

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ÁREA DE DERECHO CIVIL



GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

**“EL INTERÉS DEL MENOR EN SITUACIONES DE
CRISIS FAMILIAR”**

Realizado por: Joaquín Pascual Martínez Serna

Dirigido por: María Encarnación Aganzo Ramón

Convocatoria junio 2024

RESUMEN.....	4
ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	7
2.1. CONCEPTO	7
2.2. MARCO NORMATIVO.....	10
2.2.1. Derecho Español.....	10
2.2.2. Derecho internacional.....	15
2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	19
2.3.1. El interés del menor como elemento de interpretación de las normas.	20
2.3.2. El interés del menor como norma del procedimiento.....	21
2.3.2.1. Audiencia del menor.	22
2.3.2.2. Informe psicosocial	27
2.3.3. El interés del menor como derecho sustantivo en resoluciones de conflicto: nulidad, separación y divorcio.....	31
3. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR	35
3.1. LA PATRIA POTESTAD	35
3.2. LA GUARDA Y CUSTODIA	39
3.3. PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	42
3.4. TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA	48
3.4.1. Guarda y custodia compartida.	48
3.4.1.1. Criterios para su adopción.	49
3.4.1.2. Incidencia de la guarda y custodia compartida en la atribución y uso de vivienda, régimen de visitas y comunicaciones, pensiones alimenticias y contribución a gastos extraordinarios.	62

3.4.2. Custodia exclusiva.....	73
3.4.2.1. Criterios para su adopción.....	75
3.4.2.2. Incidencia de la guarda y custodia exclusiva en el resto de las medidas a adoptar.....	78
3.4.3. Custodia encomendada a un tercero.....	81
4. LA NOVEDOSA FIGURA DEL COORDINADOR DE PARENTALIDAD.....	83
5. CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



RESUMEN

El presente trabajo se centra en el estudio del interés superior del menor como principio del derecho de familia, interpretación de éste a través de la legislación y la jurisprudencia y como criterio para la resolución de conflictos que debe primar sobre el resto de intereses legítimos, además de abordar las consecuencias jurídicas de protección del menor, cuando se pone fin a la convivencia entre progenitores y todo lo que respecta a la patria potestad y los distintos regímenes de guarda y custodia.

PALABRAS CLAVE

Interés superior del menor, guarda y custodia, custodia compartida, patria potestad, coordinador de parentalidad, convenio regulador, corresponsabilidad parental

ABSTRACT

The present work-study focuses on the best interest of the child as a principle of the family right, the interpretation of it through the legislative framework and as criteria for the problem-solving that needs to prime over the rest of legitimate interests, as well as considering the juridic consequences related to child-protection when parents end their cohabitation and all that involves custody and guard regimes.

KEYWORDS

The best interest of th child, custody, joint custody, parental coordinator, civil rights convention, custody, parental corresponsability

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño
CE	Constitución Española
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
ONU	Organización de naciones unidas
Pág.(s)	Página(s)
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El tema central que nos aborda es el interés superior del menor, pero ¿qué entendemos por interés superior del menor? es la pregunta que me hice para escoger el tema y que desarrollando el mismo, todavía sigo preguntándome. Como veremos en el desarrollo del trabajo, el interés del menor es un concepto que no es fácil de determinar, por ello vamos a apoyarnos a través de la legislación y la jurisprudencia para poder determinar qué es y en qué consiste el interés del menor.

El Derecho de familia está en continua evolución, así como el propio concepto de familia y con ello también han surgido nuevas necesidades de protección jurídica al menor. Diversos son los motivos por el cual el concepto de familia se ha visto alterado, como el aumento significativo de separaciones y divorcios en los últimos años, factores sociales como uniones de hecho, el matrimonio homosexual y la propia incorporación de la mujer al mercado laboral.

Dado que los menores son los más vulnerables cuando se produce una crisis familiar, procederemos a desarrollar cómo éstos se ven afectados en el proceso, las medidas de protección que se establecen a través del Juzgados y Tribunales determinando en el caso concreto cuáles son más beneficiosas para el menor, cómo afecta el proceso de crisis familiar a la salud y los derechos que surgen, como el derecho a ser oído y a participar en el mismo, y las posibles soluciones que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para favorecer, en definitiva, la protección del mismo.

Por otro lado, en cuanto a los progenitores procederemos a exponer los derechos-obligaciones en relación con el menor, el ejercicio y titularidad de la patria potestad, así como su participación en el proceso judicial, el surgimiento de nuevas medidas como el convenio regulador, el plan contradictorio, entre otros. Como consecuencia al fin de la relación, expondremos cómo será nuevamente la convivencia y el cuidado entre los progenitores y sus hijos desarrollando los distintos tipos de guarda y custodia, cómo se caracterizan cada una y las diferencias entre ellas, así como su atribución y la incidencia de cada una de ellas con el resto de las medidas a adoptar.

Por último, introducimos la figura relativamente novedosa en este marco que es el coordinador parental encargado de auxiliar al juez, descongestionar los juzgados en la resolución de conflictos y apoyar a los progenitores a establecer la nueva situación familiar en beneficio del interés del menor tras la ruptura conyugal.

2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

2.1. CONCEPTO

Podríamos comenzar definiendo el interés superior del menor como uno de los principios y fundamento del Derecho de familia, tanto en el ordenamiento jurídico español como a nivel internacional. El concepto ha sufrido una transformación con el paso de los años como consecuencia de la necesidad de adaptar las necesidades de los menores a las situaciones de crisis matrimoniales y la transformación de la familia,¹ a la vista tanto de la indefensión y especial vulnerabilidad de los menores como de la imposibilidad de tomar decisiones con la suficiente madurez para el adecuado desarrollo de su personalidad. Podríamos considerarlo inicialmente como un concepto indeterminado² reflejado en la ley estatal del menor de 1996, modificada actualmente por la Ley Orgánica 8/2015, 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, que tiene por objeto la protección del menor³, donde indica⁴; *“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

En lo que se refiere a nuestra Carta Magna en esta materia, podemos verlo reflejado en su artículo 39⁵ que señala: *“39.2 Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”* y continúa en lo que podemos observar también cierto carácter internacionalista en su apartado 4 : *“39.4 los*

¹ ROCA TRÍAS, Encarna: Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona), ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999,pág 277.

² Jabbaz Churba, M., & Díaz Martínez, C. (2020). *Menores en disputa: custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana* (1ª edición). Tirant lo Blanch.

³ Entendiendo menor como ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Véase Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad. Boletín Oficial del Estado núm. 275.

Véase también la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, preámbulo y artículo 1.

⁴ Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, núm. 175

⁵ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311

niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”, lo que posteriormente desarrollaremos en otro apartado.

Por sí mismo el propio interés superior del menor constituye un principio general del derecho privado además de un principio rector constitucional⁶, por su ubicación del capítulo tercero de la Constitución Española (en adelante CE), el cual vincula a todos los poderes públicos en sentido del artículo 53.3 CE⁷.

En este sentido, ya se pronunció el Tribunal Constitucional⁸, dotando al interés superior del menor de naturaleza indisponible y de carácter de orden público declarando en su fundamento quinto; *“Sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida la protección y defensa, se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño, SSTC 215(1994 ,de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo y 134/1999, de 15 de julio y STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann”*.

Otra de las características que podríamos extraer es el carácter internacionalista dentro del apartado 4 del artículo 39 de la CE, como habíamos nombrado anteriormente, considerando la carta magna como nexo o punto de unión entre los elementos internacionales en esta materia con el ordenamiento jurídico español.

Desde otra perspectiva, el interés del menor debe ser considerado como concepto “relacional o comunicacional” pues como destaca GATIVA Y CHAIMOVIC⁹, en caso de conflicto entre cualquier derecho del mismo rango se debe priorizar así el interés superior del menor aun cuando éste pueda estar en enfrentamiento directo con derechos fundamentales, pues considera que nada puede anteponerse al interés del menor ante

⁶ Rivero Hernández, Francisco. (2007). *El interés del menor* (2da. ed.). Dykinson. Pág 81 a 85

⁷ Artículo 53.3 CE; *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*

⁸ Sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000. BOE núm. 156.

⁹ GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia: "La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño", en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo de 2002.

posibles injerencias que pudieran provenir de los intereses de los padres, el Estado o sociedad.

Por ende, no es una tarea fácil incluir en una sola definición todo lo que implica el concepto de interés superior del menor, sino que entendiéndolo como concepto jurídico indeterminado o como cláusula general hay que interpretarlo en este sentido¹⁰, de forma dinámica y en abstracto, como criterio de ponderación abierto y principio inspirador¹¹ de todas las actuaciones del ámbito administrativo como judicial. Será caso por caso podamos ir concretando en qué constituye el interés superior del menor. Es por ello por lo que a continuación delimitaremos un poco más el marco normativo tanto de desarrollo en España como a nivel internacional.



¹⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, I (2012) El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2 · 2012, pp. 89-108. <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/38709/1/153701-593011-1-PB.pdf>

¹¹ Bartolomé Cenzano, J. C. de. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46–60.

2.2. MARCO NORMATIVO

2.2.1. Derecho Español.

Dentro del ordenamiento jurídico español, ya hemos destacado tanto el artículo 39 CE como la Ley 8/2015, pero cabe señalar que el concepto del interés del menor también figura en el Código Civil (en adelante CC). Así lo podemos ver reflejado en distintos artículos que versan sobre distintas materias, como efectos de nulidad, separación y divorcio¹², medidas provisionales en situaciones de crisis familiar¹³, ejercicio de la patria potestad, derecho de alimentos¹⁴, guarda, acogimiento, adopción, entre otros.

Cabría también citar la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria por la que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (en adelante LEC), en materia de sustracción de menores, cuyo objetivo fue la modificación del proceso para el retorno de los mismos con el fin de salvaguardar la protección del menor y de sus derechos, para lo que se incluyen las medidas cautelares y las comunicaciones directas entre autoridades judiciales competentes como a los juzgados de primera instancia.

Otra de las actualizaciones en esta materia dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país, sería la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de la infancia y de la adolescencia. En ella se modifica el código civil en materia de filiación de reclamación de filiación no matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial, en régimen de visitas de tutela o guarda da competencia a la Entidad Pública para establecer el mismo. Además, en materia de adopción, se introduce un nuevo concepto de idoneidad para adoptar y se crea la figura de la guarda con fines de adopción en la que se refuerza mantener ese vínculo con las raíces de origen del adoptado, estableciendo a través del Juez, un régimen de visitas y comunicaciones con la familia de origen.

Otra de las reformas del LEC que habría que destacar en materia del menor, sería la Ley 8/21 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo

¹² Artículo 90.1.b) C.C. “*Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos*”

¹³ Artículo 103.1 C.C. “*Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código[...]*”

¹⁴ Artículo 149 C.C. “*El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible [...] cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad.*”

a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por la que se reubica la materia en los Títulos XI y XII del CC, que regulan la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación. El título IX queda reservado a la tutela y guarda de los menores, mientras que el Título X queda para la mayoría de edad y emancipación.

Fuera del ámbito civil, concretamente en el derecho penal, se hace referencia al interés del menor en la Ley Orgánica 5/2000, en la cual manifiesta en su exposición de motivos nº8 y nº9, cuando se trate de actos delictivos de menores, “*en el procedimiento que prevé no exista ni acusación popular ni acusación particular porque en estos casos el interés prioritario para el Estado y para la sociedad es el interés del menor*” y en “*la adopción de medidas cautelares, en la que debe valorarse especialmente, una vez más, el interés superior del menor.*” respectivamente.¹⁵

La Constitución por su parte, por un lado, dota de competencia legislativa a las Comunidades Autónomas,¹⁶ y por otro, reconoce que la protección del menor es una de las competencias que pueden asumir¹⁷. Por lo que respecta a la Comunidad Valenciana, numerosas son las leyes que han desarrollado la protección del interés del menor, como destacan la Ley 12/2008 de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, o la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, y que actualmente está derogada, que se caracterizaba por la regulación del régimen de guarda y custodia compartida como solución preferente y como regla general frente a la custodia monoparental¹⁸. Actualmente, nos debemos remitir a la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, caracterizada por incluir dentro de la “ciudadanía activa” a los menores, con la promoción y consideración de tal colectivo tanto en el ámbito privado como público siempre en atención a los asuntos que le afecten.

¹⁵ Castañón, J. M. P. (2013). EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS DEL MENOR» EN DERECHO PENAL: UNA VISIÓN CRÍTICA. *Revista de derecho penal y criminología (Madrid)*, 10, 155-161

¹⁶ Artículo 149.1 CE: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª Legislación civil[...]reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho[...]*

¹⁷ Artículo 148.1. *Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20ª Asistencia social*

¹⁸ ESTELLÉS PERALTA, P. M. (2017). Presente Y Futuro En La Búsqueda Del Interés Del Niño Valenciano En Situaciones De Crisis Familiar. *Revista boliviana de derecho : RBD*, 24, 76–97.

Para la doctrina científica tampoco le ha sido fácil la determinación del concepto del interés superior del menor, habiendo llegado tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la concreción de una serie de criterios que habría que considerar para la determinación de éste y la ponderación y aplicación al caso concreto, entre los que tenemos que destacar¹⁹;

1. Deseos y sentimientos del niño, siempre que no se halle condicionado, teniendo en cuenta el grado de madurez.
2. Necesidades físicas, educativas y emocionales.
3. Consecuencia y efecto de cualquier cambio de situación del menor.
4. Edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica relevante.
5. Daños sufridos o posibilidad de sufrirlos, ya sea maltrato, abusos sexuales, entre otros.
6. Capacidad de los progenitores o cuidadores para poder satisfacer las necesidades de estos.

Todo ello teniendo en cuenta que la doctrina delimita y determina el interés del menor, mediante el denominado sistema de cláusula general o abierta²⁰. Este sistema de cláusula general consiste en pasar de un concepto abstracto e indeterminado a un concepto caso por caso, en el que se evalúe el interés superior, mediante la ponderación de todos los elementos necesarios para aplicar a la situación concreta. Por ello, se debe delimitar bien cuáles son dichos elementos que afectan al interés superior y su relación con los demás. Por consiguiente, se debe determinar el interés en base a esa ponderación, esto es, tanto el legislador, como el juez o autoridad administrativa deben ajustar la interpretación del interés del menor de manera individual a la situación concreta, teniendo en cuenta el contexto y necesidades personales. Podríamos decir que este punto de vista de cláusula general²¹ tiene como ventaja en su aplicación la adaptación del problema al caso específico, el campo de aplicación no es tan estricto y, por lo tanto, la delimitación es más flexible en función de las características de cada sujeto. Por contrapartida, podríamos

¹⁹ DE CASTRO MARTIN, ROSA M^a. El Interés superior del menor, Sevilla, 2011, pág. 4 y 5.

²⁰ Femenia López, P. J. (2019). *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bkhv>

²¹ Rivero Hernández, Francisco. (2007). *El interés del menor* (2da. ed.). Dykinson. Págs. 102 a 103

decir que la cláusula dada su indeterminación del concepto deja a criterio del interprete la concreción del interés del menor, siendo evidente que, pese a que legisladores, representantes legales y jueces actúen con la mejor intención e imparcialidad, sus decisiones pueden estar condicionadas por sus convicciones políticas, morales o religiosas, y por el momento y o contexto social²².

Numerosas son las sentencias que el Tribunal Constitucional nos brinda en este sentido, por ejemplo, la STC 176/20008 de 22 de diciembre en la que destaca que *“en materia de relaciones paterno filiales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable. “*

Por otro lado, puede mencionarse la STC 130/2022, de 24 de octubre, en relación de la vinculación del principio del interés del menor en relación con los poderes públicos, en la que se pone de relieve que *“el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores ‘que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos’, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990”*. Y en relación con esta consideración del interés superior del menor juega un papel fundamental el derecho de la persona menor de edad, o que pudiera serlo, a ser oída y escuchada, como parte del estatuto jurídico indisponible de las personas menores de edad, como norma de orden público que forma inexcusable han de observar todos los poderes públicos.

En materia de adopción y acogimiento de menores, cabría destacar la Sentencia num. 996/2011 de 18 de enero. Para ponerla en contexto, debe decirse que nos remontamos al año 1980 y que la sentencia resuelve la situación de una menor de edad, Marí Luz, de catorce años, que da a luz a un bebé llamada Zulima, por lo que sus padres a la vista de la corta edad de su hija inician el procedimiento de adopción de su nieta, proceso que en 1981 se termina formalizando la adopción con el consentimiento de la madre. Posteriormente, la madre contrae matrimonio con un varón el cual reconoció ser

²² Rivero Hernández, Francisco. (2007). *El interés del menor* (2da. ed.). Dykinson. Págs. 101 a 105.

el padre de Zulima, ante lo que en 2005, Zulima y sus padres demandan a los padres de Marí Luz solicitando la declaración de nulidad del auto de la adopción y la determinación de la filiación a favor de Marí Luz y Ambrosio, frente a lo que el Juzgado de 1ª instancia de Requena, desestima la demanda en base a la especial naturaleza de los negocios jurídicos impide que se apliquen normas generales sobre la nulidad y considerando el juzgador que en el momento de la adopción estaba sometido a plazo de caducidad de 2 años por parte del padre o de la madre²³. Tras ello, se procede a presentar por los interesados recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia con el mismo argumento de la caducidad por transcurso del plazo de dos años como anteriormente había dictaminado el Juzgado de 1ª instancia de Requena. Y finalmente se presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al considerar los recurrentes la sentencia contraria a la jurisprudencia de dicha sala, pues es aplicable la acción dado que *“la madre biológica no prestó su consentimiento, teniendo quince años de edad y sin que estuviera auxiliada por el defensor judicial, lo que hace nula la prestación de este consentimiento y, por tanto, nula la propia adopción.”* ; y que se trata de una adopción ficticia en la que *“los abuelos adoptantes venían afectados por los motivos sociales y personales que les impulsaron a celebrar un negocio jurídico familiar, la adopción, sin desear realmente los efectos de la misma”*. Finalmente se estima el recurso extraordinario de infracción procesal, revocando las sentencias de primera y segunda instancia, y se estima la demanda, por lo que se declara nula la adopción de Zulima por sus abuelos. He aquí un claro ejemplo de resolución en base al interés del menor, que se pondera por encima de otros intereses en juego, pues velando por las circunstancias personales y sociales concurrentes, primó la convivencia del menor y la protección de sus derechos, pese a haberse constituido en su día una adopción legal.

²³ Artículo 177 CC.

2.2.2. Derecho internacional.

Como punto de partida a nivel internacional del interés superior del menor, nos remontamos al año 1924, con la Declaración de Ginebra. Tal Declaración vino precedida por la creación, en 1919, del primer Comité de Protección de la Infancia por la Sociedad de Naciones consecuencia directa de la situación internacional tras la I Guerra Mundial²⁴. Por ello, un año después en 1920 con la creación de la Organización “International Save the Children Union”²⁵ con sede en Ginebra se dio paso finalmente a la primera Declaración de Derechos del niño o la Declaración de Ginebra, de la que habría que extraer 5 principios básicos²⁶;

“1. El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.

2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.”

3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad

4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida, y debe ser protegido de cualquier explotación.

5. El niño debe ser educado en el sentimiento de que tendrá que poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos.”

