

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO II – NÚMERO III

**PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES
EN UN CONTEXTO GLOBAL**

Lisboa
Editorial Juruá
2016

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO II, Nº III, 2º SEM. 2016



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00003.00

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Blanca Sillero Crovetto
Camila Castanhato
Cândida Joelma Leopoldino
Carla Liliane Waldow Esquivel
Carlos Fco. Molina del Pozo
Caroline Andreska Targanski
Demetrius dos Santos Ramos
Edna Raquel R. S. Hogemann
Egas Moniz-Bandeira
Elizângela Treméa Fell
Érica Maia Campelo Arruda
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Gabrielle Kölling
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inmaculada García Presas
J. Eduardo López Ahumada

José Carlos Buzanello
José Laurindo de Souza Neto
Luiz Valerio dos Santos
M^a Ángeles Pérez Marín
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann
Maria Goretti Dal Bosco
Marilene Araujo
Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Pablo Cristobal Molina del Pozo Martin
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Sandra Regina Martini
Thiago Brazolin Abdulmassih
Viviane Coêlho de Sellos Knoerr
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA DE LA LEY 15/2015 DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

THE FIRST FINAL DISPOSITION OF THE 15/2015 VOLUNTARY JURISDICTION LAW

*Inmaculada García Presas*¹

Resumen: La Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria trae consigo importantes cambios en el Código Civil español, tanto en materia de matrimonio como de tutela.

Entre ellos destaca la posibilidad de celebrar matrimonio ante notario o secretario judicial y, también, la opción de tramitar la separación o el divorcio, si es de mutuo acuerdo y no existen hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, ante notario o secretario judicial. Además, a raíz de la citada Ley, producen efectos civiles los matrimonios celebrados conforme a los ritos religiosos de mormones, testigos de Jehová, ortodoxos y budistas, confesiones que tienen notorio arraigo pero que no firmaron acuerdos de cooperación con el Estado.

Por lo que respecta a la edad para casarse la Ley 15/2015 erradica la emancipación por matrimonio lo que implica que la edad mínima para contraerlo es dieciséis años, en vez de catorce.

En materia de tutela entre las modificaciones que ocasiona en el Código Civil español la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015 destaca la atribución de más funciones al secretario judicial en detrimento del juez.

Palabras clave: Matrimonio; notorio arraigo; separación; divorcio; notario; abogado; procurador; juez; secretario judicial; tutor

Abstract: The Final Provision One of Law 15/2015, of July 2, of Voluntary Jurisdiction brings significant changes in the Spanish Civil Code, both in marriage and guardianship.

These include the possibility of holding marriage at a notary or a court clerk and also the option to process the separation or divorce, if mutually agreed

¹ Profesora de Derecho. Universidad de A Coruña (España).

and there are no minor children not emancipated or modified capacity judicially dependent on their parents, at a notary or a court clerk. Moreover, following the Act, produce civil effects marriages solemnized according to religious rites of Mormons, Jehovah's Witnesses, Orthodox and Buddhist faiths that are deeply rooted but not signed cooperation agreements with the state.

With regard to the age of marriage, Law 15/2015 eradicates the emancipation by marriage implying that the minimum age to contract is sixteen instead of fourteen.

In terms of guardianship, among the changes it introduces in the Spanish Civil Code the First Final Provision of Law 15/2015 highlights the allocation of more functions to the court clerk at the expense of the judge.

Keywords: Marriage; deeply rooted; separation; divorce; notary; lawyer; solicitor; judge; Judicial secretary; tutor

1 INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2015 se compone de 148 artículos, 6 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 21 disposiciones finales. La citada Ley modifica, entre otras leyes, el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Notariado en la que se regula un nuevo título VII bajo la rúbrica “*intervención de los notarios en expedientes y actas especiales*”².

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 dispone que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sigue en vigor en relación con la Jurisdicción Voluntaria. Lógicamente la llegada de la Ley 15/2015 supone la derogación definitiva de la citada Ley de 1881³.

La Ley 15/2015 tiene como finalidad principal terminar con la lentitud de la justicia civil y, para ello, utiliza dos vías complementarias: por un lado se produce la desjudicialización de gran cantidad de asuntos que hasta ahora solucionaban exclusivamente los jueces y, por otro, se instaura un procedimiento ordinario de jurisdicción voluntaria que da agilidad y certeza jurídica al cauce procesal con el que cuentan los ciudadanos para satisfacer sus derechos e intereses⁴.

² <http://www.abogacia.es/2016/02/04/la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-algunas-ideas-ante-la-ley-152015/> (fecha de acceso 2/5/2016).

³ <http://www.abogadoscarranza.com/content/notas-sobre-la-nueva-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-ley-152015-de-2-de-julio> (fecha de acceso 2/5/2016).

⁴ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/principales-novedades-de-la-ley-152015-de-jurisdiccion-voluntaria> (fecha de acceso 2/5/2016).

En la Ley 15/2015 se pueden destacar las siguientes nueve claves (BOTANA, 2015, p. 20):

- Desjudicialización al atribuirse a la autoridad judicial únicamente expedientes relacionados con el interés público o con el estado civil.
- Destaca la alternatividad en los procedimientos desjudicializados ya que se puede optar entre acudir a secretarios judiciales, notarios o registradores.
- Heterogeneidad ya que abarca un contenido variado distinguiéndose entre expedientes asignados a la autoridad judicial o a secretarios judiciales y otros expedientes atribuidos a notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.
- Se reduce la intervención de los abogados y de los procuradores ya que, a no ser que lo contemple la Ley, no se requiere su presencia, mientras que el ministerio fiscal forma parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando se refieren al estado civil o condición de la persona o está comprometido el interés de un menor o el de una persona con capacidad modificada judicialmente y cuando la Ley lo exige de manera expresa.
- Al secretario judicial se le concede el impulso y la dirección de los expedientes.

Atribuyéndosele la resolución de la mayor parte de los expedientes de Derecho Mercantil y de algunos expedientes de Derecho Civil⁵.

- Expedientes y actas de competencia de registradores y notarios.

A los registradores se le asignan los actos de conciliación sobre hechos inscribibles en un registro público de su competencia. También pueden conocer expedientes sobre convocatorias de juntas, nombramientos o revocación de auditor o sustitución de liquidadores⁶.

Por otra parte los notarios tienen asignado en exclusiva el conocimiento sobre presentación, adveración, apertura y protocolización

⁵ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/principales-novedades-de-la-ley-152015-de-jurisdiccion-voluntaria> (fecha de acceso 2/5/2016).

