

Los Juzgados de Familia

Por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ

Vicesecretario de la Comisión General de Codificación

SUMARIO: I. *Actualidad del tema.*—II. *El movimiento hacia la creación de Tribunales de Familia en España.*—III. *La creación de los Juzgados de Familia por el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio:* 1. Razones de la creación. 2. Naturaleza y organización de los Juzgados de Familia. 3. Competencia de los Juzgados de Familia. IV. *Conclusión.*

I. ACTUALIDAD DEL TEMA

El tema de la posible creación de Tribunales de Familia ha suscitado en los últimos años, dentro y fuera de España alguna atención doctrinal. Varios civilistas y procesalistas europeos e iberoamericanos han postulado, en efecto, el montaje de órganos judiciales especializados en asuntos de Derecho de Familia, bien a base de fundir tales nuevos Tribunales con los de Menores existentes en la mayoría de los países, bien organizándolos independientemente de estos últimos para coexistir con ellos y ejercer unos y otros competencias distintas. La idea, aunque discutida, ha sido ya llevada a la práctica en algunos países e implica un ensayo importante, aunque sea todavía seguramente prematuro proclamar su éxito o predecir su generalización.

En España, concretamente, el tema de los Tribunales de Familia —tratado en algunos estudios breves y planteado más o menos incidentalmente con ocasión de ciertos trabajos prelegislativos o de determinadas reuniones nacionales relacionadas con la institución familiar— acaba de pasar al primer plano de la actualidad jurídica al crearse por el Ministerio de Justicia, a través del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, algunos Juzgados de Familia.

No supone la reciente disposición una completa y definitiva institucionalización de los Tribunales de Familia en nuestro país, pero sí puede interpretarse como un paso en el camino hacia ella. Por otra parte, el solo hecho de la creación de tales Juzgados —en número por ahora limitado, pero con previsible volumen importante de tra-

bajo en función tanto de las capitales en que funcionarán como de la competencia que se les ha atribuido— les hace acreedores a una cierta atención.

Las presentes notas aspiran meramente a ofrecer una primera aproximación (seguramente superficial y obviamente apresurada: los Juzgados de Familia han iniciado sus actuaciones el día uno del presente mes de septiembre) al estudio de estos órganos. No se afronta aquí, pues, el tema de los Tribunales de Familia en la doctrina extranjera y en el Derecho comparado, que en otras ocasiones he tratado modestamente (1) y que merecerá estudios más amplios en un futuro próximo. Se centran así estas notas en el reciente Real Decreto español, procurando sobre todo señalar en base al mismo las funciones y competencias concretas de los nuevos Juzgados. Previamente, sin embargo, parece conveniente recordar —y así se hace en el epígrafe inmediato— algunas de las manifestaciones que en España había ya tenido el movimiento favorable a la creación de Tribunales de Familia.

II. EL MOVIMIENTO HACIA LA CREACION DE TRIBUNALES DE FAMILIA EN ESPAÑA

En nuestra patria dedicó un ensayo al tema, hace diez años, el profesor García Cantero, quien abogó por la creación de Tribunales especializados en Derecho de Familia. Partía García Cantero de que «la metodología que ha de utilizar el intérprete en general y el Juez en particular en los procesos de Derecho de Familia es muy diversa de la que utiliza en los procesos patrimoniales». «El intérprete —añadía— se enfrenta con la norma con una óptica necesariamente diferente de los demás procesos civiles: está o puede estar en juego el estado civil, la capacidad de obrar de la persona en su plena integridad, y no meramente su patrimonio. Ni siquiera cuando se discuten aspectos patrimoniales familiares, la relación jurídica deja de estar adornada de los caracteres que ostenta el Derecho de familia» (2). Aquellas afirmaciones le conducían a otra: «la necesaria especialización del órgano jurisdiccional». No se trata —advertía— de crear una jurisdicción especial, sino de racionalizar la distribución del trabajo, manteniendo el principio de la unidad de jurisdicción. La existencia

(1) En *Algunas cuestiones actuales del Derecho de familia*, publicado en el *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976, vol. II, pág. 599 ss., y en *La tendencia a la creación de Tribunales de Familia*, en «Boletín del Instituto Interamericano del Niño», núm. 204, marzo 1978, págs. 108-117. Para un balance de razones en pro y en contra de los Tribunales de Familia, vid. el conjunto de trabajos de los juristas argentinos Musia Szmulewicz, Federico Torres Lacroce, Hilda Moreno, Jorge A. Cafferata, Mario H. Pena y Enrique Díaz de Guijarro, publicados bajo coordinación de Félix Lafáindra y con el título *Tribunales de Familia*, en «Jurisprudencia Argentina», núm. 2.481, 1966, págs. 1-6.