En los años posteriores y hasta 1989, los derechos del niño fueron objeto de reconocimiento y desarrollo, como podemos observar en tras la creación de la ONU en 1945 a través del Consejo Económico y Social de 1948, y posteriormente con la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷. También habría que destacar la creación de instituciones como UNICEF, y la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño

²⁴ Declaración de los derechos del niño y Convención sobre los Derechos del niño. Alejandro Tiana Ferrer, 2008. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3036618.pdf>

²⁵ April Bofill y Jordi Cots. Comissió de la Infància de Justícia i Pau Barcelona, (1999). La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA.

²⁶ Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño. Boletín Oficial del Estado. Núm. 313

²⁷ Véase Declaración de Derechos Humanos. Artículos 25.2; “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.” y 26: 1. “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. [...] 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento respecto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales [...]”

de 1959, donde por primera vez se hace mención del “interés superior del niño²⁸” como principio básico que debe establecer la normativa de la protección del menor²⁹.

Por consiguiente, debemos destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante CDN) donde figura el “best interests of the child” traducido al español como el interés superior del menor. Algunos autores como PIZARRO MORENO³⁰ lo considera una mala traducción en tanto en cuanto el concepto goza de una universalidad que no se desprende de la expresión anglosajona.

Cabe destacar que cuando se aprobó la CDN fue cuando se permitió introducir el principio del interés del menor a nuestro ordenamiento jurídico, pese a que nuestra Constitución ya lo configuraba como un auténtico principio, tras la CDN y su destacable artículo 3³¹, el interés del menor pasó a configurarse como un principio rector en materia de protección de los menores. Además, esa necesidad de proporcionar al niño una protección especial³², la vemos configurada en el propio preámbulo.

Siguiendo con el ámbito internacional, el TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones, como por ejemplo en la Sentencia TJUE, de 19 de septiembre de 2018, Hampshire County Council contra C.E. y N.E³³ (siglas que corresponden con los progenitores en cuestión) en el que en base a la protección de interés del menor, resuelve a favor de que un Tribunal de un estado miembro pueda adoptar medidas cautelares contra otro organismo de otro Estado miembro, en este caso en particular, con el responsable

²⁸ Véase Declaración de los Derechos Del Niño (1959). Principio nº2: *El niño gozará de una protección especial [...] Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*

²⁹ Aldecoa Luzárraga, F., & Forner Delaygua, J. J. (2010). *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (1st ed.). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 38-39. <https://doi.org/10.2307/j.ctv10qr135>

³⁰ Pizarro Moreno, Eugenio. (2020). *El interés superior del menor: Claves jurisprudenciales*. Reus. Pág 23.

³¹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 3.1; “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. BOE, núm. 313.

³² Véase Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, el cual podríamos considerar como el primer cuerpo jurídico que se basa en el reconocimiento jurídico de los niños y en el deber de protegerlos y procurar su bienestar y desarrollo y véase también la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959

³³ Murillo, A. M. (2020). El interés superior del menor como cuestión de fondo. Cuadernos de derecho transnacional, 12(1), 635–644. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5210>

británico de la protección de la infancia cuyo fin era que no pudiera continuar con el proceso de adopción de los progenitores en cuestión.

Tal resolución se dictó porque los progenitores, de nacionalidad británica, marcharon a Irlanda con tres menores, los cuales habían sido objeto de investigación por el responsable británico de la protección de la infancia y del menor británico (en adelante HCC), por causas de falta de salubridad e higiene en casa, violencia doméstica por parte del padre del hijo mediano, aumento de peso del hijo en cuestión, posesión de plantas de marihuana por parte del padre del hijo mediano. Meses previos a que estos llegaran a Irlanda, el Tribunal de Primera Instancia de familia de Porstmouth de Reino Unido había dictado resolución a favor del HCC atribuyéndole la patria potestad de los hijos mayores y la imposibilidad de sacarlos de Reino Unido. Posteriormente cuando nació el tercer hijo se decretó lo mismo, dos días antes de que todos llegaran a Irlanda. A su vez ya en Irlanda, el Tribunal Superior de Irlanda decretó medidas provisionales para que los tres niños estuvieran con una familia de acogida y en el que finalmente se decretó la vuelta a Inglaterra por parte de los dos hijos más mayores con el padre del hijo mediano, encomendando a una familia de acogida el cuidado del recién nacido. Tras ello y una serie de litigios por parte de los progenitores, que interpusieron recursos de apelación contra los órganos jurisdiccionales de ambos Estados, se determinó, partiendo de la premisa de la protección del interés del menor como cuestión de fondo del proceso, que era éste es el que debe de prevalecer sobre los intereses del resto, mostrándose finalmente el tribunal a favor de que un Tribunal de un Estado miembro adopte medidas cautelares contra un organismo público de otro Estado con objeto de que no pueda entablar o continuar un procedimiento de adopción cuando no se ofrecen las garantías para la aplicación de los principios de reconocimiento y confianza mutua³⁴.

Otra de las posturas a nivel internacional, en este caso por parte del TEDH, se expone en la sentencia 19 de mayo de 2022, caso T.C. contra Italia³⁵, en la que prima el interés superior del menor en materia religiosa. Para poder entender el contexto de esta sentencia, debemos explicar que los demandantes, T.C. y S.G., tienen a una niña fruto de su relación, y la bautizan bajo los mandamientos cristianos. A los dos años la relación

³⁴ Reglamento 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) Caso T.C. contra Italia. Sentencia de 19 mayo 2022. TEDH 2022\59

termina y el padre de la menor comienza a profesar la religión de los testigos Jehová, a cuyas reuniones acude asiduamente, llevando consigo a la menor, con lo que el otro progenitor no está de acuerdo. En una primera instancia, el progenitor opuesto a la religión de Jehová acepta que la menor acuda a tales rituales con el otro progenitor practicante. Por consiguiente, el Tribunal opta por asignar un perito para que evalúe a la menor con respecto a las influencias religiosas de los padres, dictaminando que, en base al principio del interés del menor, ambos progenitores habían debido abstenerse de involucrar a la menor en tales actividades religiosas, pues además, practicada la audiencia a la menor, la misma había manifestado que deseaba pasar más tiempo con su padre jugando y que acudir al Salón del Reino de Jehová le suponía una “incomodidad”. Finalmente, el Tribunal de Livorno en base al informe del perito y en base a la corta edad de la niña de ocho años, determina que, en caso de conflicto entre los progenitores sobre la religión a profesar, el interés de la menor prevalece sobre la práctica religiosa distinta de la católica, en base también al contexto social y familiar (pues tanto compañeros de clase, como familiares directos ejercían la religión cristiana). He aquí donde podemos observar esa prevalencia del interés del menor frente a otros intereses, ya que el interés de la menor es considerado preferente a la libertad religiosa del padre.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

A la vista de lo expuesto en relación con la indeterminación del concepto del interés superior del menor con relación al tratamiento e interpretación de este, cabría enumerar una serie de criterios³⁶ como directrices básicas que dotan de contenido a tal principio o concepto.

En primer lugar, la noción del interés del menor debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención sobre los derechos del niño de 1989, como son el derecho a la salud, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a ser oído, derecho a educación, derecho contra toda forma de perjuicio abuso físico o mental, etc.

En segundo lugar, la audiencia y voluntad del menor serán consideradas como eje fundamental del principio para saber y determinar el interés del propio menor.

Y, por último, el interés del menor debe interpretarse a favor del libre desarrollo de la personalidad, consagrado a su vez en el artículo 10 CE³⁷.

Es por ello de lo que extraemos³⁸ en conclusión una triple dimensión³⁹ del interés del menor:

-Como Principio Jurídico interpretativo, de forma que cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga el interés superior del menor.

-Como Norma de Procedimiento, de forma que cuando se deba tomar una decisión que afecte al menor, el mismo deberá de participar en el procedimiento con las garantías plenas, realizándose una estimación de las posibles repercusiones sobre su vida y debiendo justificarse por qué se tomó cada decisión en su interés.

³⁶ Linacero de la Fuente, M. (2020). *Tratado de derecho de familia: aspectos sustantivos: procedimientos, jurisprudencia, formularios* / (2ª edición). Tirant lo Blanch.

³⁷ Artículo 10 CE. 1 “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

³⁸ Nogales Naharro, M. de los A. (2023). *El Interés Superior Del Menor de Edad Como Principio Rector de la Actuación de Los Poderes Públicos en Situación de Riesgo*. Marco Legal. (1st ed.). Dykinson, S.L.

³⁹ Recogido en la Observación General núm.14 del Comité de los Derechos del Niño (apartado I A, párrafo 6).

- Como Derecho sustantivo, al ser la consideración primordial que deberá evaluarse al conjugar distintos intereses en juego para tomar una decisión sobre la cuestión debatida que afecte al menor.

2.3.1. El interés del menor como elemento de interpretación de las normas.

El interés del menor como elemento de interpretación de las normas debe entenderse en el sentido que, en el caso de que las disposiciones jurídicas puedan ser interpretadas de más de una forma, se debe escoger la opción que con mayor efectividad vele por los intereses del menor. En este sentido, en toda medida que tenga por objeto a los menores en concurrencia con otros intereses, el interés del menor deberá primar sobre cualquier otro con el que pudiera concurrir.

Esta regla interpretativa se presenta como una solución de conflicto de intereses en el que prevalece el que está calificado como "superior", lo que viene a recalcar la preponderancia del interés del menor frente a otros intereses, considerándola como "regla de la opción más beneficiosa para el menor"⁴⁰ y en la que "todos los poderes públicos deben velar por el interés y beneficio de los menores de edad".⁴¹

Esta interpretación en beneficio del menor ha sido objeto de desarrollo tanto con la modificación del artículo 2⁴² de la LOPJM, como por la Observación General n° 14 de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, en la que, en definitiva, el interés superior tiene que ser considerado como primordial.

⁴⁰ Fernández Pérez, A. (2018). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1(151). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12291>

⁴¹ Seminario de Especialización en Menores Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas 29-31 de marzo de 2017. LA CDN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LA SALUD Y LA EDUCACIÓN <https://www.fiscal.es/documents/20142/100049/Ponencia++Madrigal+Mart%C3%ADnez-Pereda%2CConsuelo.pdf/80c23c0f-cebc-ef09-cd8a-9a264dafc56a?t=1531139418664>

⁴² Artículo 2.4. "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados".

2.3.2. El interés del menor como norma del procedimiento.

Como hemos desarrollado anteriormente, el interés del menor no actúa sólo como derecho subjetivo que vincula a los poderes públicos, ni como principio interpretativo en base a la ponderación y determinación de criterios al caso concreto, sino que además es considerado como una garantía de procedimiento⁴³, en el cual se deben de motivar las decisiones adoptadas en referencia a otras consideraciones, garantizando así la intervención del menor en el procedimiento incluso cuando haya contradicción entre las partes, representantes o con la defensa del Ministerio Fiscal⁴⁴ y en el que se incluyen;

- a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
- b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
- c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses
- d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
- e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

⁴³ Tal garantía de procedimiento está recogido en el artículo 2.5 de la L.O. 8/2015.

⁴⁴ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", Revista de Derecho Privado, nº4, julio-agosto 2016. Pág. 49

Por consiguiente, vamos a adentrarnos en lo que supone ese derecho que el menor tiene a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

2.3.2.1. Audiencia del menor.

Partimos de la base de la participación de los menores en la determinación de lo que constituye su propio interés, lo que se traduce como hemos dicho anteriormente en el derecho que tiene el menor en participar en el proceso y ser oído. Dicha participación se encauza principalmente a través de lo que se conoce como “exploración del menor”⁴⁵ que se llevará a cabo mediante entrevistas realizadas por jueces y fiscales para la determinación sobre la custodia y visitas.

Hay que tener en cuenta que también existen otros agentes sociales, como los equipos psicosociales, constituidos por psicólogos y trabajadores sociales, que también contribuyen a dilucidar tal interés en pro del menor, si bien no son vinculantes sino meras recomendaciones a tener en cuenta a la hora de la determinación de las medidas a adoptar respecto del menor. Para la realización de tales informes resulta preceptiva la entrevista con el menor, pero resulta posible que las conclusiones que se alcancen sean contrarias a la voluntad manifestada por el mismo. A su vez, debe descartarse que la voluntad del menor no haya sido objeto de las denominadas interferencias parentales, anteriormente consideradas como “SAP”, Síndrome de Alineación Parental, considerado como *“trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir vínculo con el otro progenitor”*⁴⁶.

En cuando al ámbito normativo supranacional el derecho de audiencia del menor aparece en el articulado nº doce de la CDN en el que dispone;

“1. Los Estados Parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos

⁴⁵ En este sentido, véase la SAP Barcelona, sec. 18ª, de 17 de febrero de 2015, (SAPB 1766/2015 – ECL:ES:APB:2015:1766): *“la exploración del menor no es propiamente un medio de prueba, sino que se configura legalmente como el derecho del menor a ser escuchado antes de que por la autoridad competente se tome una decisión que le puede afectar”* y véase también SAP Badajoz, Mérida, sec. 3ª, de 2 de octubre de 2014, (SAP BA 887/2014 – ECLI:ES:APBA:2014:887) en el que se establece; *“ la audiencia del menor, debe considerarse como un derecho que se realizará en la forma más beneficiosa para él, sin imposiciones sin que sus manifestaciones sean vinculantes”*

⁴⁶Howard Alanis, W. (2014). El síndrome de alienación parental. *Revista De Derecho*, 13(25), 129–158. Recuperado a partir de <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/540>

que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

También habría se regula en el artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 8 de julio de 1992;

“1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.”

En cuanto al ámbito normativo del derecho de la audiencia del menor, a nivel estatal, está reconocido en el Código civil, en el ámbito de la patria potestad⁴⁷ y también en el procedimiento de separación y divorcio⁴⁸, entre otros. Por otro lado, la consagración del derecho a la audiencia del menor se encuentra en el artículo 9 de la LO 8/2015, de 22 de julio;

1. “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. “

⁴⁷ Artículo 154 C.C.: *“Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.”*

⁴⁸ Artículo 92.6 C.C.: *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.”*

Como podemos observar, la legislación incide y bastante en lo que se refiere a la madurez, lo que constituye, como seguidamente se expondrá, un criterio subjetivo, sujeto a interpretación. No por ello debemos incurrir en el error de afirmar que no resulta posible que se produzcan interferencias o injerencias sobre los menores en los procesos de crisis matrimoniales, que condicionen sus manifestaciones. En este sentido, un sector doctrinal considera que el carácter preceptivo⁴⁹ de la audiencia del menor debe ceder en aquellos supuestos en que la conflictividad es tal que obligar al menor a expresar su parecer en relación a sus progenitores podría causarle un perjuicio importante, en los que existen indicios de manipulación sobre el menor por parte de alguno de los progenitores, o en los que puede apreciarse que el menor padece un trastorno psicológico grave. En estos casos, es preferible determinar el interés del menor a través de otros cauces.

En segundo lugar, continuando con el carácter preceptivo o no de la audiencia del menor, cabría destacar un sector doctrinal más taxativo, partidario de que la audiencia del menor tenga lugar sólo cuando resulte imprescindible o también cuando se tengan dudas a la hora de la decisión a tomar por parte del juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. Y ello toda vez que este sector de la doctrina considera que resulta redundante entrevistar al menor, si los deseos del mismo han quedado claros y son acordes a lo expresado por sus representantes legales, o bien si no hay discusión alguna en relación con el ejercicio de la guarda y custodia.

Por otro lado, finalmente, cabría mencionar la última postura doctrinal, que defiende el carácter preceptivo siempre que se den dos presupuestos legales: la mayoría de doce años de edad o la suficiencia de juicio del menor. En este sentido, hay que tener en cuenta el grado de madurez del menor, que figura como hemos comentado anteriormente en el artículo 9 de la LO 8/2015 de 22 de julio;

“1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado[...]teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”

En relación con el grado de madurez del menor hay que tener en cuenta a partir de cuándo o de qué edad consideramos que el menor tiene cierto grado de madurez. Puede considerarse edad razonable para que el menor pueda ser escuchado la de ocho años, si

⁴⁹ Xavier Abel Lluch. (2018). LA AUDIENCIA DEL MENOR DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. In *Problemática actual de los procesos de familia* (1st ed., pp. 303-). J.M Bosch. Págs 314 y 315

bien la fase inicial de la entrevista vendrá encaminada precisamente determinar el grado de madurez del menor, haciendo un juicio de ponderación de la misma, antes de comenzar el interrogatorio⁵⁰. De dicho juicio deberá dejarse reflejo en el acta de exploración.

Es posible que, a pesar de tener ocho años o más, el menor no tenga suficiente madurez para abordar el proceso. Ante ello debe determinarse si esa falta de madurez apreciada es propia del menor, en cuyo caso se dará poca relevancia a las manifestaciones o deseos del menor expresados por el mismo; o si se debe a una situación emocional que conlleve angustia, sobreexcitación, temor, etc., en cuyo caso se suspenderá la diligencia y se señalará más adelante, si resulta necesario con auxilio de especialistas que puedan apoyar para entender mejor al menor o minimizar el impacto emocional que se le supone la entrevista. En casos extremos podrá denegarse la entrevista, motivando el juzgador en la resolución el perjuicio que su realización le puede ocasionar al menor, como por ejemplo el que pueda perjudicar la convivencia con cualquiera de sus representantes legales o resto de familiares.⁵¹

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la audiencia del menor, diversas son las consideraciones realizadas por los expertos en relación a si dicha diligencia puede considerarse como un medio de prueba o como un derecho como tal del menor. Diversas publicaciones judiciales y sentencias recientes aluden al mismo como “no es propiamente una prueba”⁵², pudiendo considerarse más bien como “diligencia o actuación judicial que tiene como finalidad satisfacer el derecho del menor a ser oído”⁵³. Por otro lado, también existe controversia con relación a si los deseos y preferencias del menor deben considerarse como objeto de prueba, puesto que no se trata de fijar un hecho controvertido a efectos del proceso, sino que el juez conozca de los deseos del menor para, en definitiva, poder decidir sobre las cuestiones que afectan al mismo. Además, a esto habría que añadir que la exploración del menor no figura entre los medios de prueba recogidos en el artículo 299 LEC⁵⁴, no existiendo propiamente contradicción, sino una mera entrevista o dialogo

⁵⁰ SAP, Badajoz, Mérida, sec 3ª, de 2 de octubre de 2014 (SAP BA 887/2014 - ECLI:ES:APBA:2014:887)

⁵¹ Xavier Abel Lluch. (2018). LA AUDIENCIA DEL MENOR DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. In Problemática actual de los procesos de familia (1st ed., pp. 303-). J.M Bosch.

⁵² STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2018 (STS 41/2108; ECLI:ES:TS:2018:41).

⁵³ SAP Barcelona, sec 18ª, de 11 de febrero de 2013 (SAP B 1493/2013;ECLI:ES:APB:2013:1493)

⁵⁴ Artículo 299 LEC: “1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados. 4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos.”

con el menor, en que su voluntad no resulta controvertida, sino tan solo si la misma ha de respetarse o no por su mejor interés.

Resulta interesante realizar una comparativa respecto al resto de ordenamientos jurídicos que nos rodean a nivel comunitario e internacional en relación con la regulación establecida en cada uno de ellos sobre la audiencia del menor⁵⁵. En el caso de Estados Unidos o Australia, ambos países consideran que tal audiencia debe ser competencia de una medición familiar y no del juez, no siendo parte del procedimiento judicial, para así evitar y proteger al menor del posible trauma del proceso, considerándolo que en manos de un mediador familiar pueda ser más eficaz y menos estresante para el menor. A nivel europeo, en el caso de Suecia, más que derecho de audiencia del menor, la regulación prevé que los representantes del mismo deberán involucrarse en la negociación y participación a través de acuerdos, pues establece que *“se deberán tener en cuenta según avanza en edad y se desarrolla, los puntos de vista y los deseos que exprese y los padres debatirán con el hijo las cuestiones relativas a su cuidado y promoverán la adopción de acuerdos”*.