⁶ <http://www.abogadoscarranza.com/content/notas-sobre-la-nueva-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-ley-152015-de-2-de-julio> (fecha de acceso 2/5/2016).

de cualquier clase de testamento incluso los otorgados en forma oral y los ológrafos. Además les corresponde la venta extrajudicial de bienes hipotecados y la declaración de herederos abintestato⁷.

- Expedientes de jurisdicción voluntaria que versan sobre personas, familia, sucesión, obligaciones, derechos reales, subastas voluntarias, mercantil y conciliación.
- Procedimiento judicial general previsto para los expedientes de jurisdicción voluntaria contemplados en la Ley, en lo que no se contradiga con las normas que se refieren a las actuaciones en cada uno de los procedimientos judiciales específicos.
- Descontextualización al tratarse de una Ley especial.

Únicamente lo que se radica en sede de Tribunales de Justicia son expedientes de jurisdicción voluntaria y, por lo tanto, no hay una jurisdicción voluntaria notarial ni registral. Desde la Ley 15/2015 los actos o expedientes de jurisdicción voluntaria son competencia compartida entre jueces y secretarios judiciales mientras que antes eran solo competencia judicial. Además dejaron de ser expedientes de jurisdicción voluntaria muchos de los que anteriormente lo eran ya que, tras la Ley 15/2015, pasaron a ser expedientes especiales notariales o registrales –de registradores de la propiedad y mercantiles-⁸.

Las distintas disposiciones finales de la Ley 15/2015 cambian artículos de diversas leyes. Es la Disposición Final Primera la que se encarga de modificar varios preceptos del Código Civil, concretamente: 48, 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, 65, 73, 82, 83, 84, 87, 89, 90, 93, 95, 97, 99, 100, 107, 158, 167, 173, 176, 177, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 196, 198, 219, 249, 256, 259, 263, 264, 265, 299 bis, 300, 302, 314, 689, 690, 691, 692, 693, 703, 704, 712, 713, 714, 718, 834, 835, 843, 899, 905, 910, 945, 956, 957, 958, 1005, 1008, 1011, 1014, 1015, 1017, 1019, 1020, 1024, 1030, 1033, 1057, 1060, 1128, 1176, 1178, 1180, 1377, 1389, 1392 y 1442 (LIÉBANA ORTIZ, 2015, pp. 367-400).

Este trabajo contempla los artículos del Código Civil que la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015 modifica en materia de matrimonio y de tutela.

⁷ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/principales-novedades-de-la-ley-152015-de-jurisdiccion-voluntaria> (fecha de acceso 2/5/2016).

⁸ La Ley de la Jurisdicción Voluntaria: algunas ideas ante la Ley 15/2015, en: <http://www.abogacia.es/2016/02/04/la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria-algunas-ideas-ante-la-ley-152015/> (fecha de acceso 2/5/2016).

2 EL MATRIMONIO EN FORMA RELIGIOSA

Que una forma religiosa produzca efectos civiles significa que los casados en una forma religiosa quedan definitivamente casados – quedan también casados– civilmente –ante el Estado– sin necesidad de reiterar su celebración –de contraer después del matrimonio en forma religiosa un nuevo matrimonio civil–.

Hasta la Ley 15/2015 solo producen efectos civiles las confesiones religiosas que, además de notorio arraigo, tienen firmados acuerdos de cooperación con el Estado como son católicos, evangélicos, judíos y musulmanes.

El Estado celebró un acuerdo o convenio de cooperación con cuatro confesiones religiosas: con la Santa Sede el 3 de enero de 1979 – en sustitución del Concordato de 1953– y con la evangélica; la israelita o judía; la islámica o musulmana –aprobados respectivamente por Ley 24/1992, Ley 25/1992, Ley 26/1992, todas ellas de fecha 10 de noviembre–.

La Ley 15/2015 reforma el artículo 60 del Código Civil para reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa de mormones, ortodoxos, testigos de Jehová y budistas en España, confesiones con notorio arraigo pero sin acuerdos de cooperación firmados con el Estado que, hasta la Ley 15/2015, tienen que casarse por lo civil para que su matrimonio tenga validez en España.

El hecho de que, tras la Ley 15/2015, quienes cuentan con el reconocimiento administrativo de notorio arraigo tengan la opción de celebrar sus ritos matrimoniales hace que, en un futuro inmediato, sea importante matizar el significado de notorio arraigo ya que actualmente la Administración a la hora de otorgarlo tiene un excesivo margen de discrecionalidad debido a la indefinición actual del concepto. Por ello el Ministerio de Justicia, por medio de la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones, está estudiando la posibilidad de aprobar un Real Decreto en este sentido (BERENGUER ALBALADEJO, 2015, p. 91).

El Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, que regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del día 1 de agosto de 2015. El islam, el judaísmo y el protestantismo logran el reconocimiento administrativo de notorio arraigo en el año 1989. Hasta el 2003 los mormones no consiguen alcanzar este reconocimiento; posteriormente en

el 2006 lo logran los testigos de Jehová; un año después, en el 2007, los budistas y, finalmente, los ortodoxos en el 2010 (LIÉBANA ORTIZ, 2015, p. 434).

Lógicamente la Iglesia Católica es la que tiene mayor arraigo social en España lo cual no implica que solo se haga alusión a ella al referirnos al matrimonio en forma religiosa. Obviamente se han de tener en cuenta otras confesiones religiosas ya que, de no ser así, se contradice el principio de aconfesionalidad estatal previsto en la Constitución Española.

Es evidente el gran crecimiento que experimenta la Iglesia Evangélica en España, debido fundamentalmente a la inmigración. Se puede comprobar como la cifra aumenta desde 979 hasta 2103 Iglesias Evangélicas registradas en el Ministerio de Justicia en el periodo comprendido entre 2004 y 2014⁹.

La cifra de judíos en España oscila entre 40.000 y 50.000 pero se prevé que, en un futuro, aumente de forma espectacular¹⁰.

El número de musulmanes también experimenta un continuo crecimiento en España perteneciendo actualmente a esta religión aproximadamente dos millones de personas¹¹.

Las confesiones con notorio arraigo igualmente tienen una significativa presencia. Así pues, en España, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días –mormones– supera las 51.000 personas; la Iglesia Ortodoxa cuenta aproximadamente con un millón y medio y la Iglesia de los Testigos de Jehová supera la cifra de 113.000¹². Por lo que respecta al budismo hay alrededor de 85.000 practicantes pero el número de simpatizantes asciende a 250.000¹³.