(2) G. GARCÍA CANTERO: *El Derecho de familia y el proceso*, Santiago de Compostela, 1971, pág. 20.

de un Juez o Tribunal para todas las cuestiones relacionadas con el Derecho de familia permitiría, a juicio de García Cantero, realizar objetivos como los de ofrecer un criterio sistemático de clasificación a la Ley de Enjuiciamiento civil y al Código civil; plantear la posibilidad de un proceso especial por razón de la materia; unificar, simplificar y perfeccionar la jurisdicción voluntaria en este campo, y permitir la implantación de la tutela de autoridad que podría atribuirse al Juez de Familia. Aceptadas esas premisas, García Cantero se preguntaba qué órgano de los que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales en España convendría especializar en materia familiar. En su opinión «tanto podrían ser los órganos de la Justicia Municipal como los Jueces de Primera Instancia» y «una problemática tercera vía sería transformar a los actuales Tribunales de Menores en Tribunales de Familia, pero ello exigiría alterar sustancialmente la concepción que les ha hecho nacer». «En cualquier caso —concluía— la especialización del órgano debe ser lograda no sólo a través de un estudio en profundidad de los aspectos civiles, penales, canónicos, procesales, internacionales, etc., sino mediante amplios conocimientos auxiliares de Sociología y Medicina que hoy resultan imprescindibles en esta rama del Derecho civil» (3).

En una línea similar se ha situado con posterioridad Fosar Benlloch, quien afirma que «la organización del Cuerpo de Jueces especiales de la familia sería un engranaje más en la compleja máquina que el Derecho administrativo familiar debiera crear para promover el bienestar de la familia», aunque no deja de reconocer las dificultades que la reforma ofrece por los medios materiales que exigiría (4).

Por mi parte me esforcé, al tocar el tema, en poner en relieve tanto las razones en pro de los Tribunales de Familia como los delicados problemas que su constitución plantearía. «Cabe acaso observar —escribí— que la solicitada creación de Jueces o Tribunales de Familia implicaría una reforma tan trascendental como compleja del Derecho español, que habría de traducirse en buen número de normas orgánicas, sustantivas y procesales. Actualmente el conocimiento de los asuntos que pueden ser considerados como de Derecho de familia corresponden según los casos, a la jurisdicción eclesiástica, a la jurisdicción ordinaria (v a través de la Justicia Municipal, va de los Juzgados de Primera Instancia) v a la Jurisdicción de Menores. Reducir todos o parte de aquellos asuntos a un solo órgano jurisdiccional supone obvios problemas. Por otra parte cabe plantearse la duda de si aquel órgano nuevo estaría siempre en mejores condiciones para actuar con acierto: la especialización entrafía también sus peligros y en los «procesos familiares» no dejan a veces de incidir cuestiones puramente patrimoniales, del mismo modo que con las instituciones del Derecho de familia se enlazan frecuentemente otras

(3) G. GARCÍA CANTERO: *Op. cit.*, págs. 22-24.

(4) E. FOSAR BENLLOCH: *Notas para una introducción al Derecho de familia*, págs. 1.151-1.152.

pertenecientes a distintas parcelas del Derecho civil. La atribución de competencia puede ser, pues, delicada. El tema, con todo, está ya planteado, como hemos visto, en la actualidad jurídica española y cabe suponer que seguirá siendo objeto de ulterior estudio en un futuro próximo, tanto a nivel doctrinal como a nivel ya de posibles trabajos prelegislativos» (5).

Al margen de la doctrina, el tema se ha planteado, como ya señalé, en algunas reuniones de ámbito nacional consagradas al estudio y defensa de la institución familiar. Así, en el III Congreso Nacional de la Familia Española, celebrado en Madrid durante el mes de junio de 1975, el profesor García Cantero abogó por la creación de Tribunales de Familia y, a propuesta suya, el Congreso acordó —y así lo recogió una de las conclusiones— solicitar «la creación de Jueces o Tribunales de Familia que, salvando la unidad jurisdiccional, tengan competencia para el conocimiento de todos los pleitos civiles de naturaleza familiar». Posteriormente, y ya durante la vigencia de la Constitución de 1978, en las Jornadas Nacionales sobre Familia y Constitución que, organizadas por el Ministerio de Cultura a través de la Dirección General de Desarrollo Comunitario (y, más concretamente, por medio de la Subdirección General de la Familia) se celebraron en Madrid durante los días 18, 19 y 20 de enero de 1979, se planteó incidentalmente el tema de los Tribunales de Familia y tuve ocasión, como representante del Ministerio de Justicia, de resumir el estado de la cuestión, sin que entre los numerosos participantes se manifestaran corrientes radicales en pro o en contra de tales órganos.

A lo largo de los años 1979 y 1980 los trabajos legislativos intensos llevados a cabo en las Cortes Generales para la reforma del Derecho de familia —continuación y coronación de los prelegislativos anteriormente desarrollados en el marco del Ministerio de Justicia y concretamente en la Comisión General de Codificación—, así como los trabajos, todavía no concluidos, para la elaboración de la Ley Orgánica del Poder Judicial hicieron que se planteara frecuentemente el tema de la posible instauración en España de Tribunales de Familia.