Por otro lado, el ejercicio del derecho del menor a ser oído puede entrar en disputa y afectar a otros derechos fundamentales⁵⁶ como es el derecho a la intimidad y en este sentido, habría que nombrar la Cuestión de inconstitucionalidad n.º 3442-2018, planteada en relación con el artículo 18.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, por posible vulneración del artículo 18.1 de la CE. En ella, se discute acerca de si la realización de la audiencia del menor pudiera ser inconstitucional por afectar al derecho fundamental de la intimidad. En el punto 3 de la cuestión se explica que al documentar lo manifestado en lo que se denomina un “acta detallada” con el resultado de la exploración y ponerla en conocimiento a las partes para posibles alegaciones, se revelan las manifestaciones, los deseos y las preferencias del menor, lo que puede afectar a su intimidad. Continúa afirmando que *“es muy probable que el juez se vea obligado a dirigir la exploración evitando las preguntas que incidan en la intimidad, obteniendo menor información”* y que, además, no incluye una *“cláusula de flexibilidad”* acerca de si a la hora de la exploración el juez extrae consideraciones que puedan comprometer la

⁵⁵ Rivero Hernández, Francisco. (2007). *El interés del menor* (2da. ed.). Dykinson. Págs 191 a 194.

⁵⁶ Pizarro Moreno, Eugenio. (2020). *El interés superior del menor : Claves jurisprudenciales*. Reus. Págs 84 a 86.

intimidad del menor. Además, añade que también entra en conflicto con los derechos de defensa del letrado, ya sea considerado o no como medio de prueba, pues proporciona información interesante para la decisión judicial. Es por ello por lo que la STC continúa afirmando que, ante un supuesto de colisión entre derechos fundamentales, cabe examinar la constitucionalidad de la norma exigiendo efectuar un triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En primer lugar, en cuanto a la idoneidad, habrá que determinar si el resultado de la audiencia del menor constituye un instrumento idóneo para que las partes puedan hacer uso de defensa presentando alegaciones y como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. En segundo lugar, en cuanto al juicio de necesidad habría que valorar si es posible alcanzar su objetivo sin otra más moderada y de igual eficacia, y esto lo vemos traducido a través de competencia al legislador, que a través del artículo 18.2 Ley 15/2015 garantiza esa audiencia de las formas que resulten más adecuadas como a puerta cerrada, sin injerencias de otras personas, con auxilio de especialistas y o Ministerio Fiscal. Y, por último, en cuanto al juicio de proporcionalidad, debe de analizarse si se derivan de la audiencia más beneficios para el menor que perjuicios. Finalizando el comentario a la sentencia, veo interesante recalcar como termina diciendo la misma que *"si se observan estrictamente estas reglas y cautelas, se reduce al mínimo la incidencia en su intimidad[...] el contenido del acta únicamente deberá de detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas y por ello estrictamente relevantes para la decisión del expediente"*.

2.3.2.2. Informe psicosocial

Ya se ha señalado que, junto con la exploración del menor, existen equipos psicosociales, constituidos por psicólogos y trabajadores sociales, que, tras las entrevistas que se consideren oportunas, incluida la del menor, contribuyen a dilucidar el interés del mismo.

Esta herramienta puede calificarse como “dictamen de especialistas”⁵⁷ encomendada por el juez o por la fiscalía, o bien, toda aquella valoración llevada a cabo por profesionales, Equipo Técnico Judicial adscrito al Juzgado de familia, en materia de psicología y/o de trabajo social en el que se examina a la familia o alguno de sus miembros, con la finalidad de poder ser utilizarlo posteriormente como medio de prueba

⁵⁷ Xavier Abel Lluch. (2018). EL DICTAMEN DE ESPECIALISTAS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. In Problemática actual de los procesos de familia (1st ed., pp. 251-252). J.M Bosch.

en la sentencia, a la hora de motivar sus pronunciamientos a partir de un conocimiento fundado en criterios profesionales⁵⁸.

En cuanto al ámbito normativo de tal informe podemos encontrarlo en el artículo 92.9 CC en el que prevé al juez que pueda recabar el dictamen de especialistas;

“El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior”

Por otro lado, en la LO 1/1995, de 15 de enero, se recoge la intervención de especialistas en la audiencia del menor, en el cual se da garantía que tal audiencia pueda practicarse con la intervención de profesionales cualificados o expertos, y dice así;

“En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente y se realizará de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia si fuera necesaria de profesionales cualificados o expertos [...]”

Volviendo al concepto del dictamen o informe pericial, del mismo extraemos una serie de características, siendo la principal que se trata de un dictamen y por lo tanto aporta conocimientos científicos, de los que el juez no tiene alcance o conocimiento⁵⁹. El dictamen se emite a requerimiento judicial, pues no es usualmente un medio probatorio aportado por las partes. Se basa en una metodología propia de las ciencias de la conducta humana en base a entrevistas y observación directa del menor con respecto a su entorno, como su relación a los servicios públicos, es decir, referencias su entorno educativo, centros de salud, etc.⁶⁰. Tiene por finalidad ayudar al juez en la toma de decisiones

⁵⁸ Subijana, I. J., & Echeburúa, E. (2022). El Conflicto de Roles con respecto a la Prueba Pericial Psicológica en el Proceso Judicial. *Anuario de psicología jurídica (Madrid, España)*, 32(1), 107–114. <https://doi.org/10.5093/apj2021a22>

⁵⁹ Fariña, F., & Ortuño Muñoz, J. P. (2020). La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos ([1a edición]). Tirant lo Blanch. Págs 153 y 154.

⁶⁰ Fariña, F., & Ortuño Muñoz, J. P. (2020). La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos ([1a edición]). Tirant lo Blanch. Pág 156; "Los métodos de recogida de datos normalmente incluyen los instrumentos de evaluación psicométrica, las entrevistas, la observación y registro conductual, análisis de contenido de la interacción, así como el análisis documental y de otras fuentes colaterales (ya sean otras

generalmente para la adopción de la guarda y custodia y el régimen de visitas. Cabe destacar, que la jurisprudencia lo desarrolla como un dictamen no necesario, aunque conveniente⁶¹, generalmente en rupturas matrimoniales donde no hay acuerdo por los representantes legales del menor. No tiene un carácter vinculante⁶² y abarca no sólo al menor sino también a los progenitores o representantes, pues está configurado desde una perspectiva general y completa⁶³.

En cuanto a la eficacia probatoria de los informes psicosociales, el Tribunal Supremo ha señalado que *“por tanto, las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos”*. (Sentencia de 18 de noviembre de 2011, rec. 1728/2009)⁶⁴.

En cuanto a su naturaleza jurídica debemos partir de su diferencia con la prueba pericial. Como hemos nombrado anteriormente, en el citado artículo 92.9 el dictamen se acerca a la prueba pericial como medio por el cual el perito introduce su fuente de conocimiento en el proceso. Además, podemos añadir que no hay regulación específica y que no se encuentran en la regulación de la prueba pericial de los artículos 335⁶⁵ a 352 LEC.⁶⁶ Pero no por ello no hay considerarla como prueba, pues pese a no definirse como tal, podríamos afirmar que cumple todos los requisitos necesarios para ser tratada como tal.

También habría que diferenciarlo del informe psicológico porque el informe psicosocial es solicitado por el juez y a diferencia del informe psicológico, que puede ser solicitado por las partes interesadas. Además, el informe psicosocial abarca como hemos nombrado anteriormente todo el núcleo familiar para finalmente determinar la decisión adecuada, mientras que el informe psicológico por el contrario puede sólo valora a uno

personas convivientes y/o significativas para el menor, o bien profesionales que puedan aportar información de interés”.

⁶¹ STS, Sala 1ª, de 7 de marzo de 2017

⁶² STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010

⁶³ STS, sala 1ª, de 19 de octubre de 2017

⁶⁴ STS 465/2015, 9 de septiembre de 2015

⁶⁵ Fariña, F., & Ortuño Muñoz, J. P. (2020). La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. Pág- 156. *“El psicólogo forense en procesos de familia es llamado en auxilio judicial con la finalidad de que aporte fundamentos científicos”*

⁶⁶ Xavier Abel Lluch. (2018). EL DICTAMEN DE ESPECIALISTAS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. In Problemática actual de los procesos de familia (1st ed., pp. 258-262). J.M Bosch.

de los progenitores o al menor y a un progenitor. Y como última diferencia, pese a que el informe pericial es preceptivo, aunque no vinculante, el informe psicológico ni siquiera resulta preceptivo⁶⁷.

Por último, cabría también diferenciar el dictamen de especialistas con respecto a la audiencia del menor. En primer lugar, y en base a su naturaleza, no constituye un medio de prueba a diferencia del dictamen de especialistas que se considera prueba como tal. En segundo lugar, las finalidades son diferentes, y en base al ámbito de conocimiento, dado que mientras el dictamen se considera como auxilio del juez para la motivación de la decisión en el proceso, con una visión global acerca del entorno social y familiar del mismo, la audiencia es como su nombre indica mera exploración para saber la opinión del menor en todo lo que le concierne. En tercer lugar, y relativo al procedimiento, la audiencia del menor se realiza con intermediación, es decir, contacto directo entre el juez y el menor, mientras que, en el dictamen, es el informe el que dictamina sobre el menor, y son los profesionales los que realizan la valoración oportuna sobre sus intereses.

Es cierto que, a efectos procesales, se ha cuestionado si sería posible la sustitución de la audiencia del menor por el dictamen de especialistas, con la finalidad de evitar la repercusión que para el menor puede tener ser sometido a dos entrevistas, con distintas metodologías y criterios. Por ello se indica que la entrevista realizada por un profesional ya sea psicólogo o trabajador social, puede hacer innecesaria la exploración del menor por parte del juez. Ello no impide que el juez pueda prescindir del informe psicosocial, con la motivación debida, o que el juez pueda también restringir el derecho de audiencia del menor en pos del interés del mismo, por lo explicado anteriormente, para evitarle perjuicios.

Dispone el art. 752 LEC en relación, entre otros, a los procedimientos de familia, que se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Se consagra por tanto el principio de libertad y amplitud probatoria en este tipo de procedimientos, que tienden a buscar a verdad material y determinar el beneficio del menor con independencia de las artes probatorias de los letrados. En este sentido, ha manifestado la STS de la Sala 1ª de 10 de julio de 2015 que

⁶⁷ Nieto Morales, C. (2021). *Análisis y valoración de la prueba pericial: social, educativa, psicológica y médica : el perito judicial* (4. ed.). Dykinson. Pág. 141

es doctrina reiterada que: *“la regla de la prueba presenta una excepción en el artículo 752 LEC, que evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del artículo 271.1 LEC y del propio artículo 460 LEC, dada la naturaleza del objeto del proceso. De este modo, el artículo 752.1 LEC contiene reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales, que son: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) que el Tribunal decreta de oficio cuantas pruebas estime pertinentes”*.

2.3.3. El interés del menor como derecho sustantivo en resoluciones de conflicto: nulidad, separación y divorcio.

Numerosos son los sujetos que intervienen y velan por la determinación del interés superior del menor: en su esfera más cercana, sus representantes legales, ya sean sus progenitores o sus tutores, a través de las obligaciones inherentes a la patria potestad o tutela, o incluso sus guardadores de hecho; y en la esfera institucional, todas las administraciones públicas, y, muy especialmente los jueces y magistrados y el Ministerio Fiscal.

En primer lugar, el conjunto de las facultades y deberes que se atribuyen a los progenitores en interés de sus hijos menores es lo que se denomina “Patria Potestad”. Dicha potestad está sujeta a dos límites: que se ejerza en beneficio de los hijos y que se fundamente en el respeto de la personalidad del menor. De ello podemos extraer el concepto de "Patria Potestad", recogido en el artículo 154 del Código Civil;

" Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad."

El respeto a la personalidad del menor requiere de los padres dotar al menor de cierta libertad de autonomía para su desarrollo, con la opción de que el menor pueda expresar libremente sus deseos en base al grado de madurez que tenga el mismo. Pero no siempre es posible que los progenitores o representantes legales tengan libre capacidad de decisión respecto a lo que afecta a los menores, pues pueden producirse conflictos de intereses dentro del ejercicio propio de la patria potestad, bien entre los progenitores, bien entre uno o ambos progenitores y el menor, lo que puede determinar el sometimiento de la cuestión al juez o el nombramiento de un defensor judicial.

Por otro lado, y como hemos señalado en apartados anteriores, la protección de los menores constituye una obligación a cargo de los poderes públicos en base al artículo 53 CE, en el que el Tribunal Supremo en su STS 54/2011, de 11 de febrero, 258/2011 25 de abril de 2011 y STS 823/2013 de 31 de enero de 2013 ha incidido. Así lo recoge el autor PIZARRO MORENO⁶⁸; "*Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a jueces y tribunales, según establece los artículos 53CE y 5 LOPJ y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección."*

De estas palabras del Tribunal Supremo se desprende que la obligación de los jueces y tribunales de velar porque el interés del menor sea efectivo, deriva, por un lado,

⁶⁸ Pizarro Moreno, Eugenio. (2020). *El interés superior del menor : Claves jurisprudenciales*. Reus. Pág 76.

del deber general que se impone a todas las administraciones públicas, y, por otro, del deber de control que a ellos se les atribuye en exclusiva,⁶⁹ pues tienen capacidad de decidir sobre la situación concreta del menor en todos los procedimientos en los que los mismos son parte, ya sea relativos a la resolución de crisis matrimoniales, a su protección en caso de riesgo o desamparo, o cualesquiera otras circunstancias que se someten a su criterio. Este control judicial, a su vez, se encuentra condicionado por el principio de intervención mínima, es decir, la función judicial debe inmiscuirse lo menos posible en el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores, y suponer el menor cambio posible en el entorno y forma de vida del menor, intentando lograr el equilibrio entre el medio y el fin perseguido.

El importante papel que desempeña la Administración pública en materia de protección de los menores se ve completado por el artículo 174 CC, que introduce la participación del Ministerio Fiscal como superior vigilante de la actuación realizada por la Administración, como respuesta al sometimiento de la intervención administrativa al control jurisdiccional.

La Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contempla en su articulado las funciones propias del Ministerio Fiscal, entre las que se haya la de “*formar parte de aquellos organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de los menores [...]*” (art. 3.7) para lo cual se permite “*visitar en cualquier momento los centros y establecimientos..., examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente*” (art. 4. 2). A pesar de que la función de superior vigilancia que atribuye el art. 174 al Ministerio Fiscal pudiera hallarse subsumida en el articulado que compone su Estatuto, lo cierto es que el art. 174 del Código Civil viene a ampliarla, puesto que extiende su cobertura a organismos que sin ser específicamente tutelares –la guarda legal y el acogimiento- sí requieren una superior vigilancia.

Además, podemos destacar una triple actuación⁷⁰ que ostenta el Ministerio Fiscal en la protección del menor:

⁶⁹ Rivero Hernández, Francisco. (2007). *El interés del menor* (2da. ed.). Dykinson. Págs 311 a 313

⁷⁰ Pizarro Moreno, E. (2020). *El interés superior del menor : Claves jurisprudenciales*. Reus. Pág. 76 a 79

- legitimación para ejercitar acciones que corresponden al menor y que repercutan en su interés, como por ejemplo acciones de filiación en nombre del menor o relativas a derechos de intimidad e imagen del menor, etc.

-tiene que estar presente en procesos que afecten al menor, como parte o mero interviniente.⁷¹

-ejerce funciones de control y vigilancia en lo relativo a la guarda y acogimiento de menores.

Tal tarea de superior vigilancia atribuida al Ministerio Fiscal puede concretarse en una serie de funciones específicas:

1) Vigilar, lo que significa velar, atender y controlar. Con ello se quiere expresar que el Ministerio Fiscal no tiene funciones sino controladoras que le permiten revisar aquellas decisiones tomadas y practicadas por la Administración, ejercer un papel de intermediario entre ésta y el control judicial y, sobre todo, llevar a cabo un seguimiento de los menores con objeto de adoptar las medidas protectoras pertinentes a sus intereses o de remediar las que, ya en práctica, no logran que el interés del menor quede suficientemente protegido.

2) La superior vigilancia del Ministerio Fiscal sólo podrá ser ejercitada con la plena colaboración de la entidad pública. Con tal finalidad, la entidad pública debe dar noticia inmediata al Ministerio Fiscal de los nuevos ingresos de menores en centros o establecimientos destinados al efecto.

3) La verdadera vigilancia se materializa en un seguimiento continuo –al menos semestral- de la situación de los menores. Para ello, el Estatuto le legitima a visitar en cualquier momento los centros o establecimientos en que se encuentren los menores, lo que le permitirá un seguimiento más próximo y real.

La vigilancia del Ministerio Fiscal está calificada de “superior”. Ello implica la presencia de dos escalas o niveles de graduación dentro de la vigilancia encomendada

⁷¹ Artículo 749 LEC: “1. En los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor.”

tanto a la entidad pública como al Ministerio Fiscal. La responsabilidad por las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal no exime de la responsabilidad atribuida a la Administración.

3. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR

El interés del menor, en los términos hasta ahora expuestos, debe ser el fin principal a conseguir en todos aquellos procedimientos que tienen por objeto la adopción de medidas en relación con su persona y bienestar, muy fundamentalmente, la atribución, en situaciones de crisis familiar, de su guarda y custodia a uno de los progenitores en exclusiva, a ambos de forma compartida, o incluso a un tercero en aquellas situaciones en las que los progenitores se ven impedidos para el cuidado efectivo y adecuado del menor.

3.1. LA PATRIA POTESTAD

Con carácter previo, se analizará el concepto de patria potestad, pues constituye un haz de facultades y obligaciones sobre el menor, dentro de las cuales se comprende el ejercicio de la guarda y custodia, que es propiamente el objeto de nuestro análisis.

La patria potestad puede definirse como “conjunto de facultades y derechos que se conceden a los progenitores para poder cumplir los deberes y obligaciones que les competen en relación con sus hijos menores de edad o incapacitados”⁷². Como tal no contiene una definición, sino que ha sido la jurisprudencia y parte de la doctrina la que ha ido delimitando el concepto. Se encuentra regulada de los artículos 154 a 171 del Código Civil. En el artículo 154, establece que el ejercicio de la patria potestad se ejercerá sobre los menores no emancipados en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica. Aquí cabría diferenciar entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, que como regla general y en el caso de crisis matrimoniales, ya sea separación o divorcio no implica o no afecta a la titularidad de la patria potestad, pues la siguen ostentando ambos.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones que constituye objeto de la patria potestad puede dar lugar a la privación de la misma. Como se establece en el artículo 92.3

⁷² Pérez Velázquez, J. P., & Aguilar Ruiz, L.. (2021). *Derecho de familia* (3ª edición). Tirant lo Blanch. Págs 201 a 202.

CC “*el juez acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa justa para ello*”, lo que ha de ponerse en relación con el artículo 170 Código Civil, en relación a la modificación de la titularidad o privación de la misma, en el que dispone que “*cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*”, es decir, cuando se incumplan los deberes referidos en el anterior artículo nombrado 154, que son⁷³ velar por los menores, proporcionándoles todo tipo de cuidados, tanto materiales como morales, tenerlos en compañía, en el sentido de relación afectiva y de relación mediante comunicación mutua, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral y administrar sus bienes y representar a los mismos.⁷⁴

No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan dichos deberes de forma grave y reiterada, y que además la misma sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos.