En efecto actualmente produce efectos civiles el matrimonio que se celebra siguiendo las normas del Derecho canónico o en

⁹ http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/06/12/actualidad/1402606692_853823.html (fecha de acceso 2/5/2016).

¹⁰ http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/03/130307_espana_judios_invitan_lf (fecha de acceso 2/5/2016).

¹¹ http://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-03-31/los-musulmanes-aumentan-un-7-2-en-espana-y-rozan-los-2-millones_750633/ (fecha de acceso 2/5/2016).

¹² <http://www.europapress.es/epsocial/noticia-gobierno-dara-validez-civil-ritos-religiosos-matrimonio-mormones-ortodoxos-testigos-jehova-budistas-20140214175741.html> (fecha de acceso 2/5/2016).

¹³ <https://sanhavirtual.wordpress.com/2012/04/19/el-numero-de-budistas-practicantes-en-espana-podria-rondar-los-85-000/> (fecha de acceso 2/5/2016).

cualquiera de las otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. Además también se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las Iglesias que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, obtuvieron el reconocimiento de notorio arraigo en España aunque no tengan firmados acuerdos de cooperación con el Estado.

Por lo tanto hoy en día cuando el artículo 49 del Código Civil hace alusión a las “*formas religiosas legalmente previstas*” de matrimonio se está refiriendo a ocho: la católica, la evangélica, la judía, la islámica, la budista, la ortodoxa, la Iglesia de los Testigos de Jehová y la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos días. Sin embargo nada impide que, en un futuro, pueda haber más (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2015, p. 62).

El Estado señala que deben concurrir ciertos requisitos formales para reconocer eficacia civil a los ritos matrimoniales citados. De hecho son precisos los requisitos de capacidad fijados en la legislación civil para que produzca efectos en España un matrimonio celebrado en forma canónica, evangélica, judía o islámica. Además en los matrimonios de las confesiones acatólicas el Estado exige requisitos formales como un expediente matrimonial previo, la autorización del matrimonio por un ministro religioso legitimado o la presencia de dos testigos mayores de edad. Tras la Ley 15/2015, en relación con los testigos de Jehová, mormones, ortodoxos y budistas, el Estado también estipula requisitos mínimos de forma para reconocer eficacia civil a estos ritos matrimoniales. Así pues se requiere la prestación del consentimiento ante un ministro de culto acreditado y dos testigos mayores de edad (BERENGUER ALBALADEJO, 2015, pp. 86, 94).

En base a esto, no puede decirse que se esté reconociendo la forma ritual religiosa de estas confesiones, sino que se está reconociendo una forma religiosa pactada, que no viene a ser más que la traslación de la forma civil al ámbito religioso, en la que el ministro de culto hace las veces del juez o del funcionario civil que asiste el enlace junto con los testigos mayores de edad. (BERENGUER ALBALADEJO, 2015, p. 86)

Así pues quienes quieren contraer un matrimonio religioso antes han de acreditar su capacidad por medio de un expediente civil previo,

salvo para el matrimonio canónico ya que, en este caso, el expediente se tramita por los ministros católicos (TORRES RUÍZ, 2015, p. 437).

Teniendo presente que para la validez civil de un matrimonio es imprescindible cumplir las normas de forma que establece el Estado cabe preguntarse cual es el papel que ocupan los requisitos formales de las confesiones religiosas (ALENDA SALINAS, 1994, p. 9205).

De hecho no tienen efectos para el Estado los matrimonios que cumplan los requisitos formales religiosos pero no el mínimo de forma civil. Del mismo modo si producen efectos civiles en España aquellos matrimonios que no respetan algún requisito formal de la confesión de la que se trate pero si cumplen los requisitos de forma fijados por el Estado (BERENGUER ALBADALEJO, 2015, p. 87).

3 EL MATRIMONIO EN FORMA CIVIL

3.1 El Acta o Expediente Previo a la Celebración del Matrimonio

Por lo que respecta a la intervención del notario o del secretario judicial en los trámites previos a la celebración del matrimonio el artículo 51, apartado primero, del Código Civil conforme a la redacción dada por la Ley 15/2015 dispone que

la competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes, y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario Judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero.

La nueva redacción del artículo 56, párrafo segundo, del Código Civil también hace alusión a su participación en los trámites previos. El mismo señala que “*Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario Judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*”. Tal y como está redactado el citado artículo parece que el dictamen médico debe de ser vinculante.

Se utiliza acta o expediente previo en el caso de que el matrimonio se celebre ante juez de paz, secretario judicial, alcalde o concejal sin embargo si se celebra ante notario es necesario que se tramite un acta matrimonial previa, no un expediente (PÉREZ CEBADERA, 2015, p. 4).

El hecho de que los trámites previos se lleven a cabo por un notario no implica que el matrimonio se tenga que celebrar ante él ya que los cónyuges pueden elegir entre casarse ante el notario que expide el acta previa o bien ante otro notario, el juez de paz, alcalde o concejal (PÉREZ CEBADERA, 2015, p. 5).

Se ha de tener presente que hasta el 30 de junio de 2017, día en el que entra en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, no tiene efectos lo previsto en la Ley 15/2015 en relación con la posibilidad de que los notarios y los secretarios judiciales lleven a cabo los trámites previos al matrimonio, comprobando que los cónyuges cumplen los requisitos precisos para celebrarlo. Mientras tanto la competencia para realizar este control previo corresponde únicamente al juez encargado del registro civil, a los jueces de paz por su delegación o a los encargados del registro civil consular (TORRES RUÍZ, 2015, pp. 437-438).

Por lo tanto es posible celebrar matrimonio ante el notario o secretario judicial desde el 23 de julio de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2015 (TORRES RUÍZ, 2015, p. 436), sin embargo hasta el 30 de junio de 2017, fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2011, los notarios y los secretarios judiciales no se encargan de los trámites previos a la celebración del matrimonio.

3.2 El Matrimonio ante Notario o Secretario Judicial

Desde la Ley 15/2015, el artículo 51, apartado segundo, del Código Civil dispone que *“Será competente para celebrar el matrimonio:*

1. *El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.*
2. *El Secretario Judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.*
3. *El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero”* –si los cónyuges residen en el extranjero–.