A lo largo de aquel período ha sido perceptible en varios momentos un clima favorable a la creación de Tribunales de Familia. Y, en esa línea, a la reciente e importante ley 11/1981, de 13 de mayo, modificadora del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen del matrimonio se le incorporará una disposición final que dice: «El Gobierno, en el plazo de seis meses, dispondrá la creación y puesta en marcha del número de Juzgados de Primera Instancia necesarios, en las capitales en que se hallase separada la jurisdicción civil de la penal, que por su población y número de actuaciones relativas al Derecho de familia lo requieran, los cuales conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en el título VII del libro I del Código civil».

(5) *La tendencia a la creación de Tribunales de Familia*, cit., pág. 114.

III. LA CREACION DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA POR EL REAL DECRETO 1322/1981, DE 3 DE JULIO

El mandato contenido en la transcrita disposición final de la ley 11/1981 ha sido cumplido por el Ministerio de Justicia a través del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 8 de julio. Veamos su fundamento y alcance.

1. *Razones de la creación.*—El preámbulo del Real Decreto recuerda en sus palabras iniciales el aludido mandato de las Cortes al Gobierno, del que se derivaba obviamente la licitud y aun la obligación para el Ministerio de Justicia de proveer al montaje de Juzgados especializados para el conocimiento de las actuaciones previstas en el título VII del libro I del Código civil (es decir, las relativas a patria potestad).

Pero hay también otra razón que ha pesado en el ánimo del Ministerio al proceder a la creación y puesta en marcha de los Juzgados que ordena la ley 11/1981. Esta razón es la de que, habiéndose promulgado a las pocas semanas de esa ley, la también importantísima que lleva el número 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, es previsible un aumento considerable de trabajo en algunos Juzgados de Primera Instancia y parece conveniente atribuirlo, juntamente con la materia de la patria potestad e incluso con otras actuaciones que del Derecho de familia se deriven, a los especializados Juzgados de Familia. El párrafo segundo del preámbulo del Real Decreto viene a poner de manifiesto esa razón cuando afirma: «De otra parte, resulta absolutamente necesario que, para un futuro inmediato, las grandes ciudades especialmente cuenten con el número de Juzgados de Primera Instancia suficiente para absorber el cúmulo de litigios que, previsiblemente, han de surgir con la modificación del título IV del libro I del Código civil, habida cuenta que los existentes en la actualidad están ya sobrecargados de trabajo.»

Refleja, pues, el preámbulo las razones de necesidad y oportunidad que el Ministerio ha considerado para organizar los Juzgados de Familia y las que ha tenido en cuenta al delimitar sus funciones, ampliando las que estrictamente se deducirían de la Ley 11/1981. El preámbulo cumple así la misión justificativa y orientadora que al preámbulo de una norma corresponde, y a este respecto cabe congratularse, siquiera sea de pasada y sin ahondar en el tema, de que estos preámbulos subsistan al menos en los Decretos, ahora que han sido suprimidas las Exposiciones de Motivos en las leyes y se da el caso de que éstas, pese a la enorme trascendencia que a veces tienen (como en el caso de las que acaban de modificar el Código civil) aparecen en el «Boletín Oficial» sin una sola palabra que explique su motivación o que ayude a interpretar su alcance.

2. *Naturaleza y organización de los Juzgados de Familia.*—No son los nuevos Juzgados, ciertamente, los Tribunales de Familia cuya implantación con carácter general se ha discutido en la doctrina. Se trata simplemente —y ello se infiere también ya del preámbulo del Real Decreto, así como de los primeros preceptos del articulado— de Juzgados de Primera Instancia a los que se consagra al conocimiento de actuaciones relativas a Derecho de familia. Sobre esta base, si se quiere empero dibujar la naturaleza de los nuevos Juzgados a la luz de la doctrina procesal, parece que puede afirmarse que los mismos constituyen *Tribunales jurisdiccionales unipersonales y de plena jurisdicción* (6). Tratándose de Tribunales ordinarios a los que se atribuye en forma exclusiva grupos de asuntos, parece también posible considerarlos como especializados (7). El creador de los nuevos Juzgados, Don Francisco Fernández Ordóñez, ha confirmado este carácter al observar en declaraciones muy recientes, explicando la creación de los Juzgados de Familia, que «no se trata de una jurisdicción especial» y que Juzgados especializados es «su auténtica acepción» (8).

La creación de los nuevos Juzgados se limita de momento a los siguientes: «cuatro en Barcelona y Madrid; dos en Bilbao, Sevilla, Valencia y Zaragoza, y uno en Córdoba, La Coruña, Granada, Málaga, Murcia, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Pamplona, San Sebastián y Valladolid» (art. 1.º-1). La numeración de los mismos será la «que correlativamente les corresponda en sus respectivos casos» (art. 2.º).

El servicio de estos Juzgados se regula también en el Real Decreto, a cuyo tenor «la provisión de destinos de los nuevos Juzgados se acomodará a los Reglamentos orgánicos del personal respectivo» (artículo 4.º) y sus plantillas serán «de un Magistrado y un Secretario, dos oficiales, cuatro auxiliares y dos agentes de la Administración de Justicia» (art. 5.º). El Real Decreto previene que «el aumento de plantilla en las distintas Carreras y Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia que supone la creación de los nuevos Juzgados se imputará a los incrementos previstos y autorizados en la ley 35/1979, de 16 de noviembre» (art. 6.º) y que «por el Ministerio de Hacienda se habilitarán los créditos necesarios para la ejecución de lo dispuesto en el presente Real Decreto, dotando, en cuanto afecte al personal y en la medida que resulte necesario, el incremento de plantilla autorizado en la ley 35/ 1979, de 16 de noviembre» (art. 9.º).