Del artículo 170 CC se deduce que la discusión en un proceso cuyo objeto sea la privación de la patria potestad se limita a una cuestión de hecho, cuál es la determinación de si ha habido o no el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad respecto de un hijo menor sometido en principio a la misma y si, caso de haberlo, tiene la entidad suficiente para motivar una medida tan grave como es la referida privación, a salvo siempre la posible recuperación futura, siendo evidente que ello es consecuencia obligada del principio de protección y salvaguarda de los intereses del hijo menor que preside toda la regulación sobre la materia.

Dicho principio no es sino aplicación de la declaración programática que se contiene en el artículo 39 de la Constitución Española, y por lo demás, como dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 y 20 de enero de 1993, el texto del artículo 170 del Código Civil no distingue entre si el incumplimiento de los deberes que encarna la patria potestad, y que puede motivar su privación total o parcial, es o no voluntario, bastando que se produzca el mismo con una extensión tal que conlleve objetivamente el abandono psíquico y material o de ayuda al menor, ya que, en definitiva,

⁷³ Pizarro Moreno, M., Pérez Velázquez, J. P., Aguilar Ruiz, L. , López y López, A. M., & Valpuesta Fernández, Ma. del R. (María del R. (2023). *Derecho de familia* (4ª edición). Tirant lo Blanch. Pág 216

⁷⁴ Jabbar Churba, M., & Díaz Martínez, C. (2020). *Menores en disputa : custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Págs. 29 a 31.

lo que importa es el bien de los hijos cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de dicho derecho deber o derecho función en que la Patria Potestad viene configurada.

Teniendo en cuenta el carácter de función social, toda limitación que se realice debe ser excepcional y debe ser objeto de interpretación restrictiva⁷⁵. En este sentido, la Sentencia de 6 de julio de 1996 el Tribunal Supremo recogió que *“el art. 170 C.C. en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma”*.

Y en Sentencia de fecha 18 de octubre de 1996 precisó que *“la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva”*.

En Sentencia de 31 de diciembre de 1996, nuestro más alto Tribunal afirma que *“aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no solo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el art. 170 C.C. que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil”*.

⁷⁵ Nevado Montero, J. J. (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*. J M BOSCH EDITOR. Pág. 147 a 152

Concreta en Sentencia de 23 de febrero de 1999 que *“aquel incumplimiento de deberes debe calificarse como grave, pues no se puede olvidar que la separación de los cónyuges “no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos (art. 92 C.C.) de manera que el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la privación de la patria potestad y por ello se acoge el motivo, lo que exime del examen del segundo, por inútil”*. Y en Sentencia de 24 abril de 2000 dispone que *“La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función de servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 CE (Constitución Española); de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente L. 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2). Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación, añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño.»*”

Finalmente, en Sentencia de 9 julio 2002 señala que *“La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor conforme declara el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 diciembre 1966) y que refiere el art. 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho- deber llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad para evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el art. 170 C.C. establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante*

sentencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma lo que ha de presentarse plenamente probado (S 6 Julio 1996). Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración”.

3.2. LA GUARDA Y CUSTODIA

Por consiguiente, la guarda y custodia podríamos comenzar definiéndola como un deber y facultad de los padres referente a los hijos, íntimamente ligado⁷⁶ a la patria potestad, pues deriva de una de las funciones del ejercicio de la patria potestad y que implica tener a los hijos en compañía, bajo su cuidado y atención. En cuanto a la regulación del mismo, el Código civil, que alude en numerosas ocasiones a la figura objeto de desarrollo, utiliza varios términos para referirse a ella, pero no se recoge una definición como tal. Desde el punto de vista etimológico, la Real Academia Española define la custodia como “*acción y efecto de custodiar*” y entiende por custodiar “*guardar con cuidado y vigilancia*”. Por otro lado, y en referencia a la guarda, la denomina como “*acción de guardar*” y lo define como “*tener cuidado de algo, vigilarlo y defenderlo*”.

En lo que respecta al marco europeo, debemos hacer referencia al Reglamento 2201/2003 del consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental. En el Reglamento no hay una definición exacta pero sí la denominación de “*derechos de custodia*”, y lo define como “*Derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia*”⁷⁷.

No puede extrapolarse el concepto del marco europeo a nuestro ordenamiento jurídico ya que, por un lado, la definición podría quedarse algo escueta, pues pese a que conlleve el cuidado del menor, no hace referencia a la convivencia con el mismo. Y, por otro lado, excede del contenido que se atribuye en nuestro país, pues, incluye “la facultad

⁷⁶ En palabras del Delgado Sáez: “*como sabemos la guarda y custodia se encuentra englobada bajo la patria potestad por configurarse como el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor.*”

Delgado Sáez, J., Lapor, M., & Torrelles Torrea, E. (2020). La guarda y custodia compartida : estudio de la realidad jurídico-práctica española. Editorial REUS. Pág 17.

⁷⁷ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Págs 38 a 40.

de decidir la residencia del menor”, que en realidad es una de las facultades propias del ejercicio de la patria potestad, perteneciente a ambos progenitores y no de la guarda y custodia.

Históricamente, por lo que respecta a nivel normativo nacional, en la primitiva redacción del Código civil se denominaba como “cuidado y custodia”. El término como tal fue incorporado por la LEC en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Título I, del libro IV “*los que versen sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores*”⁷⁸.

Cierto sector doctrinal define la guarda y custodia como “*aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma habitual, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial, bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia*”⁷⁹.

En definitiva, consideramos la guarda y custodia como función implícita⁸⁰ de la patria potestad, que, a consecuencia de situaciones de ruptura de pareja, se desvincula de aquella para pasar a ser un derecho-deber independiente, formando su contenido fundamental en conceder todo tipo de cuidados a los hijos y tener a éstos en compañía⁸¹.

Inicialmente, la guarda y custodia se atribuía, en situaciones de conflicto familiar a uno sólo de los cónyuges en lo que se denominaba guarda y custodia monoparental exclusiva paterna o materna. Más tarde, se introdujo la denominación de guarda y custodia compartida a través de la Ley 15/2005 por el que se modifica el artículo 92 del Código Civil. En ella se puede observar que el legislador se adapta y se actualiza a los nuevos usos y costumbres, y plasma esa evolución que se venía dando en favor de la salvaguarda del interés superior del menor estableciendo la custodia compartida como

⁷⁸ Nevado Montero, J. J. (2021). *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*. J M BOSCH EDITOR. Pág. 178

⁷⁹ Guilarte Martín-Calero, C. (2008). La custodia compartida alternativa. InDret, 2.

⁸⁰ Jabbar Churba, M., & Díaz Martínez, C. (2020). *Menores en disputa : custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 31

⁸¹ Domínguez Oliveros, I. (2018). *¿Custodia compartida preferente o interés del menor? : marco normativo y praxis judicial* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 34

regla general y como una excepción. Con anterioridad, se había modificado en 1982, a través de la ley 30/1981 y pese a que no se contempla guarda y custodia compartida, cabe destacar una de las sentencias pioneras en este sentido, la SAP Granada, sección 3, de 24 de noviembre de 1989 en la que se establece que desde un punto de vista social y humano, existen unos principios informadores para la determinación de la guarda y custodia de los hijos, pues considera que hay una mayor vinculación por parte de la madre con los hijos que respecto al padre, al menos, en los primeros años de vida, ya sea considera por el apego biológico y psicológico y la importancia de los profesionales sociales, como los psicólogos, que consideran que por ley natural, el desarrollo de la personalidad de los hijos se desarrolla a través de la relación con la madre, y que de forma excepcional será aconsejable atribuirle la guarda y custodia al padre.

Merece especial consideración la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que fue pionera en el establecimiento de la custodia compartida, pues preveía este sistema como regla general, en su artículo 5.2: *“sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”*. Ello siempre, previa audiencia del Ministerio Fiscal y sólo en supuestos de ausencia de pacto entre los progenitores, promoviendo en todo caso la autonomía de la voluntad de los mismos. La Ley valenciana de custodia compartida no se limitaba a regulación la cohabitación entre progenitores e hijos menores, si no que iba más allá, extendiendo su ámbito de aplicación a las relaciones de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas de su entorno familiar.

El Tribunal Constitucional, no obstante, ha anulado en su totalidad esta ley considerando que no se había aportado prueba que permitiera apreciar la concurrencia de los requisitos que el artículo 149.1.8 CE exige, pues no hay pervivencia de normas consuetudinarias, luego no hay competencia para desarrollar unas normas que no existen. El TC entiende que la Generalitat se extralimitó en sus funciones, aunque no aplica la anulación con efecto retroactivo. En cuanto al alcance del pronunciamiento de inconstitucionalidad, señala el Tribunal que no afectará a situaciones jurídicas ya consolidadas, esto es, a las decisiones adoptadas por los tribunales durante el tiempo de vigencia de la ley ahora anulada, y ello conforme al principio de seguridad jurídica. Ello implica que los regímenes de guarda y custodia establecidos judicialmente y adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, continúan rigiéndose tal y como se haya

establecido judicialmente, en atención al beneficio del menor. Por lo tanto, el fallo no afecta a situaciones jurídicas consolidadas.

3.3. PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA

A continuación, vamos a desarrollar las formas de determinación del régimen de guarda y custodia. Tras la ruptura matrimonial se puede configurar a través de dos formas, bien por el procedimiento contencioso y que en definitiva es impuesto vía judicial o por el de mutuo acuerdo.

En el procedimiento de mutuo acuerdo, como su nombre indica, son los cónyuges los que deciden conjuntamente las medidas a adoptar tras su ruptura y el régimen de guarda y custodia de los hijos menores. Cabe destacar que es necesario que las partes lleguen al acuerdo sobre todas las medidas a adoptar, pues si existiera alguna controversia y no se produjera una conformidad total sobre todas las medidas, se continuaría por los cauces del procedimiento contencioso en relación con las medidas sobre las que no hubiera existido una conformidad plena. En este sentido, consideramos que el ordenamiento jurídico dota a los progenitores de una completa autonomía de la voluntad en lo que respecta a la toma de decisiones sobre los menores en caso de ruptura del vínculo familiar. Claro ejemplo de ello, lo podemos observar en la ley 15/2005⁸² que reforzó tal autonomía limitando la competencia del juez a los supuestos que resulte imposible el acuerdo. Además, con el fin de facilitar a las partes que se alcancen acuerdos, también se puede alcanzar durante el proceso contencioso, en cuyo caso, presentado el convenio regulador, el procedimiento se transformará y pasará a tramitarse con arreglo a las normas del mutuo acuerdo⁸³.

A continuación, se analizará el acuerdo conocido como “convenio regulador”, instrumento relevante por el cual los progenitores mutuo acuerdo organizan el régimen

⁸² Véase la exposición de motivos de la Ley 15/2005: “*la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas*” y también “*se busca reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. [...] se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida.*”

⁸³ Salvo que el acuerdo se alcance en el mismo día de la vista, que será el juez quien plasmará el acuerdo alcanzado en la propia sentencia.

de custodia y el resto de las medidas que regirán en lo sucesivo las relaciones entre los miembros de la familia.

El convenio regulador es un documento en el que los progenitores, ya sean cónyuges o parejas de hecho, pactan de mutuo acuerdo la forma en que se desarrollarán las relaciones paterno filiales relativas a sus hijos e hijas y las relaciones económicas entre los progenitores y con respecto a sus hijos. Este pacto, que regula las consecuencias de la ruptura⁸⁴, se contempló por primera vez en la Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modificó la regulación del matrimonio del CC, y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Posteriormente, han sido las Comunidades Autónomas las que han ido desarrollando y utilizando el convenio regulador como mecanismo de ordenación tras la ruptura matrimonial⁸⁵. Y es que la presentación del convenio regulador es obligatoria en todos los procedimientos de mutuo acuerdo, debiéndose acompañarse en el escrito de demanda de separación o divorcio, pues permite al juez conocer el contenido de los acuerdos alcanzados por los progenitores. Pese a que se garantiza autonomía plena respecto a la decisión de acuerdos entre progenitores, ésta está sometida a control jurisdiccional, que podrá en todo caso denegar la aprobación del convenio si se aprecia que sobrepasa los límites legales o es contrario al interés del menor. La aprobación del juez se considera un requisito imprescindible, y son dos las causas por las que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 90 2 CC, el juez puede denegar la aprobación del convenio regulador: que las medidas acordadas sean contrarias al interés del menor, es decir, que resulten dañinas para los hijos; o que resulten perjudiciales para cualesquiera de los progenitores.

Debe distinguirse el convenio regulador de los acuerdos prematrimoniales, que los cónyuges conciertan en previsión de una posible ruptura del matrimonio. Estos acuerdos deben entenderse como negocio jurídico entre partes que manifiestan de mutuo acuerdo las consecuencias del régimen de guarda y custodia ante una posible ruptura del matrimonio. Cabe diferenciarlos de otras dos figuras con las que guardan cierta similitud: las capitulaciones matrimoniales y el convenio regulador. La diferencia principal de estos

⁸⁴ María Luisa Zamora Segovia, Concepcion Nieto-Morales, Susana Hernando Ramos, & María Rosario Torres Reviriego. (2016). EL CONVENIO REGULADOR. In Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores (1st ed., pp. 75). Dykinson.

⁸⁵ Véase Disposición adicional segunda de la CDFA en el que se denomina como “pacto de relaciones familiares” a “*las referencias realizadas al convenio regulador se entenderán hechas al pacto de relaciones familiares.*” Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón. BOA núm. 67, de 29/03/2011.

acuerdos con respecto a las capitulaciones matrimoniales son que generalmente éstas suelen recoger un contenido patrimonial y raramente el contenido de medidas en caso de ruptura, además de que los acuerdos matrimoniales se suelen recoger dentro de las propias capitulaciones. En cuanto a las diferencias con respecto al convenio regulador, la principal es el tiempo en el que se produce, pues mientras los acuerdos son previos al matrimonio, el convenio regulador nace a partir de la crisis, con el matrimonio ya constituido. Guardan esa similitud en tanto en cuanto los acuerdos matrimoniales pueden constituir un auténtico convenio regulador, aún no homologado por el juez, que adoptaría la forma del convenio una vez sugiera la crisis⁸⁶.

En lo que respecta a su régimen jurídico no encontramos regulación específica al respecto, sólo los ordenamientos autonómicos vasco y catalán los que sí han dotado de marco jurídico a esta figura.

En tercer lugar, cabe destacar la mediación familiar como última forma de alcanzar acuerdos en materia de guarda y custodia, introducida expresamente por la Ley 15/2005 en su exposición de motivos como “*procedimiento adecuado para resolver las diferencias entre los padres en cuando al ejercicio de sus potestades*”. Como tal no existe una regulación expresa de esta figura, pero sí observamos un desarrollo autonómico en este sentido, como la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, en la que se prevé la posibilidad de que en el propio convenio regulador se incluya el compromiso de mediación familiar como recurso previo al de las acciones judiciales. De esta manera pueden extenderse los beneficios⁸⁷ de la mediación en el ámbito de los conflictos matrimoniales, siendo tales beneficios los siguientes:

- voluntariedad, ya que las partes son las que deciden libremente acudir al proceso como medio de resolución de conflictos, lo que favorece a la comunicación entre los progenitores.

- igualdad, ya que se equilibra a los progenitores para garantizar la convivencia de los acuerdos.

- conformidad, ya que habrán sido los progenitores quienes habrán diseñado las medidas a adoptar en la manera que les resulte más beneficiosa y compatible con sus

⁸⁶ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Págs 166 a 172

⁸⁷ Becerril, D., & Venegas, M. (2017). *La custodia compartida en España* (1st ed.). Dykinson. Pág 145 a 151.

vidas, y con los modelos educativos o de cuidados que quieran desarrollar en relación con sus hijos, sin necesidad de dar entrada a un tercero, ajeno a la relación familiar, para que sea él quien adopte las medidas que no le incumben directamente. Ello, además, favorece la ejecución de lo acordado y evita conflictos posteriores.

La resolución sobre la guarda y custodia puede efectuarse, no sólo en un procedimiento de primera adopción de medidas en rupturas matrimoniales o de pareja de hecho, sino también en un procedimiento de modificación de las medidas ya adoptadas. En este caso, el procedimiento comenzará con la interposición de demanda de modificación de medidas. Como ocurría con la adopción de éstas, para la modificación se puede optar por el proceso de mutuo acuerdo, o bien de no conseguirse el mismo, por un procedimiento contradictorio a petición de uno sólo de los progenitores.

El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 90.3 del CC en el que se establece que *“las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.”* Como observamos, para que pueda haber una modificación de las medidas definitivas dictadas tienen que darse unas nuevas necesidades de los menores y/o que se hay producido una alteración en las circunstancias de los progenitores. En este último sentido, la jurisprudencia ha sido la que ha determinado el cambio de estas, en la que cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante a fecha de 23 de marzo de 2023, que establece que *“para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas ya adoptadas de forma definitiva es necesario que concurran las siguientes circunstancias:*

- a) que se produzcan variaciones sustanciales en las circunstancias tenidas en cuenta para la adopción de las medidas, es decir, que tengan una importante incidencia;*
- b) que se trate de hechos posteriores a los ya enjuiciados, pues aunque no les alcanza el valor de cosa juzgada, tiene el límite derivado de que las causas en que se fundamente la petición modificativa no hayan sido objeto de estudio y análisis en otro pleito anterior, pues lo contrario produciría una revisión de conductas y hechos ya valorados en su momento y sobre los cuales no cabe pronunciarse de nuevo;*

c) que cuando versen sobre pretensiones patrimoniales para su fijación o corrección debe siempre atenderse al binomio posibilidad-necesidad que se contempla en los artículos 146 y 147 del Código Civil, así como a la realidad de una alteración sustancial en la fortuna de uno u otro de los interesados; que la mejora de la capacidad económica del progenitor custodio no debe servir para reducir la aportación alimenticia del progenitor no guardador, sino que se debe traducir en una mejor satisfacción de las necesidades de los hijos; y que, incluso, la nueva descendencia del demandante tampoco puede fundamentar una reducción en la pensión alimenticia, dada la voluntariedad de la relación de la cuál es fruto”.

Siguiendo con la modificación de las medidas, tradicionalmente se ha requerido que la alteración de las circunstancias sea de carácter sustancial. Una modificación sustancial de las circunstancias implica⁸⁸;

- Que se hayan producido hechos nuevos, imprevistos y que no se han podido prever.
- Que afecte a cuestiones esenciales de la medida.
- Que tienda a ser prolongada en el tiempo.
- Que no haya sido provocada de mala fe.

En este sentido, la citada sentencia⁸⁹ dispone que: *“Conforme a la reciente jurisprudencia del TS, ya no es necesario que exista un cambio importante/sustancial de circunstancias, sino que será suficiente con que se haya producido un cambio cierto, y el mismo conlleve o genere la necesidad de un cambio en beneficio e interés del menor (Sentencias del TS de 16 de junio de 2020, EDJ, de 5 de abril de 2019, EDJ 2019564270, y de 19 de diciembre de 2019).”*

Para finalizar, a modo de ejemplo, cabría enumerar una serie de supuestos en la que el cambio de circunstancias podría desencadenar en una modificación de las medidas, por lo que vamos a describir los más complejos, o los que más problemas pueden presentar.