El anterior artículo 51 no hacía alusión al secretario judicial – también llamado Letrado de la Administración de Justicia– ni al notario pero, a fecha de hoy, se puede celebrar matrimonio ante ambos, a elección de los contrayentes, tal y como dispone la Circular 1/2015, de 21 de julio, del Consejo General del Notariado y la Instrucción, de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la intervención de los notarios y secretarios judiciales en la celebración de bodas al amparo de la nueva Ley de jurisdicción voluntaria (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2015, p. 59).

El notario oficiante, es decir, el que autoriza la escritura pública de formalización del matrimonio se elige libremente por las partes entre los que son competentes para actuar en la demarcación en donde tiene lugar la celebración del matrimonio. Por lo tanto, a la hora de elegir al notario oficiante no se requiere lo mismo que cuando se decide que notario autoriza el acta previa al matrimonio, ya que éste ha de ser competente territorialmente en el lugar del domicilio de, por lo menos, uno de los cónyuges (RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, 2015, p. 269).

Si el matrimonio se celebra ante el notario éste lee los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, le pregunta a cada contrayente si consiente en casarse con el otro y, tras la respuesta afirmativa de ambos, los declara unidos en matrimonio. A continuación otorga una escritura pública que ha de ser firmada por él y, también, por los cónyuges y dos testigos mayores de edad. A cada uno de los contrayentes se le entrega una copia de la citada escritura pública (PÉREZ CEBADERA, 2015, p. 5).

El notario, en el mismo día de la celebración del matrimonio, ha de remitir al encargado del registro civil, para su inscripción, copia en papel del documento. Lo hace por medio de vías fehacientes como, por ejemplo, correo certificado con acuse de recibo y deja constancia a través de nota al margen de la matriz de la fecha de recepción en dicho registro. Este procedimiento de remisión será sustituido por el envío por medios telemáticos de la copia autorizada electrónica de la escritura pública al registro civil para que se inscriba (TORRES RUÍZ, 2015, p. 437).

3.3 Los Impedimentos Matrimoniales y sus Dispensas

Si falta la aptitud o la capacidad necesaria para contraer matrimonio se dice, en terminología tradicional, que concurre un impedimento matrimonial. Existen cuatro impedimentos: el de parentesco, el de crimen, el de la edad y el de vínculo. Los dos primeros que se citan son dispensables ya que, si se pide la dispensa, se puede

contraer matrimonio a pesar de su existencia, sin embargo, los dos últimos son indispensables.

El impedimento de parentesco y el de vínculo no sufrieron cambios tras la Ley 15/2015 sin embargo, en los otros dos impedimentos, si se produjeron ciertas modificaciones.

Por lo que respecta a la edad pueden contraer matrimonio los mayores de edad y los menores de edad emancipados. Teniendo presente que no es posible obtener la emancipación antes de los dieciséis años se puede afirmar que actualmente la edad para contraer matrimonio es la de dieciocho años, adelantándose a los dieciséis si concurre alguno de los supuestos de emancipación.

Hasta la Ley 15/2015 el artículo 48 del Código Civil establece que el requisito de la edad mínima para casarse de 16 años es dispensable por el Juez de Primera Instancia siempre que el menor de edad que tenga la intención de contraer matrimonio hubiera cumplido 14 años.

Afortunadamente dicha situación ha variado considerablemente. Tras la citada reforma ya no cabe dispensar el impedimento de edad para contraer matrimonio válidamente (LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 39).

Así pues hasta la Ley 15/2015 es posible emanciparse por matrimonio pero este tipo de emancipación se erradica por la citada Ley¹⁴ ya que, actualmente, solo se puede producir la emancipación por las causas previstas en los artículos 317, 319 y 320 del Código Civil, es decir, por concesión de quienes ejercen la patria potestad; por consentimiento de los padres a la vida independiente del menor y por concesión judicial, respectivamente.

La Ley 15/2015 también cambia la redacción del artículo 47 del Código Civil estableciendo actualmente que “*Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 3. Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*”. Anteriormente se hacía referencia únicamente a los condenados como autores o cómplices y a la muerte dolosa del cónyuge. Sin embargo actualmente se amplía el ámbito de aplicación de este precepto ya que se hace alusión a los que están condenados por participar –no únicamente como autores o cómplices– en la muerte dolosa no solo de quien está vinculado matrimonialmente a alguno de ellos sino también de quien no lo está pero se encuentra unido por una relación de afectividad análoga a la conyugal.

¹⁴ http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1140030 (fecha de acceso 2/5/2016).

La expresión “*condenados*” implica un proceso penal en el que se dicta una sentencia firme que condena a los dos contrayentes por la muerte dolosa de ciertas personas quedando por lo tanto excluido el delito frustrado o la tentativa de delito y el amplio supuesto de imprudencia (O’CALLAGHAN MUÑOZ, 2008, p. 115).

Resulta muy llamativo que se contemple este supuesto en el Código Civil especialmente desde que en el año 1981 se admite el divorcio ya que, si alguien quiere cambiar de pareja, es suficiente con que se divorcie sin tener que acabar inútilmente con la vida de su actual consorte (LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 43).

A los impedimentos dispensables se refiere el artículo 48 del Código Civil que, tras la Ley 15/2015, señala que “*el Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales*”.

El procedimiento de dispensa se tramita por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria que se encuentra regulado en los artículos 81 a 84 de la Ley 15/2015 (UREÑA MARTÍNEZ, 2016, p.45).

3.4 Las Formas Matrimoniales Especiales

3.4.1 El matrimonio en peligro de muerte

Tiene lugar cuando no existe tiempo material para realizar el casamiento en la forma habitual.

Por lo tanto no se exige expediente previo y es, antes de inscribir el matrimonio, cuando se comprueba el cumplimiento de todos los requisitos legales para celebrarlo (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2015, p. 63).

Esta situación se produce si uno o ambos contrayentes se encuentran en situación de inminente peligro de muerte –por ejemplo por grave enfermedad, por desastre natural, por accidente aéreo o naval o por incendio–.

El artículo 52 del Código Civil indica que ante la situación de inminente peligro de muerte se puede celebrar el matrimonio, en el caso de los militares en campaña, ante el oficial o jefe superior inmediato y, si se celebra a bordo de nave o de aeronave, ante el capitán o comandante de la misma.

Tras la Ley 15/2015 en el citado precepto se incluyen las personas que, desde entonces, pueden autorizar el matrimonio en la forma civil habitual ya que, ante ellas, también se puede celebrar el matrimonio en inminente peligro de muerte –Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien delegue, Secretario Judicial, Notario o funcionario al que se hace alusión en el artículo 51–.