El Real Decreto ha facultado al Ministro de Justicia para «adoptar, en el ámbito de su competencia, cuantas disposiciones o medidas exija el desarrollo y aplicación de lo establecido en este Real Decreto» (artículo 8.º). A los pocos días del Decreto, el entonces Ministro Fernán-

(6) Cfr. L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, J. ALMAGRO NOSETE y N. GONZALEZ DE-LEITO: *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, 5.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1979, págs. 28, 29, 35 y 39.

(7) Cfr. L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, J. ALMAGRO NOSETE y N. GONZALEZ DE-LEITO: *Op. cit.*, págs. 37-38.

(8) Declaraciones a *El Correo Catalán*, de 9 de agosto de 1981.

dez Ordóñez anunció ya algunas medidas encaminadas a lograr —al menos, de momento, en las ciudades mayores— un funcionamiento eficaz de los nuevos Juzgados: «En cada Juzgado de Familia de Barcelona y Madrid —ha manifestado— se va a crear una plantilla con un psicólogo, un pedagogo y un asistente social.» La creación de esas plantillas está obviamente pensada en función de las características singulares de los asuntos de Derecho de familia y, como señala también el Ministro, «teniendo en cuenta la naturaleza peculiar que tienen este tipo de problemas, para resolver los cuales hace falta saber algo más que Derecho, ya que en su tramitación surgen, sin duda, muchos temas que no son estrictamente de carácter jurídico» (9). La puesta en marcha de esos equipos será, pues, un ensayo interesante en la línea —que parte de la doctrina ha difundido ya al tratar de los Tribunales de Familia y de la jurisdicción de menores— de enriquecer y potenciar a los órganos de este tipo, dotándoles de unos instrumentos eficaces de asesoramiento en lo extrajurídico.

3. *Competencia de los Juzgados de Familia.*—El Real Decreto preceptúa que «los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia, les sean atribuidas por las leyes» (art. 1.º-2). Desde esta norma, pues, hay que indagar la competencia de tales órganos. El precepto menciona expresamente la materia del título VII del libro I del Código civil (ya contemplada en la disposición final de la ley 11/1981), le añade la del título IV del libro I del mismo cuerpo legal (aludida en el preámbulo del propio Real Decreto) y le extiende, por último, la competencia a «otras cuestiones en materia de Derecho de familia». En definitiva no hay que olvidar que los nuevos órganos son simplemente unos Juzgados de Primera Instancia que van a dedicarse en exclusiva a los asuntos de Derecho de familia propios de ese nivel, absteniéndose de asuntos distintos.

Si en base a la norma transcrita se deseara precisar las cuestiones que serán sometibles al conocimiento del Juez de Familia, parece que cabría (sin ánimo exhaustivo, limitándonos a las materias reguladas por el Código civil y espigando por él tanto en las zonas recién reformadas como en las que no han tenido ahora modificación), señalar las siguientes:

A) *En materia de matrimonio.*—Será competente el Juez de Familia para:

— imponer el resarcimiento por incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio (art. 43 reformado).

— dispensar los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años (art. 48 ap. 2.º reformado).

(9) Declaraciones, cit. a *El Correo Catalán*.

— resolver sobre el domicilio conyugal en caso de discrepancia de los cónyuges (art. 70 reformado).

— resolver sobre la nulidad del matrimonio (en los casos del artículo 73 reformado).

— denegar la nulidad del matrimonio por defecto de forma si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe (art. 78 reformado).

— declarar ajustadas al Derecho del Estado las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (art. 80 reformado).

— declarar judicialmente la separación de los cónyuges (en los casos del art. 81 reformado).

— tener conocimiento de la reconciliación de los cónyuges y mantener o modificar las medidas adoptadas en relación a los hijos (artículo 84 reformado).

— dictar sentencia de divorcio (art. 89 reformado).

— aprobar o denegar los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio (artículo 90, ap. 2.º, reformado).

— adoptar y modificar medidas en defecto de acuerdo de los cónyuges (art. 90, ap. 3.º, reformado).

— establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio (art. 90, ap. último).

— determinar medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas (art. 91 reformado).

— resolver los procedimientos sobre uso de la vivienda familiar y objetos de uso ordinario cuando algunos de los hijos quede en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro (art. 96, ap. 2.º, reformado).

— autorizar, a falta de consentimiento de ambas partes, la disposición de la vivienda y bienes cuyo uso corresponda al cónyuge no titular (art. 96, ap. último, reformado).

— fijar una pensión en casos de separación, o divorcio, a uno de los cónyuges (art. 97, reformado).

— reducir o suprimir la pensión (art. 101, ap. 2.º, reformado).

— adoptar determinadas medidas al admitir la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 103, reformado y disposición adicional 4.ª, ap. 2.º, de la ley 30/1981).