⁸⁸ Iglesias Martín, C. R. (2019). *La custodia compartida : hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad* (Primera edición). Tirant lo Blanch. Pág 368

⁸⁹ Sentencia Audiencia Provincial de Alicante, de 23 de marzo de 2023

En primer lugar, la justificación de la nueva petición puede ser una modificación de los criterios de la doctrina jurisprudencial o cambios legislativos. Pese a que no podemos confirmar que exista unanimidad en los Tribunales sobre si una norma modificada es argumento suficiente o no para la modificación de las medidas adoptadas, cabe destacar que sí ha sido considerado relevante en algunos casos. En este sentido, cabe destacar la STSJ de Valencia de 6 de septiembre de 2013 que dispone que *“la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye circunstancia que altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas”*.

En segundo lugar, la modificación pretendida puede tener su justificación en los deseos del menor y el cumplimiento de determinada edad de este. En lo que respecta a los deseos del menor pueden ser considerados suficientes para la modificación del régimen de custodia. Ello puede deberse a que en su momento no se hubiera llegado a oír al menor, o a que el mismo, con el paso del tiempo, haya cambiado de opinión en relación con la expresada. Resulta complejo determinar si el deseo del menor puede ser considerado como nueva necesidad de este o alteración de las circunstancias, quedando a criterio del juez o tribunal determinar si ello es motivo suficiente para dar lugar o no a la modificación pretendida. En definitiva, habrá que resolver en base a lo expresado y deseado por el menor, atendiendo a si es o no lo más conveniente para su interés.

Por otro lado, y en lo que respecta al cumplimiento de determinada edad, no se ha establecido una fórmula general que establezca la modificación del régimen en base a la edad del menor, si bien existe cierto consenso que se establezca custodia individual a favor de la madre en los primeros años de edad, lo cierto es que el aumento de edad del menor conlleva implícitamente la aparición de nuevas necesidades.

En tercer lugar, otro criterio para la modificación de las medidas a tener en cuenta es el beneficio para los hijos. En este sentido se pronuncia la STS de 17 de marzo de 2016 en el que no accedió al cambio de custodia exclusiva por la custodia compartida reconociendo que no era más beneficioso para el menor pues declara *“Se constata que el Tribunal, tras valorar las pruebas practicadas, considera que objetivamente no existiría inconveniente para conceder la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente, pero, sin embargo, con sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que "por el momento" se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su*

estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre, que no tiene nueva familia, pierda su custodia. De este modo el Tribunal de apelación, y así también lo entiende el Ministerio Fiscal, considera que el interés del menor queda más beneficiado, por ahora, conciliándose los dos deseos que expresa respecto de la relación y comunicación con sus progenitores.”

3.4. TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA

A continuación, procedemos a desarrollar los distintos tipos de guarda y custodia: compartida, monoparental paterna o materna, o encomendada a un tercero, y qué elementos caracterizan tales tipos, cuáles son los criterios para su adopción, y en qué medida incide cada régimen en el resto de las medidas a adoptar: uso del domicilio, régimen de visitas y comunicaciones, pensiones alimenticias y contribución a gastos extraordinarios,

3.4.1. Guarda y custodia compartida.

Comenzamos con una aproximación al concepto de guarda y custodia compartida como situación jurídica que nace a partir de una situación de crisis familiar en la que se cesa la convivencia por parte de los progenitores y por la cual ambos progenitores pasan al cuidado y deber de atención y educación de los hijos de forma conjunta, aunque alterna, en distintos periodos de tiempo.

Extraemos la característica principal de la custodia compartida, que es la equivalencia ponderación en las funciones y responsabilidades parentales que se asumen sobre los hijos en el ejercicio del cuidado de estos. Es decir, pese a que tras la separación o divorcio se pone fin a esa convivencia entre progenitores, ello no implica las obligaciones con los hijos puedan verse afectadas, siendo claro el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores. Esto se traduce en los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad pero que más adelante desarrollaremos por considerarlo como principios a basarse en la adopción de este tipo de custodia.

Como tal no se contempla una definición expresa en el ordenamiento jurídico, pese a que se hagan alusiones a la misma. Han sido las comunidades autónomas⁹⁰ las que también han ido desarrollando el ejercicio y la definición de la custodia compartida. En el CC, hay un antes y un después con la redacción de la Ley 15/2005, de 8 de julio por el que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, propiciado por la jurisprudencia de años anteriores, el contexto social del momento y las solicitudes de ciertas asociaciones por una igualdad real y efectiva referente al cuidado de los hijos. encontramos referencia expresa en el artículo 92.5, en el que se establece que *“el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el trascurso del procedimiento.”*.

Siguiendo con el concepto de la guarda y custodia compartida en base a la jurisprudencia, se establece que la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, sino que la finalidad que persigue es que se haga efectiva la protección del interés del menor⁹¹.

En definitiva, consideramos acertada la definición de custodia compartida que implica un ejercicio conjunto de la guarda o cuidado del hijo en periodos alternos, por parte de los progenitores⁹².

3.4.1.1. Criterios para su adopción.

Partimos de lo expuesto anteriormente, con dos de los principios a aplicar para optar por la custodia compartida, que son los principios de corresponsabilidad parental y la coparentalidad.

El principio de corresponsabilidad parental se basa en la igualdad, en el reparto equitativo de las obligaciones de los progenitores en lo que le concierne respecto al cuidado de sus hijos, lo que implica no sólo igualdad en la adopción de decisiones más significativas, como las referentes a la educación y a la salud, sino también a las

⁹⁰ Véase Ley 5/2011, 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Generalitat Valenciana, en su artículo 3 *“por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial”*. Y que posteriormente se declaró inconstitucional por STC 192/2016, 16 de noviembre de 2016.

⁹¹ STS de 27 de septiembre de 2011

⁹² Linacero de la Fuente, M. (2020). *Tratado de derecho de familia : aspectos sustantivos : procedimientos, jurisprudencia, formularios* / (2ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 699.

decisiones del día a día y del cuidado directo de los hijos. Se trata pues en un fiel reflejo del continuo cambio de la sociedad en materia de familia y de cómo se han ido equiparando los roles sociales de la figura paterna y materna tanto en el cuidado como en la responsabilidad, y todo ello viene precedido por la continua incorporación de la mujer al mercado laboral, acabando con la tradicional creencia que la mujer es la que tiene que hacerse cargo del cuidado de los hijos y realizar las tareas domésticas.⁹³

Por otro lado, y en lo que respecta al principio de coparentalidad se define como el derecho subjetivo de los menores a continuar con la relación con ambos progenitores al margen de la ruptura matrimonial que haya habido entre ellos, para así no privar a los hijos del derecho de convivir con los padres. Basado en el interés del menor, el principio de coparentalidad es beneficioso para el propio desarrollo de la personalidad del menor, al existir contacto con ambos progenitores independientemente que los padres hayan puesto fin a esa convivencia conjunta.⁹⁴

Ambos principios han quedado consolidados con el paso del tiempo, siendo continuo el crecimiento del número de resoluciones judiciales que adoptan la custodia compartida ante una situación de crisis familiar. Y es que, como adelantábamos antes, ello viene precedido por una nueva realidad social y jurídica, por la transformación del concepto de familia, y por el aumento de crisis matrimoniales, siendo frecuente la ruptura de las familias a los pocos años de su creación.

Con anterioridad de la publicación de la Ley 15/2005, era casi unánime por parte de jueces y Tribunales el establecimiento de la guarda y custodia exclusiva sobre los menores, generalmente atribuyéndola a la madre, salvo alguna excepción en el que se establecía para el padre⁹⁵. Por ello, y en base a datos estadísticos podemos ver el crecimiento ininterrumpido de la atribución de la custodia compartida hasta la actualidad, pasando del 10,5% en el año 2010, hasta un 30,2% en 2017, y un 45,5% en el año 2022⁹⁶. Observamos ese crecimiento exponencial, traducido en un reflejo de cómo la sociedad

⁹³ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pags. 56 a 62

⁹⁴ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Págs. 62 a 66

⁹⁵ “entre los argumentos para denegar el régimen de guarda y custodia compartida se señalaba que era contrario al interés del menor, que tenía carácter excepcional o que era perjudicial para los hijos por el continuo cambio de domicilio o de costumbres dentro del domicilio familiar”

Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pág 216.

⁹⁶ Datos estadísticos obtenidos del INE, en su última publicación de estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios, año 2022. A través de su última nota de prensa, el 13 de julio de 2023; <https://www.ine.es/uc/FQKBm4bG>

solicita esa corresponsabilidad parental, en esa igualdad en la toma de decisiones de los menores y a su vez, en el cuidado de estos.

El artículo 92 CC contempla la guarda y custodia compartida en sus párrafos 5 y 8, estableciendo en el primero que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento; y el segundo que, excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos anteriores, el juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor.

En primer lugar, por tanto, se concede la decisión a los progenitores a través del convenio regulador, siempre atendiendo el interés del menor como límite a la hora de decidir sobre lo que estimen oportuno con respecto a esta nueva situación familiar. Y ello toda vez que son los progenitores quienes se encuentran en una posición privilegiada para conocer los pormenores de la nueva situación y la conveniencia de la nueva forma de organización. Por ello, sólo ante la falta de acuerdo o cuando se considere que el acuerdo haya perjudicado el interés del menor, se da competencia al juez para que opte por una decisión alternativa en esta materia, que se considere más adecuada y en favor del interés del menor. Estas dos posibilidades se contemplan en la STS 400/2016, de 15 de junio de 2016.⁹⁷

Varios sectores doctrinales han sido bastantes críticos en lo que a esta excepcionalidad respecta, pues únicamente se concedería la custodia compartida por parte del juez si quedaba acreditada de forma fehaciente la idoneidad de tal régimen de custodia, y ello lo han llegado a considerar contrario al interés del menor. En este sentido podemos mencionar, por ejemplo, la STS 257/2013, Sala 1, de 29 de abril de 2013, que establece la custodia compartida como modelo normal en base al mejor interés del menor: *"Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92,5 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como*

⁹⁷ Pizarro Moreno, E. (2020). *El interés superior del menor: Claves jurisprudenciales*. Reus. Pág. 96

la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales[...]”

En definitiva, y en lo que respecta a esta excepcionalidad⁹⁸, la doctrina y la jurisprudencia comienzan a interpretar como extensiva y preferente⁹⁹ la custodia compartida. Un claro reflejo nos lo encontramos en la STC 5969/2009, de 8 de octubre, de 2009, pionera en esta cuestión, en la que establece que el ordenamiento jurídico no dispone de una enumeración de criterios para garantizar el interés superior del menor en las decisiones judiciales en los casos de desacuerdo entre progenitores, pero no supondrá un impedimento para establecer la custodia compartida. En este sentido también y como hemos nombrado anteriormente la STS 257/2013, de 29 de abril, considera el régimen de guarda y custodia compartida como el régimen normal y más conveniente del menor en interpretación del artículo 92 CC, pues habrá de considerarse como una medida normal e incluso deseable; *“Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*.¹⁰⁰

El mencionado artículo 92 CC, en su inciso “favorable” del apartado 8 también fue objeto de críticas, y finalmente de recurso de inconstitucionalidad en relación con el papel atribuido al Ministerio Fiscal¹⁰¹, al considerar que la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal atentaba al ejercicio de la potestad jurisdiccional de los jueces, en la competencia para la toma de decisiones del proceso del régimen de custodia.

Por otro lado, se considera el interés del menor, como uno de los ejes principales¹⁰² para la atribución de la guarda y custodia compartida. Así lo vemos reflejado en la STS de 13 de diciembre de 2017, cuando señala que *“en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios*

⁹⁸ Tribunal Constitucional. (2012). LAS EXCLUSIVAS COMPETENCIAS DEL JUEZ EN LA GUARDA Y CUSTODIA. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 1.

⁹⁹ El carácter “preferente” de la atribución de este régimen de guarda y custodia frente a otras, lo podemos observar en las legislaciones autonómicas como en Aragón, la ya mencionada ley 5/2011 Valenciana y País Vasco, aunque actualmente sólo lo mantiene País Vasco.

¹⁰⁰ STS 257/2013, Sala 1, de 29 de abril de 2013

¹⁰¹ STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012

¹⁰² Pizarro Moreno, M., Pérez Velázquez, J. P., Aguilar Ruiz, L. , López y López, A. M., & Valpuesta Fernández, Ma. del R. (2023). *Derecho de familia* (4ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 108

psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor.”. Además, lo encontramos jurisprudencialmente a tenor de la STS 11/2018 de 11 de enero, “Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014 de 2 de julio de 2014)”¹⁰³.

Y es que, con la adopción de este régimen de custodia, se generan innumerables ventajas¹⁰⁴ para el menor, principalmente, las siguientes:

- se normalizan las relaciones de los hijos con sus padres, tratando de evitar prolongadas ausencias en el tiempo de crecimiento de los menores y de convivencia
- se permite a los padres continuar ejerciendo de forma habitual los derechos y obligaciones inherentes a la potestad parental, así como a participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, fomentando la cooperación entre ellos y evitando la frecuente utilización de los hijos como arma entre los progenitores, traduciéndose en la coparentalidad,
- se fomenta la integración del menor con ambos progenitores y sus nuevos contextos familiares
- se evita el sentimiento de pérdida para el menor,
- no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, pues e pondera en igualdad a ambos progenitores en capacidad, evitando tomar en consideración argumentaciones no tan válidas a la hora de decantar la balanza para uno u otro progenitor.
- se genera una cooperación por parte de los progenitores en beneficio del propio menor, en pro del desarrollo de su personalidad, y en pro del interés preferente del menor.

También debemos de hacer mención a las situaciones en las cuales no procedería la custodia compartida. Tales circunstancias se encuentran recogidas en el apartado 7 del artículo 92, en el que establece: “*cuando cualquiera de los padres esté incurso en un*

¹⁰³ STS 11/2018 de 11 de enero de 2018

¹⁰⁴ Linacero de la Fuente, M. (2020). *Tratado de derecho de familia : aspectos sustantivos : procedimientos, jurisprudencia, formularios* / (2ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 700.

proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos [...]”. Debemos hacer un inciso en esta primera parte de la redacción del artículo, pues podemos observar que en él aparece el término “incurso”, lo que puede resultar desfavorable para cualquiera de los cónyuges, pues de mala fe y con la intención de impedir que se atribuya la custodia compartida, bastaría con la interposición de la denuncia para que no se pueda adoptar tal régimen. Tal término ha sido objeto de crítica por parte sector doctrinal, por considerar que puede vulnerar el derecho de presunción de inocencia, ya que, con la simple interposición de la denuncia, ya se encuentra incurso en el proceso y quedaría excluida la custodia compartida. Quizás el legislador debió optar por establecer otros términos como “condenado por sentencia firme”, para evitar el abuso, que genera cierta desconfianza del sistema judicial, y la posible vulneración de la presunción de inocencia.

Por otro lado, y continuando con el mencionado apartado 7 del artículo 92, el mismo establece otra restricción al establecimiento de custodia compartida: “[...] *Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*¹⁰⁵”. Como podemos observar, en este segundo apartado, se establece que será el juez el que, en base a las pruebas realizadas, si considera que pudiere darse violencia de doméstica en el seno familiar, desestimaré la petición de custodia compartida.

El otro ítem a tener en consideración para la configuración del régimen sería el reparto del tiempo entre progenitores. Como regla general no se configura un modelo que establezca el reparto del tiempo en el que cada progenitor debe guardar y custodiar al menor. Jurisprudencialmente, y con carácter general, la custodia compartida no implica

¹⁰⁵ Debemos destacar el concepto de violencia doméstica pues tras la publicación de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, establece que “*la violencia doméstica o violencia intrafamiliar, es aquella que se produce entre la parte ascendiente, descendiente o hermanos, ya sean propios o del cónyuge, o sobre menores o incapacitados que se encuentren sujetos a la patria potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda del cónyuge o sobre otra persona amparada por una relación del núcleo de convivencia familiar*”. Además, también debemos de delimitar el término de violencia de género, que “*es aquella inferida por hombres contra las mujeres por el simple hecho de serlo. Se trata de una discriminación y clara vulneración de los derechos humanos, donde el sujeto pasivo es la mujer y el sujeto activo es el hombre.*”

Capilla, S. G., & Fernández, F. R. (2020). Custodia compartida y violencia de género: Perspectivas de presente y de futuro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 676–697.

un reparto igualitario del tiempo¹⁰⁶ y pese que en la práctica pueda establecerse en periodos iguales, consideramos que se deberá atender caso por caso, en función de todas las cuestiones relativas al tiempo que disponen los progenitores por motivos laborales para así buscar la solución más adecuada al interés del menor. La duración de los periodos que se pueden dar es diversa, así como distribuidas por horas, días, semanas, quincenas, meses, bimestres, trimestres, etc., pero, consideramos que la mejor opción es la que mejor se adecúe para favorecer al menor, dadas las múltiples circunstancias de cada progenitor.¹⁰⁷

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 13 de noviembre del 2018 señala que el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempo sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.

En cuanto a los criterios jurisprudenciales para la determinación del régimen de custodia compartida, el Tribunal Supremo ha enumerado una serie de requisitos¹⁰⁸ para ponderar la atribución de ésta, criterios que giran tanto en el aspecto económico, como personal y familiar, entre los que destacan:

- relaciones personales con los hijos y entre progenitores y aptitudes personales.
- deseos manifestados por los menores
- número de hijos y madurez de los menores

¹⁰⁶ Sentencia núm. 94/2010 de 11 marzo. RJ 2010\2340. Fundamentos de Derecho. Segundo “*Custodia compartida no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre progenitores*”

¹⁰⁷ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Págs. 245 a 251

¹⁰⁸ Véase los criterios establecidos a través del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Valencia en 2009, que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida:

“a) *Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto en los mismos tolerable.*

b) *Existencia de estilos educativos homogéneos.*

c) *Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos.*

d) *Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores.”*

<https://www.icabizkaia.eus/sites/default/files/documentos/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>

-cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y respeto mutuo en sus relaciones con otras personas que convivan en el hogar familiar.

-acuerdos adoptados entre progenitores.

-ubicación entre domicilios, así como horarios y actividades de uno y otro.

-resultados de los informes exigidos legalmente.

En primer lugar y en lo que respecta a las relaciones personales entre progenitores y con los hijos, hay que tener en cuenta que en el régimen de guarda y custodia compartida se requiere de una adecuada actitud entre progenitores para asumir una coparentalidad responsable, pues requiere de un respeto y una colaboración por el bien del menor, ya que con la ausencia de una buena relación difícilmente se puede dar un correcto funcionamiento de la custodia compartida y en definitiva pueda verse afectada la estabilidad del menor. En este sentido, la posición de jueces y Tribunales es clara a la hora de la atribución de la custodia compartida pues ésta exige un mínimo de acuerdos, con un mínimo de madurez, comprensión y comunicación basado en el respeto y colaboración en favor del interés del menor. En definitiva, se deberá ponderar caso por caso el grado o no de conflictividad que se pueda dar tras la ruptura, separación o divorcio, y considerar si es relevante para el interés del menor. En este sentido cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante a fecha de 3 de julio de 2023, en el que considera la actitud en este caso del padre acertada, pues establece que *“el padre ha propiciado la intensificación de los encuentros entre la madre y su hija, admitiendo la ampliación de los mismos al margen de lo acordado en las medidas provisionales y permitiendo pernocta de la menor en casa de la madre”*.