Si el matrimonio se celebra en esta forma especial también han de estar presentes dos testigos mayores de edad salvo que se demuestre una imposibilidad al respecto.

Desde la Ley 15/2015 se hace alusión en el artículo 52 del Código Civil a que se necesita un dictamen médico sobre la aptitud para la prestación del consentimiento si el peligro de muerte proviene de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes.

3.4.2 El matrimonio secreto

Se regula en los artículos 54 y 64 del Código Civil, preceptos que no se modifican por la Ley 15/2015.

3.4.3 El matrimonio por apoderado

Tiene lugar cuando uno de los contrayentes –el otorgante del poder– no se puede trasladar al lugar en el que se celebra el matrimonio –por ejemplo por enfermedad, por estar preso o por encontrarse trabajando en alta mar–.

No es el contrayente quien emite la declaración de voluntad en el acto en el que se celebra el matrimonio, si no un apoderado suyo –que es un portavoz, no un representante–. Sin embargo para que se pueda celebrar un matrimonio por poder es imprescindible que por lo menos uno de los cónyuges asista personalmente a la celebración del matrimonio.

La Ley 15/2015 cambia el requisito de la distinta residencia ya que la actual redacción del artículo 55 del Código Civil opta por omitirlo. Con anterioridad a la reforma el matrimonio por poder no se podía llevar a cabo cuando los contrayentes residían en el mismo distrito y la celebración del matrimonio se entorpecía, por ejemplo, por un accidente de circulación sucedido días antes de la boda que lleva a uno de ellos a estar enyesado durante varias semanas en el hospital (LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 51).

En las separaciones y divorcios ante notario es necesario otorgar el consentimiento con carácter personalísimo ya que el artículo 82 del Código Civil señala que “*los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal*” sin que al respecto quepa apoderamiento a diferencia de lo que el artículo 55 del Código Civil estipula para la celebración del matrimonio al hacer alusión al matrimonio por apoderado (ACEDO PENCO, 2016, p. 96).

4 LAS CRISIS MATRIMONIALES

4.1 La Separación y el Divorcio ante Notario o Secretario Judicial

A pesar de que en España se contempla el divorcio notarial a raíz de la Ley 15/2015 la implantación del mismo se remonta al año 1994 en Cuba y, desde entonces, se expandió a países latinoamericanos como Colombia, Ecuador, Brasil o Perú (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2014, p. 98).

Encontrándose legalmente al mismo nivel el derecho a contraer matrimonio y el derecho a separarse o a divorciarse y además teniendo presente que el matrimonio se puede contraer ante diversas autoridades – judiciales o no– es lógica la reforma que lleva a cabo la Ley 15/2015 en relación con desjudicializar la separación y el divorcio (VARA GONZÁLEZ, 2015, p. 366).

Así pues desde la Ley 15/2015 los cónyuges pueden acordar su separación de mutuo acuerdo –artículo 82 del Código Civil– o su divorcio de mutuo acuerdo –artículo 87 del Código Civil– ante el secretario judicial o ante el notario.

Sin embargo, en el caso de haber hijos menores de edad no emancipados o hijos –menores o mayores– con la capacidad modificada judicialmente que dependen de sus progenitores, la competencia sigue siendo del Juez. De no haberlos, pueden autorizar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo los notarios o los secretarios judiciales a través de escritura pública o de decreto que formalizan el convenio regulador.

No obstante siempre es necesaria la intervención del juez en el caso de que la separación o el divorcio sean contenciosos, al no haber acuerdo entre los cónyuges, o bien cuando, siendo de mutuo acuerdo, existen hijos menores de edad no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependen de sus progenitores.

Los artículos 81 y 86 del Código Civil se refieren a la separación y al divorcio judicial. Estos preceptos se redactan por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, pero, la redacción del párrafo primero del artículo 81, se cambia por la Ley 15/2015 con la finalidad de dejar patente que, en función de la edad y de la capacidad de los hijos del matrimonio, se puede o no producir la separación o el divorcio ante secretario judicial o notario.

Si la separación o el divorcio es judicial, con anterioridad a la firma, el procurador ha de entregar la siguiente documentación en el juzgado: la demanda de separación o de divorcio –firmada por el abogado, no por los cónyuges-; un convenio regulador en el caso de que haya mutuo acuerdo –firmado por los cónyuges en todas las hojas-, el certificado literal del matrimonio –que se recoge en el Registro Civil-, y dos poderes judiciales para el abogado y el procurador, uno de cada cónyuge –dichos poderes los firma un notario–.

En efecto mientras que en la vía judicial es necesaria la intervención tanto de abogado como de procurador, si la separación o el divorcio es ante notario ya no se precisa la presencia de procurador requiriéndose únicamente la intervención de abogado (BROCA-MAJADA CORBAL, 2016, p. 22) –bien el mismo para ambos o bien un letrado para cada uno de los cónyuges– (TORRES RUÍZ, 2015, p. 443).

El Anteproyecto de la Ley 15/2015 no establece como obligatoria la presencia de abogado por lo que asume una posición más prudente que la que después adopta la Ley ya que esta cambia el verbo “poder” por “deber” para imponer preceptivamente la asistencia de letrado (PÉREZ GALLARDO, 2016, p. 37).

En este sentido hay autores que consideran que la necesaria intervención de abogado obedece más a razones políticas –debido a la fuerza que tienen los Colegios de Abogados– que estrictamente jurídicas y que, además, la preceptiva intervención de letrado encarece de manera innecesaria el divorcio (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2014, p. 111).

Los honorarios del procurador en un procedimiento judicial de separación o de divorcio son de importe semejante a los aranceles notariales por formalizar un convenio regulador de mutuo acuerdo, sin patrimonio común (BROCA-MAJADA CORBAL, 2016, p. 23).

El abogado debe estar presente en la notaría ante la lectura notarial de las cláusulas del convenio regulador.

Para dejar constancia del asesoramiento legal y de la presencia del letrado éste también firma la escritura pública de separación o de divorcio¹⁵.

Los cónyuges tienen libertad para elegir el notario ante el que se quieren separar o divorciar mientras sea competente para actuar en el último domicilio común del matrimonio o en el domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos.