— suplir el consentimiento de un cónyuge en los actos de administración de gananciales (art. 1376, reformado).

— conferir la administración de los gananciales a uno solo de los cónyuges (art. 1388, reformado).

— establecer cautelas o limitaciones para la administración de los gananciales (art. 1389, ap. 1.º, reformado).

— autorizar los actos de disposición sobre determinados bienes gananciales (art. 1389, ap. 2.º, reformado).

— disolver la sociedad de gananciales (en los casos del art. 1393, reformado).

— adoptar las medidas necesarias para la administración del caudal en casos de disolución de la sociedad de gananciales y dar licencia para los actos que excedan de administración ordinaria (art. 1394, reformado).

— conceder, en el régimen de participación, aplazamiento para el pago del crédito (art. 1431, reformado) o conceder que el pago se haga mediante adjudicación de bienes (art. 1432, reformado).

— señalar, a la extinción del régimen de separación, una compensación al trabajo para la casa (art. 1438, reformado).

B) *En materia de filiación.*—Será competente el Juez de Familia para:

— determinar la filiación matrimonial paterna y materna por sentencia firme (art. 115, núm. 2.º, reformado).

— determinar la filiación no matrimonial por sentencia firme (artículo 120, núm. 3.º, reformado).

— aprobar el reconocimiento otorgado por incapaces o que quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad (art. 121, reformado).

— aprobar el reconocimiento del menor o incapaz (art. 124, reformado).

— autorizar la determinación de la filiación cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea directa (art. 125, reformado).

— admitir o rechazar la demanda, según se presente o no con ella un principio de prueba, en los juicios sobre filiación (art. 127).

— adoptar, mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, medidas de protección sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparezca como progenitor (art. 128, reformado).

— acordar, cuando se reclame judicialmente la filiación, alimentos provisionales a cargo del demandado (art. 128, ap. 2.º, reformado).

C) *En materia de patria potestad.*—El Juez de Familia será competente para:

— adoptar medidas sobre cuidado y educación de los hijos en los asuntos de separación, nulidad y divorcio (art. 92, ap. 2.º, reformado), así como acordar la privación de la patria potestad o su ejercicio por uno de los cónyuges (art. 92, aps. 3.º y 4.º, reformado).

— determinar la contribución de cada progenitor a los alimentos en los casos de nulidad, separación y divorcio (art. 93, reformado) y regular el derecho de visita (art. 94, reformado).

— atribuir al padre o a la madre, en caso de desacuerdo entre ambos, la facultad de decidir, o atribuir la patria potestad a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones (art. 156, ap. 2.º, reformado).

— atribuir la patria potestad, si los padres viven separados, a uno de ellos para que la ejerza conjuntamente con el otro, o distribuir las funciones (art. 156, ap. último, reformado).

— asistir al menor no emancipado ejerciente de patria potestad (art. 157, reformado).

— dictar medidas cautelares y disposiciones en defensa del menor (art. 158, reformado).

— proveer por motivos especiales sobre el cuidado de los hijos menores de siete años (art. 159, reformado).

— resolver sobre relaciones del menor (en los casos del art. 161, reformado).

— nombrar defensor judicial al menor (art. 163, reformado).

— autorizar la renuncia de derechos de los hijos o la enajenación o gravamen de determinados bienes (art. 166, reformado).

— adoptar determinadas medidas para salvaguardar el patrimonio del hijo (art. 167, reformado).

— conocer de la acción para exigir a los padres rendición de cuentas (art. 168, reformado).

— privar por sentencia de la patria potestad o acordar su recuperación (art. 170, reformado).

— conceder la emancipación de los hijos menores de dieciséis años (art. 320, reformado).

— autorizar la transacción sobre bienes y derechos del hijo (artículo 1810, reformado).

D) *En materia de adopción.*—Corresponderá al Juez de Familia:

— aprobar la adopción, tramitando su expediente (art. 173), y apreciar y declarar en éste, en su caso, la situación de abandono (artículo 174, ap. último).

— declarar extinguida la adopción (art. 177, reformado).

E) *En materia de tutela.*—Las funciones atribuidas hasta ahora al Juez por el Código civil en materia tutelar —que son relativamente escasas al haber montado la tutela el legislador de 1889 sobre la base del Consejo de familia— corresponden fundamentalmente a la Justicia Municipal, por lo que serán escasas en esto las actuaciones de los Juzgados de Familia. La situación puede cambiar, empero, próximamente en función de la reforma del régimen de la tutela del Código civil —hoy pendiente de discusión en el Congreso de Diputados— que está proyectada sobre la base de un sistema de tutela judicial.

F) *En materia de obligación de alimentos.*—El Juez de Familia tendrá competencia para conocer de los asuntos hasta ahora correspondientes al Juez de Primera Instancia en materia de alimentos entre parientes (título VI del libro I), y la nueva facultad de ordenar con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades del alimentista (art. 148, ap. último, nuevo).