En cuanto a las relaciones entre progenitores e hijos también es determinante para la atribución de la custodia compartida, así como la aptitud de los progenitores para garantizar una buena relación con el resto de los familiares del entorno familiar como del otro progenitor. Aptitud que debe entenderse como capacidad de los progenitores para asumir el cuidado de los menores. Jurisprudencialmente, la determinación de la custodia compartida en base a las aptitudes de los progenitores, es decir, la dedicación de los progenitores en el cuidado del menor tanto en la convivencia familiar, como tras la ruptura, ha sido condicionado por el concepto de “cuidador primario”, que significa que se tiene en cuenta la organización de la familia antes de la ruptura y el tiempo dedicado

por cada progenitor al cuidado de los hijos, y en el que generalmente predominaba el papel de la madre en el cuidado. Se solía atribuir la custodia a la madre en base a este concepto de cuidador primario y se denegaba la custodia compartida, en base a la organización de la familia antes de la ruptura, justificándola como forma que menos afecta a la estabilidad del menor. Otras resoluciones¹⁰⁹ en este sentido han mantenido que el hecho de un progenitor no se haya implicado más en el cuidado del menor antes de la ruptura, no es motivo de exclusión para la custodia compartida si, además, el otro progenitor cuenta con la aptitud para implicarse en el cuidado del menor, y en definitiva de las funciones de la custodia.

Otra mención especial requiere de la conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, pues se debe comprobar para la atribución de tal régimen si los progenitores son capaces de encargarse del cuidado y de cubrir las necesidades de los menores en función de la disponibilidad del tiempo y de la atención directa que puedan tener sobre ellos. Esta disponibilidad o conciliación familiar y laboral ha sido causa de la denegación de la custodia compartida, como fundamento del interés del menor. En la práctica, también se han llegado a constituir custodias compartidas en base al apoyo de familiares para el cuidados de los menores, y es que la conciliación laboral, y los horarios marcados por el mercado de trabajo, no puede considerarse como un obstáculo a la hora de la determinación de tal régimen de custodia, por ello consideramos que lo más recomendable es la atención caso por caso, una distribución equitativa, en la medida de lo posible de la conciliación laboral, para la organización familiar con el fin de satisfacer las necesidades del menor y su interés. En este sentido cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante a fecha de 28 de noviembre de 2019, por el que se interpone recurso de apelación por parte de la madre frente al régimen de custodia

¹⁰⁹ STS 11 de marzo de 2010. “la guarda y custodia no consiste en un premio o castigo al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta determinados criterios abiertos y que redunden en el interés del menor. Y como tales criterios se citan: [...] 2) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor. Una guarda y custodia compartida para que funcione correctamente debe ser algo que, de hecho, viniese funcionando anteriormente a la crisis matrimonial, esto es, que los padres ya tuviesen una implicación directa y comprometida con sus hijos, y ambos participasen, no necesariamente en un 50%, pero sí con un alto grado de compromiso con los menores, en todas las actividades y decisiones relativas a los mismos. Estas son circunstancias verdaderamente relevantes porque lo que se intenta al fijar el régimen de custodia o convivencia es que los hijos experimenten el menor cambio posible en relación con la situación anterior a la ruptura, dejando aparte el inevitable cambio que supone dejar de convivir simultáneamente con ambos progenitores. Ver quién se ha venido ocupando de los hijos durante la convivencia familiar y las capacidades parentales de cada progenitor son factores muy decisivos y que a menudo determinan el régimen que finalmente se fija.”

compartida una vez el menor cumpliera cuatro años que, establece en su fundamento tercero en relación con los horarios laborales que *“las limitaciones causadas por los mismos van a ser similares en la madre y en el padre, dado que la primera manifestó su intención de encargarse de la dirección de un negocio familiar de hostelería, y el segundo [...] trabaja por la noche en un pub de Alicante.. En ambos casos, por tanto, va a resultar necesaria la ayuda de otros familiares e incluso de terceros, con lo cual no se aprecia que esta circunstancia pueda inclinar la balanza por uno u otro progenitor en el momento de atribuir la custodia”*

El domicilio también constituye un requisito material a la hora de la determinación de la custodia compartida, por ello la cercanía entre los domicilios de los progenitores es tenida en cuenta como uno de los factores para la estabilidad del entorno del menor, es que esa estabilidad del menor lleva implícitamente una continuidad en los puntos de referencia como colegio, círculo de amistades y ocio del menor, centro de salud, actividades extraescolares, etc. Tras la reforma por la Ley 15/2005 acerca de la proximidad entre domicilios, las primeras resoluciones judiciales denegaban la custodia compartida si los domicilios se ubicaban en diferentes municipios, por la “deslocalización” como desestabilizadora para los menores. Posteriormente, esta deslocalización pasó a considerarse como algo natural del proceso y sólo se debía tener en cuenta si ésta perjudicaba al interés del menor¹¹⁰.

En definitiva, la situación ideal para el interés del menor es que los domicilios se encuentren próximos con el objetivo de favorecer la estabilidad del menor y evitar un desarraigo del menor tanto familiar como del entorno. En este sentido cabe destacar la ya nombrada SAP Alicante a fecha de 28 de noviembre de 2019, que revoca la resolución del juzgador de instancia, que, en relación con el domicilio señaló que *“no es insalvable la distancia entre las poblaciones donde residen los progenitores (Alicante y Muchamiel)”*, pero que, tomando en consideración circunstancias relativas al domicilio y a los desplazamientos, pues ningún progenitor poseía vehículo propio, denegó la guarda y custodia compartida. La audiencia considera que: *“la falta de vehículo propio de los progenitores que podría dificultar los traslados del menor de Muchamiel, [...] , no se considera que se trate de un obstáculo insalvable, habida cuenta de la disponibilidad de*

¹¹⁰ STS 94/2010, de 11 de marzo, establece *“no debe ser un criterio a tener en cuenta para denegar la custodia compartida, siempre que éste no perjudique el interés del menor”*.

vehículo por parte de los abuelos paternos y la voluntad que expresaron de implicarse en los cuidados de su nieto. En cualquier caso, cabe presumir que esta situación no se mantendrá en el tiempo, habida cuenta de la intención expresada del padre de adquirir un vehículo en cuanto su estabilidad laboral lo permitiera.”. Por último y siguiendo con el domicilio, ningún progenitor posee domicilio propio, por lo que dispone la sentencia que “ambos progenitores carecen de domicilio propio, habiendo pasado a residir con sus progenitores, lo que los deja en igualdad de condiciones para la crianza de su hijo, con independencia de que el mismo disponga o no de habitación propia, y que sean más o menos realizables a corto/medio plazo los deseos de independización que expresan”.

La edad de los hijos y el número de ellos también es considerado criterio de atribución. No hay una posición unánime por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Generalmente, cuando se tratara de hijos menores de corta edad se efectuaba una atribución de guarda y custodia exclusiva a la madre. Los partidarios de esta postura consideran que los menores de corta edad presentan una mayor vinculación con la madre los primeros años de vida, con base a la llamada “doctrina de los primeros años” que consideran que la vinculación con la madre a temprana edad es mayor porque va íntimamente ligado a la propia lactancia¹¹¹. Otros sectores, consideran que el legislador condiciona el tipo de régimen en función de la edad de los hijos, pudiendo plantear problemas de capacidad o idoneidad de los progenitores para el cuidado de los menores.

Pese a que la edad tiene que darse en consideración para la atribución del régimen, cuando los menores no son de edad, la atribución también está ligado al grado de madurez de los menores. Tal y como adelantábamos en el epígrafe de la audiencia del menor, la madurez era considerada para respetar o no la voluntad o deseos del menor. Pues bien, también aquí debe ser considerada para el régimen de atribución y en definitiva, como venimos proclamando en cada criterio, se deberá estudiar caso por caso en todas las circunstancias que se ponderen para la atribución de este tipo de custodia, siempre en beneficio del menor.

Por otro lado, y en lo que respecta al número de hijos, podemos considerar que está vinculado con la capacidad económica de los progenitores para satisfacer las

¹¹¹ SAP Barcelona 216/2017 de 27 febrero. JUR 2017\274732: “*Si existen estudios, tanto a nivel psicológico como pediátrico, que valoran la bondad de la lactancia materna y que la misma se mantenga hasta el año de edad [...]*”

necesidades materiales de los menores. La jurisprudencia no ha establecido que la capacidad económica sea considerada por sí solo un elemento determinante para la atribución de tal régimen, sino un elemento más a ponderar ya que bastará con una suficiencia económica para cubrir de las necesidades materiales. En este sentido la necesidad del estatus económico del menor no se vea afectada, se ha observado en la jurisprudencia¹¹² con la elaboración del “plan contradictorio”, en el que los progenitores tienen que demostrar que las necesidades están cubiertas, así como la configuración del domicilio, capacidad, disponibilidad horaria de los mismos, criterios educativos, etc., y es a mayor número de hijos, mayor pueden ser los problemas ocasionados para que el interés del menor no se vea afectado.

La voluntad del menor es otro criterio para tener en consideración para la atribución de la custodia compartida. No vamos a entrar a desarrollarlo pues ya lo adelantábamos con anterioridad en el epígrafe de la audiencia del menor.

La no separación de hermanos es otro de los criterios a tener en consideración para su atribución. Se encuentra recogido en el apartado 10 del artículo 92 CC¹¹³, y lo que se pretende es favorecer el desarrollo afectivo de los menores, tratando de no separar a los hermanos tras la crisis matrimonial de sus progenitores y mantener ese vínculo entre hermanos basado en una cohesión familiar. No es un mandato imperativo, sino conveniente e interpretativo, ya que se deberá ponderar el interés del menor y condicionado a cada una de las concretas circunstancias. Tales circunstancias¹¹⁴ para la separación de hermanos pueden ser desde la notoria diferencia de edad entre hermanos, voluntad de rechazo por parte de los menores al progenitor sin manipulaciones o injerencias, deterioro de la relación con los progenitores, enfrentamientos entre propios hermanos, entre otros.

¹¹² En este sentido, véase; STS 52/2015, de 16 de febrero. Dispone que “*Con base en principio de contradicción habrá que, concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustando a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hecho y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos, [...] aspectos referidos sobre su educación, salud y cuidado, deberes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor [...]*” y STS 801/2016, de 3 de marzo, establece el plan contradictorio como deber de los progenitores: “*Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio*”.

¹¹³ Artículo 92.10 CC: “*El Juez adoptará, al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.*”

¹¹⁴ Viñas Maestre, D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda. InDret, 3.

En este sentido se pronuncia la STS 25 de septiembre de 2015, en la que la separación de hermanos *“se motiva y resulta lógica, razonable no arbitraria y lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores [...] La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable de “mal menor”, es la que se adopta, acompañada de in régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos.”* Como vemos, pese a que la opción primaria siempre va a ser la no separación de hermano, no implica que se puedan adoptar medidas diferentes, siempre que sea más conveniente en interés de los menores.

Por último, otro criterio de atribución a tener en cuenta es el resultado de los informes técnicos exigidos. No vamos a entrar a desarrollar estos pues ya se realizó en el epígrafe del interés del menor como norma de procedimiento, pero sí mencionar que tal disposición normativa se encuentra reflejada en el artículo 92 CC¹¹⁵ y la función que se pretende con estos informes es dotar al juez de todos los datos posible para facilitarle la decisión en la atribución del régimen de custodia compartida, más adecuada para proteger el interés superior del menor.

En cuanto a la importancia de presentar un plan parental contradictorio, en las sentencias del TS número 638/2016, de 26 de octubre, la número 722/2016, de 5 de diciembre, y la número 280/2017, de 9 de mayo, el Supremo exige que *“quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores)”*. Ya lo requería la sentencia del TS número 801/2016, de 3 de marzo entre otras, estableciendo este requisito como deber de los progenitores: *“Obligación de los padres es no interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio”*. En la sentencia del TS de 30 de octubre de 2018 el Supremo retoma la doctrina de la sala

¹¹⁵ Artículo 92.9: *“El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.”*

en cuanto a la custodia compartida como régimen deseable, sin embargo, reitera la importancia de establecer un proyecto claro sobre cómo se va a desarrollar.

3.4.1.2. Incidencia de la guarda y custodia compartida en la atribución y uso de vivienda, régimen de visitas y comunicaciones, pensiones alimenticias y contribución a gastos extraordinarios.

La guarda y custodia compartida implica que los progenitores se repartirán de la manera más igualitaria posible la convivencia y el cuidado de sus hijos. Ello repercute necesariamente en el resto de las medidas a adoptar, principalmente, el uso y disfrute del domicilio, el régimen de visitas y comunicaciones, y las pensiones alimenticias.

Comenzando con la vivienda familiar y su concepto, podemos definirla como *“lugar donde se desarrolla la vida familiar; el lugar de residencia habitual de los miembros de la unidad familiar en la que se ejercen las funciones, derechos y deberes propios e inherentes a la familia. Lo que realmente califica a una vivienda familiar como tal, es el uso que se realiza sobre la misma. Es ese derecho al uso el que implica facultades de ocupación y disfrute de todos los miembros de la unidad familiar sobre la misma, de forma permanente y conjunta”*¹¹⁶. Jurisprudencialmente, el concepto de la vivienda familiar ha sido desarrollado por la STS 31 de mayo de 2012, que la define como *“residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”*.

En relación con el uso del domicilio, la atribución de la guarda y custodia compartida puede venir acompañada de distintos modelos, pues puede implicar que los progenitores dispongan de viviendas independientes y sean los hijos quienes se desplacen cada periodo a unas u otras, o que los hijos permanezcan en el domicilio que fue familiar, siendo los progenitores quienes se turnen en su uso, estableciendo una organización física del espacio. El modelo por el cual los hijos permanecen en la misma vivienda y son los progenitores los que van turnándose en el uso de esta, es el conocido como “custodia nido”. Los tribunales han sido partidarios de tal configuración, pues se consigue una

¹¹⁶ Delgado Sáez, J., Lapor, M., & Torrelles Torrea, E. (2020). *La guarda y custodia compartida : estudio de la realidad jurídico-práctica española*. Editorial REUS. Pág. 197

continuidad de cohesión familiar, pese a que los progenitores hayan puesto fin a su convivencia, evitando así una peregrinación domiciliaria para los menores. Pese a que pueda ser la opción que menos afecta a la estabilidad del menor, consideramos que en la práctica puede presentar problemas, en primer lugar, dado que se necesitará además de la vivienda familiar, dos viviendas más, una para cada progenitor, cuando éstos no estén conviviendo con los menores; en segundo lugar, dado que el uso compartido de un mismo domicilio puede generar posibles conflictos por la distribución de las propias tareas del hogar, o de los gastos relativos a la vivienda familiar; y, en tercer lugar, si alguno de los cónyuges rehace su vida con una nueva persona, puede resultar inviable el mantenimiento de este sistema. En definitiva, consideramos que el régimen de “custodia nido” puede presentar más problemas que ventajas, pese a que pudiera darse como medida provisional a fin de solucionar los problemas del domicilio del menor.¹¹⁷

La otra modalidad de uso del domicilio es que sean los niños los que acudan a los domicilios de cada progenitor durante los periodos en que deben convivir con cada uno de ellos, a modo de “niño maleta”. En estos casos, son los menores los que se trasladan, y, pese a que pueda resultar la opción que afecte más a la estabilidad del niño por el continuo traslado de domicilio, consideramos que puede ser la opción menos dañina para los progenitores para evitar esas posibles confrontaciones que pudieran darse en el caso de seguir compartiendo el domicilio familiar.

Debe señalarse al respecto que, desde hace un tiempo, nuestra jurisprudencia en general y el Tribunal Supremo en particular no necesariamente identifican el interés del menor con la necesidad de permanecer en un entorno determinado, sino que considera que en una sociedad como la actual, el cambiar de residencia puede resultar hasta enriquecedor y no se puede entender a priori como una circunstancia nociva para el desarrollo de los menores, siendo lo prioritario que se encuentren acompañados de las personas que favorezcan su estabilidad emocional y repercutan positivamente en su evolución como personas. De hecho, la SAP Barcelona 14 septiembre de 2017 señalaba que: *“Los hijos no nacen anclados a un lugar físico determinado, a una ciudad o a un territorio, sino que, en todo caso, están fuertemente vinculados al domicilio de su familia y al lugar en el que desarrollan la vida habitual sus progenitores. Cuando se produce la*

¹¹⁷ Domínguez Oliveros, I. (2018). *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo y praxis judicial* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Págs. 117 a 121.

separación de éstos y el cambio de domicilio de alguno de ellos, es deseable que se mantenga una cierta normalidad para que las modificaciones consiguientes a la ruptura afectiva entre sus padres no le repercutan negativamente, pero no es éste un bien absoluto en sí mismo, puesto que lo esencial sigue siendo la determinación del superior interés del menor”.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de septiembre de 2015, por ejemplo, no considera perjudicial para los menores el cambio de entorno o que se tengan que adaptar a una nueva realidad vital, sino que da más importancia a exista un motivo justificado para alterar la residencia y, sobre todo, otros factores como la mejor conciliación familiar de la que disfruta la madre custodia por su trabajo y el hecho de que fuese ella la encargada de la guarda y custodia de los menores en virtud del convenio regulador que se pactó tras la ruptura, otorgando un amplio régimen de vistas al padre para compensar la distancia geográfica.

Por otro lado, jurisprudencialmente también se ha admitido una limitación temporal de uso y disfrute para cualquiera de los cónyuges del uso del domicilio, en este sentido, la STS de 24 de octubre de 2014, se caracteriza por atribuir el uso de la vivienda familiar con custodia compartida a la madre siendo ésta un elemento privativo del padre. Nos parece novedosa esta resolución, pues atribuye la vivienda temporalmente al cónyuge no titular de la misma justificando la atribución del domicilio a la madre como interés más necesitado de protección en ese momento concreto, con el fin de que la mujer pueda rehacer su situación económica y le permita acceder a una vivienda digna para la atención y cuidado de los menores. Pese a que se pudiera debatir si constituyese una situación injusta o no para el padre, titular del inmueble, la atribución del uso del domicilio debe de ponderarse a las circunstancias de cada caso y la prioridad del interés superior del menor en cualquier situación.

Además, también existe una tercera modalidad, en el que el uso del domicilio familiar no se atribuye su uso a ninguno de los progenitores, pasando a enajenar la vivienda y el reparto equitativo del precio. Puede darse la posibilidad, en el que la enajenación de la vivienda sea para uno de los cónyuges, adquiriendo este la parte indivisa del otro progenitor pasando a ser el único titular del domicilio. La finalidad con la que se adopta este modelo es que ambos progenitores reciban una prestación económica para poder adquirir o arrendar un distinto inmueble para salvaguardar las necesidades de habitación del menor y asegurándole una vivienda. En este sentido la jurisprudencia se

ha pronunciado como en la STS de 6 de abril de 2016, en la que el domicilio familiar se sometió al proceso de liquidación y en la que los progenitores decidieron finalmente de arrendarla.

En lo que respecta a la pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad debe entenderse como deber legal y moral impuesto a los progenitores con el fin de asegurar la subsistencia de sus hijos y la satisfacción plena de sus necesidades. Reconocido como principio constitucional dispuesto en la CE en el artículo 39.3 “*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”. Por otro lado, y en lo que respecta al CC, pese a que pudiéramos atribuirle como característica propia de la patria potestad en sentido general como deber de velar, atender y cuidar a los hijos¹¹⁸, la obligación de alimentos deriva de la relación de filiación y no de la patria potestad, pues pese a que un progenitor no disponga de patria potestad sobre los hijos menores, está obligado¹¹⁹ a prestar alimentos.