Si en la población correspondiente hay varias notarías demarcadas los cónyuges pueden elegir la que deseen y, en el caso de que en dicho lugar no haya ninguna demarcada, pueden acudir a cualquiera de las del mismo distrito notarial. La información relativa a las poblaciones con notaría demarcada y a los distritos notariales se encuentra de forma sencilla accediendo a las páginas web del Consejo General del Notariado y de los distintos colegios notariales (VARA GONZÁLEZ, 2015, pp. 388-389).

Es significativa la diferencia de plazos existente entre la tramitación de la separación o del divorcio ante notario y en el juzgado, siendo los plazos mucho más cortos si se tramita ante notario.

Agilizar el divorcio se puede entender como una exigencia constitucional que se apoya en la necesidad tanto de que los poderes públicos remuevan obstáculos con la finalidad de favorecer la libertad de las personas para divorciarse –artículo 9.2 de la Constitución Española– como de que los procesos públicos se lleven a cabo sin dilaciones indebidas –artículo 24.2 de la Constitución Española– (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2014, p. 102).

Igualmente es importante tener presente que los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no pueden autorizar la escritura pública de separación o divorcio.

4.2 La Alusión en el Código Civil a la Separación Legal

Tras la Ley 15/2015 en el Código Civil se sustituyen las referencias a la separación judicial por la separación legal ya que, al poderse efectuar la separación no solo ante un juez si no también ante un notario o un secretario judicial es preciso adoptar una terminología más

¹⁵ <http://hayderecho.com/2015/07/22/divorcio-de-mutuo-acuerdo-ante-notario-instrucciones-de-uso/> (fecha de acceso 2/5/2016).

amplia en la que se puedan incluir todas las personas facultadas para autorizar una separación matrimonial.

Son muchos los preceptos en los que se aprecia el cambio de separación judicial por separación legal. Entre ellos se pueden citar:

En relación con el ámbito sucesorio el artículo 834 de Código Civil ya que de él se desprende que el cónyuge que al fallecer su consorte concurre a la herencia con descendientes si está separado legalmente o de hecho pierde el derecho a la legítima, que es el usufructo del tercio de mejora en el caso de no existir separación matrimonial.

El artículo 945 del Código Civil también se refiere a la separación legal o de hecho disponiendo que, si concurre, el cónyuge sobreviviente pierde el derecho a ser llamado, antes que los colaterales, en la sucesión de los bienes si el otro fallece sin testamento y sin descendientes ni ascendientes.

Por lo que respecta a los regímenes económicos matrimoniales el artículo 1392 del Código Civil hace alusión a que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho si se acuerda la separación legal de los cónyuges.

4.3 La Reconciliación

Mientras que quienes se divorcian tienen que volver a casarse si desean estar unidos en matrimonio quienes se separan nunca dejan de estar casados y, por ello, simplemente se deben de reconciliar si quieren retomar la situación existente antes de la separación.

Si la separación es ante el juez la reconciliación tiene lugar por auto judicial pero, al permitir la Ley 15/2015 que la separación se produzca ante notario o secretario judicial, se modifica el artículo 84 del Código Civil con la finalidad de adaptarlo a la nueva situación. En efecto tras la Ley 15/2015 la reconciliación se formaliza en escritura pública –si la separación es ante notario– o en acta de manifestaciones –si la separación es ante secretario judicial–.

4.4 La Nulidad

Desde la Ley 15/2005 para solicitar la separación o el divorcio no es necesario acreditar la concurrencia de una causa ya que se entiende que son irrelevantes los motivos que llevan a los cónyuges a tomar la decisión.

Sin embargo no sucede lo mismo con respecto a la nulidad civil ya que, para conseguirla, se requiere la existencia de alguna de las causas de nulidad recogidas en el artículo 73 del Código Civil.

Desde la Ley 15/2015 únicamente se modifica la causa de nulidad civil que está enumerada en tercer lugar ya que, todas las demás, no sufren alteración alguna.

Así pues tras la Ley 15/2015, en virtud de las modificaciones relacionadas con las personas ante las que se puede celebrar el matrimonio, el artículo 73 del Código Civil señala que *“es nulo el (matrimonio) que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos”*.

Para que se produzca la nulidad del matrimonio es necesario que no se respete la forma sustancial ya que la inobservancia de otras formalidades, como las previstas en el artículo 58 del Código Civil, no es causa de nulidad. Así pues no tiene lugar la nulidad si la persona autorizante del matrimonio en forma civil no da lectura a los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil; si los lee otra por indisposición de aquella o si tras el consentimiento de los cónyuges la persona autorizante no los declara unidos en matrimonio (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2015, p. 77).

4.5 Las Medidas Definitivas

Las medidas definitivas las establecen las partes de manera consensuada en el convenio regulador y, en defecto de acuerdo, las fija el juez en la sentencia.

Dichas medidas se pueden estructurar en cinco grandes bloques: el uso de la vivienda familiar; la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio; la liquidación del régimen económico matrimonial; la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil – si la separación o el divorcio ocasiona un desequilibrio económico entre los cónyuges que conlleva el empeoramiento de uno de ellos con respecto a la situación que tiene con anterioridad a la separación o al divorcio– y las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales (UREÑA MARTÍNEZ, 2016, p. 192).

Por evidentes razones de protección de los hijos el artículo 92 del Código Civil dispone, tanto antes como después de la Ley 15/2015, que *“la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”*.

Resulta sorprendente que se llamen medidas definitivas a pesar de que se modifican siempre que existe una alteración sustancial de las circunstancias. Por ello quizás no sea del todo afortunada la denominación utilizada (LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 123).

4.5.1 El convenio regulador

Cuando la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo las partes presentan una propuesta de convenio regulador ante el juez, notario o secretario judicial.

Hasta la Ley 15/2015 de la redacción del artículo 90 del Código Civil parece deducirse que las circunstancias que están en él recogidas deben constar necesariamente en el convenio regulador. Lo cual en la realidad no sucede ya que pueden existir convenios reguladores sin algunas de estas menciones –por ejemplo, porque no hay hijos–. Y, de la misma manera, se pueden adoptar acuerdos sobre materias no contempladas en el citado precepto.

La actual redacción del primer párrafo del artículo 90 se ajusta a lo que sucede en la práctica al incluir la expresión “*siempre que fueran aplicables*”. En efecto se deja claro que no tienen que estar obligatoriamente presentes en el convenio regulador todas las medidas citadas al disponer que “*El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos, y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos*”.

Es discutible el acceso al Registro de la Propiedad de las disposiciones cuya trascendencia real es inexistente o nebulosa.