IV. CONCLUSION

La reciente creación de Juzgados de Familia en varias capitales no constituye la implantación general e institucionalizada de Tribunales de Familia, que algún sector doctrinal defiende, sino, como a lo largo de estas notas he tratado de señalar, la simple especialización de algunos Juzgados de Primera Instancia en asuntos de Derecho de Familia. Se trata, pues, de una medida de alcance limitado, pero no deja de suponer un ensayo interesante en la línea de mejorar dentro de la Administración de Justicia el servicio en unos asuntos que se caracterizan por su delicadeza y afectan a relaciones íntimas de las personas y a importantes intereses patrimoniales y extrapatrimoniales. En este sentido, el Real Decreto creador de los nuevos Juzgados podría considerarse como un paso en el camino hacia la generalización de los Tribunales de Familia dentro de la planta judicial española. Pero la completa instauración de tales Tribunales está condicionada por las soluciones que en definitiva se adopten en la futura Ley Orgánica del Poder Judicial y por los criterios que prevalezcan en la posible reorganización de la jurisdicción de menores (10).

Nacidos en un momento crucial para el Derecho de familia español —el de la reforma culminada con las leyes de 1981, modificadoras del Código civil—, los nuevos Juzgados habrán de asumir probablemente un volumen de trabajo considerable y enfrentarse con temas delicados, debiendo contemplar nuevas instituciones y aplicar, sin auxilio de jurisprudencia, normas nuevas. Todo ello antes de contar con la plenitud de los medios de auxilio material y asesoramiento extrajurídico de los que proyecta dotarles el Ministerio de Justicia. Cabe, sin embargo, esperar que las dificultades serán satisfactoriamente vencidas: en primer lugar, porque la Judicatura española tiene bien probada su capacidad de adaptación a las reformas orgánicas y su aptitud para la aplicación de nuevas normativas; en segundo lugar, porque encontrará, sin duda, positiva colaboración, tanto en el Secretariado y el personal auxiliar, como en el Ministerio Fiscal y en abogados y procuradores.

Es también de suponer, por otra parte, que los Jueces que soliciten destino en los nuevos Juzgados lo harán impulsados por una especial vocación hacia los temas y los problemas del Derecho de familia, que exigen ciertamente una gran sensibilidad a las cuestiones morales y sociales. Si, como ha dicho recientemente Sainz de Robles, «el Juez debe conocer la sociedad en que vive y de la que brotan sus

(10) El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial pendiente de discusión en el Congreso de Diputados contiene un mandato al Gobierno para «reformular, en su caso, derogar las disposiciones sobre Tribunales Tutelares de Menores, definiendo las funciones jurisdiccionales en esta materia, que corresponderán a los Jueces de Menores» (dispo. adic. 2.^a4); el proyecto se refiere a los Jueces de Menores en sus artículos 108 y 109.

conflictos (11), el Juez especializado debe esforzarse singularmente por adquirir ese conocimiento, poniéndolo al servicio de la mejor solución de los conflictos familiares. Y a este respecto conviene acaso, por último, recordar que la misión de los Tribunales de Familia no se reduce a zanjar fríamente en un pleito las crisis, sino que se extiende a procurar suavizar las situaciones conflictivas y resolverlas en la medida posible, contemplando en un primer plano el interés de los hijos y sin olvidar ese otro interés, antes bastante olvidado y al que ahora dedica atención la doctrina moderna: el «interés familiar», mencionado ya en leyes recientes y cuya defensa, al decir del profesor Doral, «se presenta ante el Derecho como cuestión importantísima que resolver» (12). Tratando hace pocos años de estos temas, Cafferata pudo afirmar que «el Juez debe saber, cuando va a un Tribunal de Familia, que va a servir a la familia; que, por lo tanto, va a tener que vivir los problemas de la familia como si fueran propios los de esa familia ajena y los de esos hijos como si fueran de él (13).

Sean bienvenidos, pues, los Juzgados de Familia a la organización judicial española. No esperemos de ellos un fortalecimiento de la institución familiar, que el legislador y la sociedad deben buscar por otros cauces, ya que, como dice Cámara, «la familia, para sobrevivir, necesita mucho más de la medicina preventiva que de la medicina curativa» (14), y la intervención de un órgano estatal —por excelente que sea— en la familia, tiene el peligro de asemejarse a la cirugía. Pero esperemos de su especialización buenos frutos. Y, en todo caso, en esta fórmula que en España comienza a ensavarse veamos el laudable intento de responder a un problema planteado, ya que, según recientemente ha escrito Zannoni, «repetir las fórmulas es tarea de legistas; crear las nuevas fórmulas es labor de profecía jurídica que también nos incumbe, porque hay que caminar mirando el camino no sólo para el paso siguiente, sino también atishando hacia la meta que tenemos y quizá también al horizonte» (15).

(11) *Discurso pronunciado por el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, don Federico Carlos Sáinz de Robles Rodríguez, el día 2 de diciembre de 1980, en el acto de inauguración del nuevo edificio de Juzgados de El Ferrol*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980, pág. 12.

(12) «El interés de la familia —añade Doral— ha de ser punto de referencia en la interpretación de todos los pactos y disposiciones voluntarias, así como en la esfera de reglamentación: leyes, usos y costumbres» (J. A. DORAL: *El fraude y la defensa del interés familiar en el Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», julio-agosto, 1974, pág. 555).

