897 y 1.899 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que tienen como finalidad la adopción de las medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil, el Ministerio Fiscal estará presente si fuera posible, o al menos en las que se presuman más trascendentes o conflictivas, emitiendo su dictamen una vez que las demás partes hayan realizado su aportación documental y concluido el informe.

5. *Ejecución de sentencias.* En la fase de ejecución de las sentencias el Ministerio Fiscal debe intervenir emitiendo informe sobre todas aquellas cuestiones que más directamente puedan afectar a los derechos patrimoniales o personales reconocidos a menores o incapacitados. De modo especial en materia de alimentos (satisfacción de alimentos, actualización de pensiones, pensiones atrasadas, etc.) y en las que repercutan en su personalidad o formación (cambios transitorios de custodia, cumplimiento del régimen de visitas, salidas al extranjero, sistema de vacaciones, etc.). Mas existen otro tipo de medidas cuya ejecución o modificabilidad no incide inmediatamente sobre los intereses de los menores, como son, a título enunciativo, negativa de uno de los cónyuges a abandonar el domicilio conyugal, impago de pensiones debidas al cónyuge y en consecuencia órdenes de requerimiento y embargo, liquidación que efectúan las partes por retraso en el pago de las pensiones o su revalorización. Para decidir sobre ellas no será preceptivo el informe del Ministerio Fiscal.

Madrid, 15 de diciembre de 1986.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