La obligación de alimentos a los hijos menores abarca una cobertura económica, asistencia y cuidado directo de los mismos. El modo más común es la fijación de una obligación de pago de una cantidad económica de dinero establecida de forma periódica. La cuantía de la pensión se establece en el artículo 93 CC que “*el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código*”. Pese a que la contribución a los alimentos corresponde a los dos progenitores, existe un falso mito que, si se constituye la custodia compartida, se exime del pago al progenitor que durante ese tiempo no conviva con el menor, y ello no es así, pues la prestación se configura¹²⁰ atendiendo las

¹¹⁸ Artículo 154 CC: “*Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, [...]. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:*

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. [...]”

¹¹⁹ Artículo 110 CC: “*aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores está obligados a velar por los hijos menores y a prestarle alimentos.*”

¹²⁰ Véase en este sentido criterios establecidos de la custodia compartida a través del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Valencia en 2009,

circunstancias personales y particularidades de cada caso como establece el artículo 146 CC, la cuantía deberá configurarse a las posibilidades económicas del obligado a prestarlos y a las necesidades de los descendientes, aparte de otras circunstancias concretas. La determinación de la cuantía es proporcional a quien los da y a las necesidades de quien los recibe, pues en los alimentos hijos menores de edad existe un mínimo de necesidades vitales a cubrir que se desprenden del criterio de proporcionalidad, antes mencionado. En este sentido, lo configura el Tribunal Supremo a través de la STS 55/2016 en el que señala que *“la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.”*

En cuanto al contenido de la prestación que realizan los progenitores para las necesidades de los hijos menores de edad se diferencian en gastos ordinarios y gastos extraordinarios.

Los gastos ordinarios se incluyen dentro de la pensión de alimentos, y por tanto no implican un añadido económico a esa prestación. El progenitor custodio recibirá dicha cantidad del no custodio, y con cargo a ella abonará los gastos ordinarios. Estos gastos reúnen las características de ser necesarios, periódicos y previsibles. En este sentido define la Ley del País Vasco 7/2015 el gasto ordinario como aquellos *“que los hijos e hijas precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, así como cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales”*. Otra definición aún más completa es la que establece la ley Valenciana (como hemos nombrado en cuantiosas ocasiones y actualmente derogada) como *“deben considerarse gastos ordinarios aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho periodo. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.”*. Podemos enumerar como gastos ordinarios los siguientes:

en su disposición NOVENA: *“Es obligatorio establecer una pensión alimenticia en favor de los hijos en los casos de custodia compartida, sin perjuicio de tener en cuenta la distinta capacidad económica de los progenitores para fijar el quantum de la obligación alimenticia”*.
/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf

-Gastos de guardería.

-Gastos por enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, las cuotas de colegio y matrícula, o material escolar siempre que sea previsible y periódico. Uniforme y ropa deportiva para el colegio.

-Cuotas de la AMPA.

-Formación profesional (libros, material, transportes).

-Transporte y comedor.

-Excursiones y campamentos.

-Extraescolares si ya tenían lugar cuando se pactó o estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo.

-Matrícula y gastos de universidad (aunque habrá que tenerse en cuenta las peculiaridades del caso o la previsibilidad al pactar el convenio o establecer la pensión).

Esto se aplica igualmente a cursos en el extranjero, oposiciones, masters, doctorados, y similares. Debe tenerse presente para tener en cuenta el calificativo de ordinario o no, la capacidad económica familiar, que puede calificar de habitual y normal este gasto, o, por el contrario, de excepcional y gravoso. No obstante, el gasto puede ser ordinario si su devengo era previsible debido a que el hijo ya cursaba estudios superiores o preparaba oposiciones al momento de la separación o divorcio.

En este sentido también se consideran gastos ordinarios, aquellos que, pese a no tener una cierta previsibilidad y o periodicidad, hayan sido acordados como tal voluntariamente entre los progenitores, así como aquellos que estuvieran consolidados antes de la crisis matrimonial¹²¹ o antes del cese de la convivencia como preveía la Ley valenciana 5/2011.

Por contrapartida, los gastos extraordinarios son aquellos que, siendo también necesarios, son sin embargo imprevisibles y no periódicos, gozando así de un carácter de excepcionales y/o eventuales.

¹²¹ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 450

Estos gastos no van a quedar cubiertos con la pensión ordinaria de alimentos y por ello deberán satisfacerse de forma adicional, normalmente al 50% entre los progenitores, si bien nada impide que se pacte o establezca otro porcentaje con razón de la distinta capacidad económica de los progenitores.

Así, los gastos extraordinarios requieren conocimiento y aprobación del no custodio y en custodia compartida del otro progenitor o autorización judicial, salvo en casos de urgencia, siendo en caso contrario a cargo del progenitor que asumió la iniciativa de afrontar tales gastos.

Los gastos extraordinarios a su vez se pueden dividir en necesarios o ineludibles y los no necesarios pero convenientes, es decir, gastos que son prescindibles, pero que se hubieran llevado a cabo de no haberse producido la ruptura matrimonial. También cabe destacar las definiciones que la ley vasca 7/2015 y la Ley valenciana 5/2011 respectivamente prevén para los gastos extraordinarios: *“serán gastos extraordinarios, a los efectos de los dispuesto en este artículo, aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, así como los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos e hijas, siempre que exista acuerdo sobre ellas”* y *“aquellos que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional”*. Tales gastos son los siguientes:

Entre los gastos extraordinarios podemos destacarlos siguientes:

-Sanidad privada

-Actividades médicas/quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social.

-Ortodoncia

-Gastos de oftalmología, como las gafas

-Extraescolares si se revelan necesarias o indispensables para el desarrollo del menor o convenientes. Si ya formaban parte de la vida del menor como algo cotidiano entonces podrían considerarse como ordinarios. En este sentido establece la STS de 26 de octubre de 2011, establece al respecto: *“si durante la convivencia, los progenitores habían acordado que determinados gastos formaban parte de la formación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel de vida que*

existía antes de la separación/divorcio, deben considerarse los gastos acordados como ordinarios”.

-Clases de apoyo.

-Los viajes de estudios cuando se estiman aconsejables y necesarios.

-Carné de conducir (gasto discutido por varias Audiencias, en función de su necesidad y de la situación económica).

Cuando haya dudas sobre la consideración de gasto como ordinario o no, el progenitor que pretenda el gasto deberá solicitar autorización al otro para realizarlo. Y en caso de que haya disputa entre las partes se deberá dirimir ante el Juez en un “incidente de declaración de gastos extraordinarios”, que se dilucidará con arreglo al art 776. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además, deberíamos de mencionar los denominados como gastos voluntarios que son aquellos gastos que, pese a ser convenientes, no resultan estrictamente necesarios para la crianza del menor. Este tipo de gasto ha sido desarrollado también por la Ley vasca, por el Código del Derecho Foral de Aragón, e incluso fue objeto de desarrollo en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. En definitiva, consideramos que debe de tratarse como un gasto extraordinario más, como una subcategoría dentro de estos, pues la jurisprudencia tampoco ha desarrollado esta calificación de voluntariedad.

Por otro lado, en lo que respecta a la exigibilidad de la pensión de alimentos cabe destacar el artículo 148.1 CC que establece *“la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”*. Jurisprudencialmente se ha consolidado que tal obligación tenga carácter retroactivo por lo que, en caso de reclamación, estos deberán prestarse desde el momento de la interposición de la demanda. En este sentido establece la STS de 14 de junio de 2011 que *“debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casa, la regla contenida en el artículo 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de interposición de la demanda”*.

En cuanto a la determinación de la cuantía y el modo en que cada progenitor va a contribuir a la obligación de alimentos, se deberá tener en cuenta, si ha habido acuerdo previo en convenio regulador y que este haya sido aprobado por el juez. En defecto de acuerdo, será el juez el que lo determine, que por regla general, resolverá en base al principio de proporcionalidad y cada progenitor pasará a contribuir a la obligación de alimentos en base a los recursos y situación económica que disponga.

En lo que respecta a los gastos ordinarios, en la custodia compartida, no hay una previsión expresa por el ordenamiento jurídico acerca del modo en el que los progenitores van a contribuir a los gastos. Ha sido la jurisprudencia la que en base a dos criterios ha ido fijando el modo de proceder con los gastos, la capacidad económica y el tiempo que pasan los progenitores con el menor.

Numerosos son los modos¹²² en los que se establece la contribución a los gastos ordinarios, como por ejemplo que cada progenitor asuma de forma directa los gastos ordinarios del menor cuando se encuentre en su compañía. Este tipo de modelo se suele dar cuando ambos progenitores tienen una capacidad económica y de disponibilidad de tiempo similar.

Otro modo es fijando un “quantum” que cada progenitor deposita, de forma igualitaria o proporcional, en un fondo o cuenta corriente en la que se domicilian los gastos ordinarios y con los que se hacen frente a los extraordinarios, siendo los de mera alimentación afrontados directamente por cada uno en el periodo que ostente con el menor.

Otro sistema calificado como mixto, puede ser aquel en el que cada progenitor sufraga los gastos ordinarios mientras esté con él y, además, el de mayor capacidad económica paga al otro una contraprestación en concepto de pensión de alimentos, o se hace cargo directo de determinados gastos ordinarios.

A modo de ejemplo estos son algunos de las situaciones que podemos observar a la hora de la determinación de la contribución de los gastos ordinarios. Jurisprudencialmente podemos afirmar que se ha evolucionado en una distribución de gastos al 50% siempre que no se produzca un desequilibrio entre los progenitores, *“evolución que ha ido a la par del establecimiento de la custodia compartida como forma*

¹²² Guilarte Martín-Calero, C. (2008). La custodia compartida alternativa. *InDret*, 2.

de guarda normal y deseable y su reparto de responsabilidades”¹²³. En definitiva, habrá que examinar caso por caso atendiendo las circunstancias tanto personales como económicas de cada progenitor y fundamentarlas en el interés del menor.

Por lo que respecta a los gastos extraordinarios, dada su naturaleza de extraordinaria, ya no es tan importante ni el régimen de custodia ni el tiempo en el que los progenitores están con los menores, sino que, se tendrá en especial consideración la capacidad económica de los progenitores para el modo en el que los mismos contribuirán a estos gastos. Generalmente y como ocurría con la obligación de los gastos ordinarios, si la capacidad económica de ambos progenitores es similar, se asumen tales gastos por la mitad. En el caso de que la capacidad económica no sea igualitaria, el porcentaje de contribución a los gastos extraordinarios se distribuirá desigualmente atendiendo a las particularidades de cada caso, aportando más cuantía económica uno de los progenitores. Independientemente del modo en el que se establezca, es preciso que para que un progenitor pueda reclamar al otro de la contribución de un gasto extraordinario, previamente haya habido consentimiento por ambas partes para realizarlo, debiendo justificar la necesidad del gasto y el importe. A falta de acuerdo, será mediante autorización judicial previa a la realización, siempre que no sea considerado de urgente como en el caso de los gastos médicos que no esté cubierto por el sistema de seguridad social.

Por lo que respecta a los gastos voluntarios, dada su consideración de no necesario, parece lógico que tales gastos los abonará quien haya decidido realizarlo. En el caso de que haya habido acuerdo entre los progenitores, entendemos que se aplicará el principio de responsabilidad y cada uno aportará en base a su capacidad económica.

En cuanto a la incidencia de la custodia compartida en el régimen de visitas, cabe destacar que el mismo se puede constituir tanto de mutuo acuerdo como por resolución judicial. Recordemos que las reglas que exige el mutuo acuerdo son que deberá de estar contenido en el convenio regulador, y aprobado por el juez si se adecuaba al interés superior del menor.

En nuestro ordenamiento jurídico, ni el CC ni los ordenamientos autonómicos se contempla la posibilidad del establecimiento de un régimen de visita para la custodia

¹²³ Iglesias Martín, C. R. (2019). *La custodia compartida : hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad* (Primera edición). Tirant lo Blanch. Pág. 341

compartida. Sin embargo, implícitamente lo podemos ver desarrollado en la Ley 7/2015 del País Vasco, en el que establece “*el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente*”.

El régimen de visitas se ha configurado a favor del progenitor no conviviente, no como un derecho de los progenitores, sino como deber para cubrir las necesidades afectivas con los menores y que generalmente se establece en la custodia compartida cuando los plazos de alternancia del menor son muy amplios. En este sentido, autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE establece que las visitas se caracterizan por ser “*intermedias, porque se establecen para los periodos en los que no tienen al menor en su compañía, recíprocas, porque deberían de establecerse en favor de ambos progenitores, y atenuadas, porque no tienen por qué responder a los parámetros de fijación de las visitas habituales hasta ahora, ya que el mantenimiento de esa relación regular entre padres e hijos está garantizado primordialmente por la custodia compartida*”¹²⁴.

Además, debemos desmontar la falsa creencia en el que el régimen de visitas desaparece cuando se atribuye la custodia compartida, pues pese a que el régimen de custodia compartida garantiza un mantenimiento de convivencia regular entre hijo y progenitores, se puede fijar igualmente un régimen de visitas dentro de la custodia compartida, en función de la duración de los periodos de no convivencia con el menor. En este sentido, se suelen adoptar tales visitas cuando la convivencia esté establecida por más de una semana como en los planes quincenales, o mensuales con el objetivo de favorecer la estabilidad emocional del menor con ambos progenitores.¹²⁵

Mención especial dentro del régimen de visitas requiere el régimen de visitas de los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. Es considerado como un derecho de las personas consideradas del entorno familiar, cuyo fundamento es la protección del interés del menor concretado en preservar y mantener los lazos familiares y afectivos para el mejor desarrollo personal y afectivo del menor. A su vez, está sujeta a la necesidad de mantener relaciones del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes del artículo 160 CC, en la obligación de los progenitores de velar por el menor, no podrán impedir que los menores se relacionen con ellos, siempre que no exista causa justa.

¹²⁴ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 419

¹²⁵ Romero Coloma, A. M. (2011). *La guarda y custodia compartida : una medida familiar igualitaria*. Editorial Reus. Págs 167 a 171

Además, el CC no recoge unos criterios para la determinación de la temporalidad y periodicidad de este tipo de visitas, por lo que ha sido la propia jurisprudencia la que los ha ido estableciendo, teniendo en cuenta la situación personal del menor, los informes psicológicos, la intensidad de las relaciones anteriores a la crisis matrimonial con los parientes, abuelos y allegados, etc.

En cuanto a la incidencia de las visitas a favor de hermanos, abuelos y otros parientes y allegados en el régimen de custodia compartida cabe destacar que no se trata tanto del tipo de régimen, pues es atribuible y más común en el régimen de custodia exclusiva. En el caso de la custodia compartida, consideramos que no debería ser necesario establecer un régimen de visitas referente a estos, pues el tiempo que pase el menor con el progenitor deberá servir para emplearlo en relación con abuelos, familiares y allegados.

3.4.2. Custodia exclusiva.

La custodia exclusiva o también denominada custodia monoparental, es aquel régimen por el cual uno de los progenitores asume en solitario la guarda y custodia de los menores y la convivencia del menor, excluyendo al otro progenitor de las mismas y surgiendo otros derechos y obligaciones sobre el progenitor no custodio como son el derecho de la configuración de un régimen de visitas para poder relacionarse y comunicarse con el menor y la obligación de transferir y satisfacer una pensión de alimentos a fin de cubrir las necesidades de manutención del menor.

Autores como MARTÍNEZ CALVO¹²⁶, definen la custodia exclusiva como *“régimen de guarda y custodia de los hijos menores en el que las funciones propias de dicha figura son atribuidas a uno de los progenitores, sin perjuicio de que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores se atribuya conjuntamente a ambos padre, y dejando a salvo el derecho del menor a continuar manteniendo una relación habitual y constante con el progenitor no custodio, así como la obligación de éste último de seguir contribuyendo a su manutención.”*

En el CC no hay definición expresa de la guarda y custodia exclusiva, sí podemos observar el concepto en la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril (actualmente derogada

¹²⁶ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 49 a 50.

por inconstitucional) en el que definía a la custodia exclusiva como “*la cohabitación con los hijos e hijas a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias al caso.*”.

Cabe destacar en relación con la patria potestad, que esta no siempre va necesariamente acompañada junto a la atribución del régimen de custodia exclusivo a un solo progenitor, es decir, por el hecho de que se atribuya la custodia exclusiva en favor de un progenitor, el ejercicio y titularidad de la patria potestad pueden corresponder a ambos progenitores, o también cabe la posibilidad que se atribuya la titularidad de la patria potestad en favor del progenitor custodio. Descrito lo anterior, lo podemos observar regulado en el párrafo cuarto del artículo 156 CC¹²⁷.

Históricamente, la custodia exclusiva ha sido el régimen que más se ha adoptado, entre otras cosas, porque hasta la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio no se establece la custodia compartida. En este sentido, era general la atribución de la custodia exclusiva hacia la mujer, salvo casos extremos, pues los tribunales consideraban que el interés de los menores iba a ser mejor protegido si la custodia se otorgaba a la madre, generalmente para mantener la situación de cuidadora natural ya que era la mujer la que se encargaba de las tareas del hogar y del cuidado de los menores.

Esta generalidad la podemos ver reflejada en base a análisis sobre las atribuciones de los regímenes de custodia, observamos que del periodo de 1993 a 1999 había una mayor atribución de las custodias exclusivas a la madre, con un 91,6% frente al 8,4% asignado al padre. Con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 15/2005, de 8 de julio, un estudio de 2013 comparó nuevamente los datos y la atribución de la custodia exclusiva a la madre figuraba en un 75,1%, y un 9,7% atribuida al padre.¹²⁸

Resulta evidente que primaba la exclusividad de la custodia en favor de uno de los progenitores y es que, pese a que la custodia compartida siempre ha estado permitida

¹²⁷ Art. 156 CC: “*En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. [...] Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.*”

¹²⁸ Rodríguez-Domínguez, C., Jarne, A., & Carbonell, X. (2015). Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las sentencias judiciales. *Acción Psicológica*, 12(1), 1–10. <https://doi.org/10.5944/ap.12.1.13383>

en nuestro ordenamiento, no se adoptaba por no existir una regulación expresa ni estudios que evidenciaran las consecuencias que para los menores podía tener la exclusión de uno de los progenitores de la guarda y custodia. Por otro lado, la custodia compartida no se adoptaba porque socialmente nunca se había valorado como una opción a la hora de adoptar el régimen de custodia, además que las opiniones doctrinales en este sentido sólo eran a favor de la exclusiva.¹²⁹

3.4.2.1. Criterios para su adopción.

En lo que respecta a la configuración del régimen de custodia exclusiva, va a venir determinado por una serie de cuestiones fundamentales, como son a qué progenitor se le atribuye el ejercicio del régimen, las medidas relativas al mantenimiento de las relaciones entre menor y progenitor no custodio, dónde se va a determinar la residencia del menor o el modo de contribución a los gastos por parte de los progenitores. Como ocurría con la custodia compartida, el interés superior del menor es el criterio rector a la hora de adoptar cualquier decisión en cuanto al régimen de guarda y custodia.

En este sentido, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante a fecha de 3 de julio de 2023, en la que establece que *“La discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos cobra relevancia en el nuevo texto legal (art. 92 CC). Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de “ius cogens” que el TC reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos. Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello. El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la*

¹²⁹ Delgado Sáez, J., Lapor, M., & Torrelles Torrea, E. (2020). *La guarda y custodia compartida : estudio de la realidad jurídico-práctica española*. Editorial REUS. Pág. 32 a 37

autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia”.