Sin embargo “*Tendrían, indudablemente acceso al Registro de la Propiedad, dentro del contenido mínimo del artículo 90, la liquidación del régimen económico matrimonial, en cuanto afecte a la titularidad de bienes inmuebles, y aquellas garantías reales inmobiliarias que puedan convenirse para asegurar el cumplimiento de la pensión del artículo 97 o, en su caso, contribuciones a cargas del matrimonio y alimentos*” (BUSTILLO TEJEDOR, 2016, p. 244).

Si el convenio regulador se presenta ante el juez produce efectos desde que es aprobado judicialmente. La autoridad judicial puede aprobarlo o bien puede denegarlo. También cabe una aprobación parcial.

Si no aprueba alguna de las medidas estipuladas en el convenio regulador ha de ser porque son dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los consortes ya que el juez está obligado a

respetar la autodeterminación que efectúan los cónyuges sin poder sustituir automáticamente los acuerdos que estima inaceptables por los que vea oportunos (LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 122).

Actualmente el artículo 90 del Código Civil dispone que *“La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede”*.

Tras la Ley 15/2015 el artículo 90 del Código Civil, al referirse a la separación y al divorcio ante notario o secretario judicial, dispone que *“Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario Judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”*.

Para que resulte eficaz el control notarial o del secretario judicial es necesaria la creación de una base de datos a la que éstos puedan comunicar que estiman que los acuerdos son dañosos para las partes implicadas teniendo por lo tanto que someterlos a la consideración de la autoridad judicial. De no existir la citada base de datos los cónyuges pueden evitar la intervención del juez acudiendo a otro notario o a otro secretario judicial que no considere que los acuerdos son dañosos o gravemente perjudiciales para los cónyuges o para los hijos menores emancipados o mayores de edad¹⁶.

4.5.2 Las medidas judiciales

En el caso de que los cónyuges no sean capaces de llegar a un acuerdo que se refleja en un convenio regulador es la autoridad judicial quien establece en la sentencia las medidas definitivas ya que, en defecto de consenso de los cónyuges, la separación o el divorcio han de ser necesariamente judiciales.

El Código Civil resulta reiterativo al hacer alusión, en varios preceptos, al contenido de las medidas definitivas. Es evidente que coincide el contenido del convenio regulador con el de las medidas judiciales que se adoptan en defecto del mismo por ello hubiera sido

¹⁶ <http://hayderecho.com/2015/07/22/divorcio-de-mutuo-acuerdo-ante-notario-instrucciones-de-uso/> (fecha de acceso 2/5/2016).

conveniente evitar la reiteración existente en la redacción del Código Civil. Con la publicación de la Ley 15/2015 se pierde una gran ocasión de, en los artículos que regulan las medidas judiciales, remitirse a los distintos aspectos sobre los que han de pactar los cónyuges sin necesidad de repetirlos. De este modo se evitaría la actual insistencia del Código Civil que resulta agotadora para el lector (LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 124).

4.5.3 La sentencia, el decreto o la escritura pública

Los efectos de la separación matrimonial se producen desde la firmeza de la sentencia pero, tras la Ley 15/2015, el artículo 83 del Código Civil también hace alusión a que los mismos tienen lugar desde el decreto o la escritura pública que declare la separación. Dicho precepto únicamente se refiere a la separación pero se puede hacer extensible a los efectos del divorcio.

Con la finalidad de que se inscriba en el Registro Civil la separación o el divorcio se remite al citado registro testimonio de la sentencia y, desde la Ley 15/2015, también del decreto o copia de la escritura pública.

Tal y como señala el artículo 95 del Código Civil tanto la sentencia judicial como, tras la Ley 15/2015, el decreto o la escritura pública producen, en su caso, la extinción del régimen económico que rige en el matrimonio.

5 LAS NOVEDADES EN MATERIA DE TUTELA

En materia de tutela tras la Ley 15/2015 tienen lugar únicamente ligeros cambios. En esta temática las modificaciones más significativas se producen con la publicación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

Entre los cambios que se realizan con esta Ley destaca el abandono del modelo de “*tutela de familia*” y la instauración de un sistema de “*tutela de autoridad*” que conlleva poner a las instituciones tutelares bajo la vigilancia de la autoridad judicial que, entre otras cosas, las constituye y controla. Y es que en el régimen jurídico anterior a la reforma de 1983 la tutela se ejerce bajo la vigilancia de un protutor así como de un consejo de familia –“*tutela de familia*”–.

Desde la citada Ley el artículo 215 del Código Civil recoge la consagración del “*principio de pluralidad de guarda legal*” que, tras la reforma de 1983, se instaura en nuestro ordenamiento jurídico suponiendo, como principal novedad, la recuperación de la curatela. En efecto, frente al sistema anterior, basado en la “*unidad de guarda legal*” – únicamente tutela– el sistema actual se sustenta en la variedad de los tipos de guarda.

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor también trae consigo ciertas variaciones en esta temática al igual que lo hace la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, relativa a la protección patrimonial de las personas con discapacidad tras la cual nace la auto tutela. Figura en virtud de la que cualquier persona, en previsión de ser incapacitada judicialmente en un futuro, puede, en documento público notarial, hacer una designación de tutor.

Tras la Ley 15/2015 se le da mayor protagonismo al Secretario judicial en detrimento de la autoridad judicial. Así se manifiesta, en materia de tutela, en los artículos 259, 263, 264 y 265 del Código Civil.

Dejando a salvo la tutela de los menores en situación de desamparo que se atribuye por ministerio de la ley –automáticamente– a las entidades públicas, en los demás supuestos es preciso un acto formal de constitución de la tutela.

La constitución de la tutela no es otra cosa que el nombramiento de tutor por el juez. Y, una vez nombrado, el secretario judicial le da posesión de su cargo. Antes de la Ley 15/2015 es el juez quien le da posesión del cargo.

El artículo 262 del Código Civil dispone que “*el tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo*”. El artículo 263 del Código Civil señala que “*el secretario judicial podrá prorrogar este plazo en resolución motivada si concurriere causa para ello*”. Hasta la Ley 15/2015 es el juez quien puede prorrogar el plazo.

Por lo que respecta a la formación de inventario el artículo 264 del Código Civil dispone que ésta tiene lugar ante el secretario judicial – con anterioridad a la Ley 15/2015 se produce ante el juez–. Se ha de contar con la intervención del ministerio fiscal y se cita a aquellas personas que el secretario judicial considera oportuno –previamente a la Ley 15/2015 es el juez el que decide quienes son las personas citadas–.