(13) J. A. CAFFERATA: *Exposición sobre Tribunales de Familia*, en «Jurisprudencia Argentina», núm. 2.481, pág. 4.

(14) M. DE LA CÁMARA: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 259.

(15) E. ZANNONI: *Un desafío a la realidad en el Derecho argentino*, en el volumen *Temas de Derecho Civil*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1980, pág. 234.

El principio de la «Pena Justificada» en la doctrina del Tribunal Constitucional

(Recurso de amparo 96/1980. Sentencia de 10 de Abril de 1981: B.O.E. 25, 4, 1980)

Por ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA

Doctor en Derecho. Fiscal.
Profesor del Departamento de Derecho
Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

I) ANTECEDENTES

A) En la noche de autos, la ofendida, de quince años de edad, caminaba por una calle de la localidad de su domicilio en compañía de un joven de su misma edad. El procesado se acercó a la pareja y pretendió que la mujer quedara con él y, como el acompañante protestara y tratara de defenderla, fue golpeado por dicho procesado, por lo que el citado joven huyó en busca de ayuda. Inmediatamente el procesado arrastró a la ofendida por un brazo hasta un lugar cercano, «con el decidido propósito de tener acceso carnal con ella», pese a la firme resistencia opuesta y a demandar auxilio a voces, golpeándola hasta hacerla sangrar y agarrándola por los pelos, con lo que logró que cayese a una zanja, donde siguió reiterando sus deseos de yacimiento, a lo que la joven se resistió hasta que, minutos después, llegó la Guardia Civil.

B) La Audiencia Provincial, en lo que afecta al recurso de casación y amparo que es objeto de este comentario, condenó al procesado como autor de un delito de rapto del artículo 440 del Código Penal, concurriendo una circunstancia agravante genérica y otra atenuante, que se compensaban, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, accesorias y costas, así como a la indemnización a la ofendida en la cantidad de 40.000 pesetas.

C) El condenado recurrió en casación acogido al número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., alegando la infracción del artículo 440 del Código Penal, por su indebida aplicación, y la del artículo 430 en relación con el número 3.º del Código Penal por su falta de aplicación.

D) El Tribunal Supremo —sentencia de 10 de julio de 1980— rechaza el recurso planteado, pese a entender que el delito que el procesado cometió no puede ser justificado como rapto (1), ya que la infracción criminal es constitutiva de un delito de violación en grado de tentativa y no de abusos deshonestos, como el recurrente pretende, y, en razón al principio de pena justificada, mantiene el fallo condenatorio.

E) El Ministerio Fiscal objetó a la demanda, ante el Tribunal Constitucional, en razón a que la condena del Tribunal Supremo había sido por el mismo delito y a la misma pena que la del Tribunal de instancia. El Tribunal Constitucional rechaza esta postura por entender que formalmente es cierta, pero que en realidad la pena se mantiene aunque se aprecia un delito distinto.

II) CUESTIONES PENALES

Para entrar en el estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional, no puede prescindirse de algunas consideraciones respecto a las figuras delictivas, siguiendo la pauta de la sentencia del Tribunal Supremo.

Los delitos de violación, abusos deshonestos violentos y rapto quedan comprendidos en el Título IX «De los delitos contra la honestidad» del Libro II del vigente Código Penal. La característica común de todos ellos es que atacan el bien jurídico de la libertad sexual, lo que indudablemente ha llevado al legislador a la nueva denominación de «delitos contra la libertad sexual» en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal».

Las diferencias entre los referidos delitos son muy claras: la violación exige la existencia de un ánimo de yacer; los abusos deshonestos, por el contrario, presentan la necesidad de que el dolo del procesado carezca de dicha intención de yacer y su ánimo libidinoso se limite a realizar tocamientos lascivos. Elementos común de ambas figuras delictivas es que concorra alguna de las circunstancias reseñadas en el artículo 429 del Código Penal. Por último, como mantiene la sentencia de 10 de julio de 1980, el delito de rapto —según su redacción en Ley de 7 de octubre de 1978— debe contener los siguientes elementos: a) sustracción de una persona mediante la fuerza o la intimidación del lugar donde se halle o donde pretenda ir a otro distinto; b) voluntad contraria, real y no meramente aparente, de la víctima; y c) que el agente tenga ánimo finalista de atacar a la libertad sexual del sujeto pasivo.

(1) El Tribunal Supremo basa su razonamiento en que el procesado no pretendía sustraer a la víctima del lugar, ni de la población o entorno geográfico en que se desenvolvía.

III) PROBLEMAS CONSTITUCIONALES:

A) Conviene recordar, en primer lugar, como afirma la sentencia que comentamos «... ni es necesario ni compete a este Tribunal Constitucional decidir si es o no posible dictar esa nueva sentencia dentro de los límites que la legislación actual impone a la casación penal». En consecuencia, la cuestión se centra, en palabras de la sentencia, en averiguar si existió «protección de los derechos de la defensa».

