

Apuntes sobre la atribución del domicilio al interés del menor aun cuando no exista petición formulada por las partes.

El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal de esta manera "Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido.

En varias sentencias el Tribunal Supremo sostiene que la atribución de la condición o principio de primordial y superior del interés del menor, así como su significación como principio de orden público, afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuáles son los principios de aportación de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio de los titulares de la jurisdicción pues, la vigencia de dichos principios, permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tutela sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental, quedando ampliadas las facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado

De esta forma se excepciona, en estos casos, el rigor del deber de estricta congruencia impuesto por el art. 218 LEC, al señalar que el juego de dicho interés superior conlleva a que "[...] no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales".

De lo que se trata en el caso es de la atribución del uso de la vivienda familiar, y esta cuestión no queda sometida al principio de rogación, ya que debe dilucidarse, con petición o sin ella, en beneficio e interés de los menores, pues la atribución de la vivienda familiar a los hijos comunes en los supuestos de guarda y custodia monoparental constituye una manifestación del principio favor filii, y lo que dispone el art. 96 CC es que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden como manifestación del principio del interés superior de los menores, sin establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez

Salvo Mejor Opinión