El artículo 265 del Código Civil indica que “*el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del secretario judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto*”. Antes de la Ley 15/2015 es la autoridad judicial quien decide lo que no es oportuno que quede en manos del tutor.

La remoción del tutor es el cese como tutor de la persona que anteriormente ha sido nombrada por el juez, pero conservándose la necesidad de nombrar un nuevo tutor. Remoción equivale a expulsión de una persona de una posición determinada bien por la concurrencia de una causa de inhabilidad sobrevenida– o bien porque a criterio de la autoridad judicial el tutor no desempeña la tutela de forma apropiada –sea por incumplimiento de los deberes propios del cargo, sea por notoria ineptitud en su ejercicio–.

El artículo 249 del CC dispone que “*durante la tramitación del expediente de remoción se podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial*”. La actual redacción del precepto no se refiere expresamente al juez, tal y como sucede antes de la Ley 15/2015 (LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 392) ya que, previamente, se manifiesta de forma expresa en el Código Civil que la autoridad judicial está facultada para suspender en sus funciones al tutor.

6 CONCLUSIONES

La Disposición Final Primera de la Ley 15/2015 conlleva grandes cambios en el Código Civil español en materia de Derecho de Familia.

Por lo que respecta al matrimonio se incorpora la posibilidad de celebrarlo ante notario o secretario judicial desde el 23 de julio de 2015, momento en el que entra en vigor la citada Ley. Sin embargo la Ley 15/2015 dispone que hasta el 30 de junio de 2017, fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2011, los notarios y los secretarios judiciales no llevan a cabo los trámites previos a la celebración del matrimonio.

Hasta la Ley 15/2015 es posible obtener a emancipación por matrimonio ya que el impedimento de la edad era dispensable a partir de los catorce años. Tras la citada Ley se erradica este tipo de emancipación por lo que actualmente la edad mínima para contraer matrimonio es dieciséis años.

En relación con las formas especiales de celebración del matrimonio la Ley 15/2015 introduce algunos cambios como, en el matrimonio en peligro de muerte, la posibilidad de que también lo autorice el notario o el secretario judicial y, en el matrimonio por apoderado, la supresión del requisito de la distinta residencia de los cónyuges.

Desde 1994 existe el divorcio ante notario en Cuba, expandiéndose posteriormente a otros países como Colombia, Brasil, Ecuador o Perú. Sin embargo, hasta la Ley 15/2015, en España no cabe la opción de separarse o de divorciarse ante notario o secretario judicial.

El hecho de que se puede contraer matrimonio ante distintas autoridades –judiciales o no– y que legalmente están al mismo nivel el derecho a contraer matrimonio y el derecho a separarse o a divorciarse implica la necesidad de desjudicializar estos procesos.

La separación y el divorcio únicamente se pueden tramitar ante notario o secretario judicial si son de mutuo acuerdo y no existen hijos menores de edad no emancipados ni hijos –menores o mayores– con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

En el caso de que la separación sea ante notario la reconciliación se realiza en escritura pública y, si es ante secretario judicial, se lleva a cabo en acta de manifestaciones.

En materia de tutela la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015 también incluye importantes cambios en el Código Civil español entre ellos destacan las mayores atribuciones que asume el secretario judicial y la correlativa disminución de funciones del juez.

REFERENCIAS

ACEDO PENCO, A.: “Crisis matrimoniales ante notario: normativa aplicable y ámbito de aplicación”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), *Separaciones y divorcios ante notario*, editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 83-103.

ALENDASALINAS, M.: “El matrimonio religioso en los acuerdos del Estado español, con judíos, protestantes y musulmanes”, *Revista General de Derecho*, 600 (1994), pp. 9189-9219.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, editorial Bercal S.A., Móstoles (Madrid), 2015.

BERENGUER ALBALADEJO, C.: “Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el registro civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Derecho Privado y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 29 (2015), pp. 83-131.

- BOTANA, G. A.: “La Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Civil*, 11 (2015), pp. 20-24.
- BROCA-MAJADA CORBAL.: *Jurisdicción Voluntaria. Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos. Práctica Procesal Civil*, editorial Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2016.
- BUSTILLO TEJEDOR, L.: “Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), *Separaciones y divorcios ante notario*, editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 201-248.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria”, *Revista de Derecho Privado*, 98 (2014), pp. 97-115.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Decimocuarta edición, editorial Marcial Pons, Fuenlabrada (Madrid), 2015.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, editorial la Ley, sexta edición, Las Rozas (Madrid), octubre 2008.
- PÉREZ CEBADERA, M. A.: “La jurisdicción voluntaria: tramitación de matrimonios y divorcio ante notarios”, *Práctica de Tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, 116 (2015), pp. 1-10.
- PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Separación y divorcio notarial a la española: una visión desde el Derecho Comparado” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), *Separaciones y divorcios ante notario*, editorial Reus, Madrid, 2016.
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J.: “Del acta matrimonial y de la escritura pública de celebración del matrimonio” en BARRIO DEL OLMO, C.P. (Coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 323-362.
- TORRES RUÍZ, S.: “¿Quiénes pueden celebrar matrimonios después de la entrada en vigor de la Ley?”, en LIÉBANA ORTIZ, J. R. (Dir.), *Cuestiones Prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria. 200 preguntas y respuestas*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 433-437.
- TORRES RUÍZ, S.: “¿Quién determina si los contrayentes tienen capacidad para contraer matrimonio?”, en LIÉBANA ORTIZ, J. R. (Dir.), *Cuestiones Prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria. 200 preguntas y respuestas*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 437-439.
- TORRES RUÍZ, S.: “¿Todos los matrimonios pueden acordar su separación o divorcio ante notario?”, en LIÉBANA ORTIZ, J. R. (Dir.), *Cuestiones Prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria. 200 preguntas y respuestas*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 441.
- TORRES RUÍZ, S.: “¿Cuál es el contenido de la escritura pública de separación y divorcio y quiénes la otorgan?”, en LIÉBANA ORTIZ, J. R. (Dir.), *Cuestiones Prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria. 200 preguntas y respuestas*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 441-446.
- UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Segunda edición, editorial Tecnos, Madrid, 2016.
- VARA GONZÁLEZ, J. M.: “Separación y divorcio ante notario”, en BARRIO DEL OLMO, C.P. (Coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015.