B) El recurso plantea el problema de determinar si el condenado se encontró indefenso, con el consiguiente quebrantamiento del artículo 24 C. E.

La sentencia del Tribunal Constitucional deja muy claro que «las garantías constitucionales del artículo 24,1 son aplicables a las sentencias de casación y que en el control de legalidad que corresponde al Tribunal Supremo deben observarse también esas garantías». Argumento decisivo, citado en la sentencia, apoyando esta postura en la sentencia de 17 de enero de 1970 (caso Delcourt) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2) en aplicación del artículo 6.1 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

C) La sentencia que glosamos centra el tema esencial en «el derecho constitucional a ser informado de la acusación a los efectos de la defensa». La información indudablemente abarca los hechos que van a ser debatidos. El derecho a aplicar pertenece a la competencia del Tribunal (*iura novit curia*). Ahora bien, el planteamiento jurídico no es ajeno al debate, por lo que, como cita el Tribunal Constitucional, el escrito de conclusiones provisionales comprende las calificaciones legales (3) y éstas pueden ser modificadas en el acto del juicio oral (4).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, según reiteradas sentencias, ha sentado doctrina: a) en el sentido de que el Tribunal sentenciador puede condenar por delito de igual o menor gravedad que aquél que era objeto de acusación «siempre que sin variar los hechos

(2) El Tribunal Europeo razona que el juicio equitativo se refiere no sólo al fundamento fáctico de la acusación (le bien fondé en fait), sino también a su fundamento jurídico (le bien fondé en droit), y que el artículo 6.1 del Convenio, comprende los fundamentos jurídicos de las sentencias.

(3) El escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones previas y numeradas: ... 2.º la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan (art. 650 L. E. Cr.).

(4) Practicadas ... las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación (art. 732 L. E. Cr.).

(5) Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varios) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el núm. ... del art. ... del Código Penal (art. 733, párrafo 2.º L. E. Cr.).

objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal»; b) en caso de que el delito condenado fuese más grave, no cabe salvo que el Tribunal haya usado en la «tesis» (5); c) el Tribunal Supremo, cuando resuelve un recurso de casación, no puede imponer pena superior a la establecida en el fallo, salvo que el recurrente lo solicite. Pero, además de dicha limitación, el Tribunal Supremo ha entendido que sólo puede confirmar la sentencia recurrida o acceder a la petición del recurrente.

Lo expuesto en el apartado anterior da base a la doctrina de la «pena justificada». En esencia, la tesis responde a que la sentencia recurrida haya condenado por un delito y el Tribunal Supremo llegue al convencimiento de que la calificación no es la adecuada, debiendo haber sido condenado por otra distinta de igual o superior gravedad. Esta teoría de origen francés y basada en razones de economía procesal (6) permite, sin base legal concreta (7), mantener la sentencia y la condena ya que en caso contrario se llegaría a la «solución absurda e inconcebible (al) absolver por la simple circunstancia de que las acusaciones hubieran calificado mal el delito realmente cometido, siendo preferible que por lo menos, y aún en menor grado, se sancione la ilícita conducta del imputado» (8).

Sentada la anterior doctrina es importante destacar los requisitos que permiten utilizar esta doctrina de la «pena justificada». La sentencia que comentamos (9) declara que esta teoría que glosamos no supone agravio al respeto de los derechos de defensa siempre que *«se den dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de Instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal Supremo, sean «homogéneos», es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo, sin que sea necesario entrar aquí en las discusiones doctrinales suscitadas por el principio de correlación entre la acusación y la sentencia. Basta con señalar que si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia de casación, no existe*

(6) R. DEVESA: *Derecho Penal Español*. Parte General, Madrid, 1979, pág. 257.

(7) R. DEVESA: En *Revista de Derecho Mercantil*, V. XX, núm. 57, julio-septiembre, 1955, Madrid, Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29-X-1954, pág. 184, nota 4.

(8) SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ GAMBOA: *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo IV, V. III, Madrid, 1968, pág. 418.

(9) En análogo sentido pueden encontrarse, entre otras, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1972, y la de 15 de diciembre de 1971. A esta última hace referencia LORCA GARCIA, en *Derecho Procesal Penal*, III, Madrid, 1973, pág. 530.

indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la calificación que considera correcta el Tribunal Supremo, ni esta calificación modifica la pena impuesta por el Tribunal de Instancia». En resumen, dos son los requisitos exigidos: a) identidad del hecho debatido y sentenciado con el que sirve de soporte a la nueva calificación y b) que los delitos, el apreciado erróneamente y el que correctamente debió ser aplicado, sean «homogéneos», es decir, que el acusado no estuviese indefenso, pues dados los elementos constitutivos de ambos delitos, haya tenido opción de defensa sobre todos y cada uno de los elementos del delito que aprecia el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional entiende que el delito de violación contiene los elementos de privación de libertad e iniciación de actos dirigidos a yacer, respecto a los que el acusado pudo defenderse suficientemente en la acusación por rapto.

En resumen, ambos delitos —rapto y violación— son «homogéneos» y no existió infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por lo que el Alto Tribunal deniega el amparo solicitado.