En este sentido también, establece la STS 567/2017, de 19 de octubre “*el juez puede atribuir la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores en atención al principio del interés del menor y, en definitiva, a su bienestar material y moral. En dicho sentido, se valora en estas hipótesis, entre otras circunstancias, la mayor estabilidad material y emocional para el menor; el mantenimiento en su lugar habitual de residencia, colegio, ambiente social; las relaciones con el progenitor custodio y su mayor disponibilidad de tiempo para atender al menor o la no separación de hermanos”*

Recordemos como indicamos en el procedimiento para la atribución del régimen de custodia, podía ser de mutuo acuerdo, y en defecto de este, será el juez el que determine la atribución de la guarda y custodia teniendo en cuenta todas las consideraciones basadas en el interés del menor. En este sentido, cuando a consecuencia de un proceso judicial se atribuya la guarda y custodia exclusivamente a un progenitor será porque “*este ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos teniendo en cuenta las circunstancias económicas, familiares, culturales y ambientales*”¹³⁰.

Por lo que respecta a los pactos de mutuo acuerdo previsto en los convenios reguladores, habrá que considerar el pacto y valorar lo dispuesto en favor del interés del menor atendiendo a las circunstancias particulares del caso. En este sentido, cabe mencionar la SAP A Coruña 4 de octubre de 1994, en la que la custodia de la menor había sido otorgada a favor de la madre en el Convenio regulador del procedimiento de separación de los progenitores, pero el padre solicitó la custodia exclusiva de la misma, y la Audiencia ratificó la atribución a la madre ya que era con quien convivía la menor desde el proceso de separación y que no era necesario cambiar esta situación puesto que la menor estaba bien atendida.

En cuanto a los criterios para la determinación del régimen de custodia exclusiva, cabe señalar que no hay una lista expresa como tal. Estos, a su vez pueden haber sido desarrollados como criterio de atribución en la custodia compartida, como por ejemplo la no separación de hermanos. Se encuentra regulado en el artículo 92.10 CC que establece

¹³⁰ Pizarro Moreno, M., Pérez Velázquez, J. P., Aguilar Ruiz, L. , López y López, A. M., & Valpuesta Fernández, Ma. del R. (María del R. (2023). *Derecho de familia* (4ª edición). Tirant lo Blanch. Pág 107

que “*el juez adoptará, al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos*”. El juez tendrá en consideración la no separación de hermanos como criterio de atribución de la custodia exclusiva si así considera que es lo más beneficioso para los menores.

Otro criterio importante para su atribución sería la edad de los menores. Pese a que no haya regulación acerca de a qué edad es la más aconsejable para atribuir un determinado régimen de custodia, es un factor determinante. En este sentido cabe destacar las atribuciones de la guarda exclusiva en menores de edad muy temprana a favor de la madre por el periodo de lactancia ya que es considerado su alimento y sustento principal. En este sentido, se pronuncia la SAP Murcia 78/2012, de 2 febrero, que establece que “*se atribuye la guarda y custodia de los hijos a la madre [...] que los progenitores acordaron que los menores quedasen bajo la custodia exclusiva de la madre en razón a la edad y situación de lactancia mutuamente aceptada, situación que el informe pericial ha venido a considerar también como la más idónea [...]*”.

Por otro lado, cabe destacar el domicilio familiar como criterio para la atribución de la custodia exclusiva. Se contempla en el artículo 96 CC¹³¹ y establece que serán los cónyuges los que a través del convenio regulador pacten acerca del uso y disfrute de la misma. A falta de pacto, el juez será el que tome la consideración de atribución basado en la existencia de hijos sujetos a patria potestad, en cuyo caso, el artículo 96 establece que la atribución del domicilio será para el progenitor custodio. Cuando se determina la custodia exclusiva se desprende que, aunque ambos sean propietarios de la vivienda, se atribuye la vivienda al progenitor custodio y el otro progenitor, aunque también propietario, debe de abandonar la vivienda. En este sentido cabe destacar la STS 191/2011, de 29 de marzo, donde se establece la interpretación del artículo 96 CC cuya finalidad es satisfacer el interés del menor a habitar una vivienda, no a la satisfacción del interés del progenitor en cuya compañía queda.

¹³¹ Artículo 96 CC: “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad.*”

Por otro lado, y en lo que respecta a la distancia entre domicilios para la determinación de la custodia exclusiva, dado que la proximidad es tenida en cuenta a favor de la custodia compartida, una distancia considerablemente notoria entre domicilios será determinante para atribuir la custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores. Cabe destacar la distancia de gran envergadura ante la que los Tribunales optan por la custodia exclusiva, por ejemplo, en la SAP Alicante, de 16 de junio de 2014 donde establece que conviene adoptar un régimen de custodia exclusiva dado que “*la distancia geográfica entre los domicilios de los padres hace que este régimen no pueda ni siquiera contemplarse*” ya que el domicilio de la madre era Altea y el domicilio del padre era Madrid.

3.4.2.2. Incidencia de la guarda y custodia exclusiva en el resto de las medidas a adoptar.

Como ocurría en la guarda y custodia compartida, el régimen de custodia exclusiva producirá efectos en las medidas a adoptar referente al domicilio, pensiones alimenticias y régimen de visitas y comunicaciones.

En lo que respecta al domicilio, en los supuestos en lo que se opta por la custodia monoparental, se establece como regla general en el artículo 96.1 CC, pues establece el uso de este a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Podemos observar que nuestro CC no se contempla la posibilidad que el juez no realice atribución de la vivienda al progenitor no custodio, ahora bien, ha sido la doctrina y las comunidades autónomas las que desarrollan en este sentido no consideran taxativa la atribución del domicilio al progenitor, solo se tendrán que tener en consideración otros factores como pueda ser la capacidad económica, situación laboral y personal, entre otros, pues podría establecerse el uso del domicilio a favor del no custodio siempre que se garantice que quien ostente la custodia exclusiva de los hijos tenga medios suficientes para cubrir las necesidades de vivienda de los hijos¹³².

¹³² Véase, en este sentido, Código Civil Cataluña, artículo 233-20.4: “*Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*”.

Por otro lado, podría producirse la custodia exclusiva sin separación de hermanos como ya preveía el art. 92CC o con separación de hermanos, aunque menos común en la práctica, donde existiendo varios hijos la custodia de uno es asignada a uno de los progenitores y el resto al otro progenitor, será el juez el que en materia del domicilio “resolverá lo procedente”¹³³. En este sentido, como venimos haciendo alusión a lo largo del trabajo, será el juez el que determine las circunstancias de uso adoptándolas al caso concreto, como edad de los menores, situación económica, número de hijos atribuidos a uno u otro progenitor, etc.

En lo que respecta a la pensión alimenticia en la custodia exclusiva, con carácter general, el progenitor custodia contribuirá al mantenimiento de los gastos de los menores pues es quien disfruta de la convivencia con mayor periodo de tiempo con el menor, y, por otro lado, el progenitor no custodio, contribuirá a la obligación de alimentos a través del pago de una pensión de alimentos. La pensión de alimentos en el progenitor no custodio tiene su fundamento en contribuir con las obligaciones para la satisfacción de las necesidades de los menores, que comprenderá todos los gastos que origine la crianza y educación, así como lo necesario para el sustento alimenticio, habitación, vestuario y asistencia médica¹³⁴. La custodia monoparental conlleva indirectamente el establecimiento de una pensión de alimentos al progenitor no custodio, que variará y dependerá de las circunstancias de los progenitores y de las necesidades de los menores¹³⁵.

Cuando el menor se encuentre con el progenitor no custodio, este asumirá con todos los gastos ordinarios, así como su alimentación, como consecuencia del régimen de visitas y como ocurría en la custodia compartida, la fijación de la cuantía variará en función de la capacidad económica y circunstancias personales de los progenitores. En el sentido de la capacidad económica, numerosas son las sentencias la que establecen este

¹³³ Artículo 96.1 “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.”

¹³⁴ Artículo 142 CC: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”

¹³⁵ STS de 22 de junio de 2017 establece que “la obligación de alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges o como precisa el artículo 93 CC de las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”

criterio para la fijación de la cuantía, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante a fecha de 12 de enero de 2023, por el que se interpone recurso de apelación a las medidas definitivas del régimen de guarda, custodia y alimentos establecidas en primera instancia. Cabe señalar que el juzgador de primera instancia mantuvo el ejercicio y titularidad de la patria potestad para ambos progenitores, se atribuyó la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre y se estableció un régimen de visitas para el padre en fines de semana alternos. En lo que respecta al recurso de apelación sobre la pensión alimenticia, la audiencia considera pertinente elevar la cuantía de la prestación y revocar la sentencia de primera instancia en este punto, justificando que *“la pensión alimenticia establecida es incluso inferior a la que venía abonando el demandado, toda vez que los gastos del menor son superior a los que fueron valorados por el juzgador, y que para valorar los ingresos del padre no puede tomarse en consideración tan solo el resultado de la actividad realizada en tiempo de pandemia, dada la naturaleza de la explotación (ya que el padre era feriante), sino también el resultado de anualidades anteriores”*.

Otro ejemplo, para la contribución a los gastos en función de la capacidad económica, es el caso de la SAP Orense de 15 de abril de 2015 donde se establece una custodia exclusiva para el padre y una fijación de gastos extraordinarios de 70% - 30% para el progenitor no custodio, por la diferencia de ingresos económicos entre ambos progenitores.

En cuanto a la incidencia del régimen de visitas en la custodia monoparental, se podrá fijar de mutuo acuerdo¹³⁶ o por determinación judicial. Con carácter general, el juez establecerá un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio para garantizar un ejercicio de la corresponsabilidad plena y para reforzar la relación paterno filial¹³⁷. En este sentido establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha de 13 de octubre de 2020, que *“el interés de la menor exige potenciar su relación con el procurador no custodio para estrechar los lazos con el mismo y con su familia, al objeto de ampliar las relaciones familiares de la misma”*. Por lo que respecta a la fijación de

¹³⁶ Los progenitores recogerán el régimen de visitas dispuesto en el convenio regulador, con su contenido mínimo establecido en el artículo 90.1 a) CC *“El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.”* Y posterior aprobación judicial del régimen de visitas siempre que se adecuó al interés superior del menor.

¹³⁷ Alonso, M. O. (2022). CUSTODIA MONOPARENTAL CON RÉGIMEN DE VISITAS AMPLIO VERSUS CUSTODIA COMPARTIDA. MÁS ALLÁ DEL NOMEN. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 1400–1433.

este, deberá atenderse a lo que dispone el artículo 94 CC, y como dispone la sentencia recién nombrada SAP, de 13 de octubre de 2020, que *“En cuanto a la fijación de régimen de visitas, dispone el art. 94 del CC que “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.” Cualquier resolución en este punto viene regida por el principio básico y fundamental “del favor minoris” que viene recogido en la Convención de los Derechos del Niño de la O.N.U, en el artículo 39 de la Constitución Española[...]deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado, y así habrá de ponderarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor[...].”*

Además, añade que *“el derecho de visitas, comunicaciones y estancias no es un derecho absoluto o incondicionado del progenitor custodio, sino un derecho-deber o derecho-función establecido en atención al interés y beneficio del menor”*.

3.4.3. Custodia encomendada a un tercero.

La custodia encomendada a un tercero es una modalidad del régimen de guarda y custodia prevista para casos excepcionales cuando el juez considere que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor y lo más conveniente para su interés es la atribución a un tercero. Está previsto en el artículo 103.1 CC *“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”*. Cabe diferenciar que, se atribuye sólo la guarda y custodia, no la atribución de la patria potestad, pues esta, seguirá siendo titularidad de los progenitores.¹³⁸

¹³⁸ Iglesias Martín, C. R. (2019). *La custodia compartida : hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad* (Primera edición). Tirant lo Blanch. Pág. 89 a 91

En este sentido, establece la SAP de Granada que *“la atribución de la guarda y custodia a una persona distinta de los padres ha de ser contemplada como una situación excepcional, en la que tal separación es necesaria para el interés superior del niño como indica el art. 9 de la Convención (pues tal artículo emplaza a los Estados a velar porque los niños no sean separados de sus padres salvo supuestos muy excepcionales) [...]. No se trata propiamente de comparar posibilidades que al menor le pueda brindar su guarda por sus padres o por terceros, sino de comprobar si lo que los padres pueden ofrecerle es apto para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales y, en caso de que no sea así, analizar si otras posibles alternativas se lo brindas. [...].”*

Hay cierta discusión doctrinal acerca de si la atribución de la custodia a un tercero debe ser de carácter temporal o definitivo. Los que se basan en que debe ser de carácter temporal, consideran que esta opción solo se contempla en sede de medidas provisionales y por lo tanto, si el legislador hubiera querido contemplar esta posibilidad como medida definitiva lo hubiera contemplado expresamente. El otro sector considera oportuno que es admisible como medida definitiva en virtud del artículo 158 CC que atribuye al juez adoptar cualquier medida para la protección del interés del menor.

Por otro lado, y en lo que respecta a las personas que puede atribuirse tal régimen de guarda y custodia, establece el artículo 103 CC que serán los abuelos, parientes u otras personas, por lo que cierta parte de la doctrina ha llegado a posicionar a los abuelos con carácter preferente para otorgarla. Nada de ello impediría que la atribución se hiciera en favor de una institución de carácter privado si el juez considera que es lo más idóneo para el interés del menor. En definitiva, será el juez quien pondere de la capacidad de esa tercera persona para la atribución de la guarda y custodia.¹³⁹

¹³⁹ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1ª edición). Tirant lo Blanch. Pág. 72 a 83

4. LA NOVEDOSA FIGURA DEL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

Para completar la exposición relativa a las medidas adoptadas en aplicación del principio del interés del menor, resulta interesante analizar una novedosa figura que viene extendiéndose cada vez más en nuestros juzgados y tribunales, como profesional, a la vez mediador y auxiliar del juez, que puede imponerse a los progenitores en la adopción de decisiones menores, para procurar en todo momento el beneficio de los hijos frente a sus intereses y deseos particulares.

La figura del coordinador parental tiene sus orígenes en Estados Unidos, en la década de los años 80, siendo Oklahoma el primer estado en desarrollar una norma legal para darle soporte en 2001. Esta figura nace como un nuevo procedimiento para casos de alta conflictividad en las crisis matrimoniales con hijos menores, en el que se entendía que estas familias no podían resolver sus disputas por la vía legal o por métodos convencionales como terapia familiar o mediación.¹⁴⁰

El coordinador parental es una figura basada en la protección del interés superior del menor que ha surgido recientemente para descargar la presión de juzgados y tribunales en la resolución de los conflictos¹⁴¹ que pueden surgir entre los progenitores en relación con decisiones tales como si el hijo debe hacer la primera comunión, si dará clase de religión en el colegio, si puede hacer un viaje o asistir a una fiesta, si debe recibir un tratamiento psicológico, cuándo y cómo debe hacerse la entrega y el recogida de el/la menor, la implementación y el horario de vacaciones y días festivos; el manejo de los servicios de salud, las rutinas diarias, y cualquier otro asunto presentado en conjunto por los padres....

La coordinación de parentalidad fue definida por la Association of Families and Conciliation Courts como *“proceso alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus disputas, educándolos con respeto a las necesidades de sus hijos,*

¹⁴⁰ Fariña, F., Parada, V., Novo, M., & Seijo, D. (2017). El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España. *Acción psicológica*, 14(2), 157–170. <https://doi.org/10.5944/ap.14.1.21346>

¹⁴¹ Carles Rodríguez-Domínguez, & Xavier Carbonell. (2014). COORDINADOR DE PARENTALIDAD: NUEVA FIGURA PROFESIONAL PARA EL PSICÓLOGO FORENSE. *Papeles Del Psicólogo*, 35(3), 193–200.

*previo consentimiento de las partes y o Juzgado, tomando decisiones en base a términos y condiciones establecidos por resolución judicial, por el acuerdo de designación de Coordinador de parentalidad*¹⁴². En el mismo sentido, la American Psychological Association, la define como proceso de resolución de conflictos no adversarial, donde los progenitores están en proceso de separación o divorcio, sumidos en un continuo conflicto o litigio que afecta negativamente con la relación con sus hijos.

Tales desacuerdos dan lugar a una proliferación de incidentes en los procedimientos, que provoca un colapso judicial, con lo que no pueden resolverse a tiempo, y en los que en numerosas ocasiones se utiliza a los hijos como moneda de cambio, generando una gran inestabilidad emocional a los mismos.

Por estas razones, es frecuente acudir en los procesos judiciales a profesionales no jurídicos debidamente cualificados. A pesar de no estar regulada la figura del coordinador parental, son muchas las leyes que amparan su aplicación en España:

-A nivel estatal, La Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil establece la mediación como medio voluntario para resolver los conflictos familiares; la Constitución Española que, en su artículo 39, consagra el principio de protección del menor; la Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero 1/1996, que consagra el principio de agilidad e inmediatez en los procedimientos que afecten a menores para evitar perjuicios innecesarios al menor.

-A nivel autonómico: son muchas las Comunidades Autónomas que han regulado esta figura. Por ejemplo, la Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro Segundo, del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia introduce como novedad el plan de parentalidad, con el objeto de prever los posibles enfrentamientos futuros entre los padres, el Código Foral de Aragón y la Ley Foral de Navarra 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia de los padres.

¹⁴² María del Pilar Vilella Llop. (2021). EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD. In *Hacia un nuevo modelo de Derecho de Familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes* (1st, 5/11/21 ed., pp. 276-277). Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1s7ch3x.11>

-A nivel internacional aparece configurado en la Convención Universal de los Derechos del Niño¹⁴³ y la Convención Europea sobre Derechos del Menor de 1996¹⁴⁴.

El coordinador parental es, por tanto, un auxiliar de los Juzgados o Tribunales, que debe contar con la colaboración de entidades públicas y privadas, y de los profesionales que hayan intervenido previamente con la familia. Según la novedosa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal de Cataluña de fecha 26 de febrero de 2015 entre sus funciones se encontrarían: entrevistar a los padres, menores, miembros de la familia, profesores y médicos psiquiatras o psicólogos que atienden a padres o hijos; recabar la información que estime necesaria, con autorización judicial expresa si está protegida por secreto profesional, derecho de intimidad o normativa relativa a datos personales; evaluar de la situación del menor y de su familia; asesorar y consensuar con los padres las medidas de aproximación adecuadas (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno-filial); realizar dictámenes técnicos sobre la situación del menor y de su familia; informar al Juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado con su intervención; y, en caso de desacuerdo, hacer al Juez las propuestas de relaciones personales o estancias de los menores con los padres que estime convenientes.

El coordinador parental, según señala la sentencia mencionada, tiene las siguientes obligaciones:

- Actuar con la debida diligencia.
- Ser imparcial.
- Actuar con responsabilidad.
- Guardar la debida confidencialidad de los datos que obtenga.

¹⁴³ Art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” y art. 4: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”

¹⁴⁴ Art.6: “En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá:

a) examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales”

- Velar por el cumplimiento de las sentencias judiciales sobre custodia y régimen de visitas.

Además, en este sentido según la AFCC las funciones del coordinador parental son¹⁴⁵:

-Función evaluadora pues valora el funcionamiento del plan de parentalidad, adaptándolo a los menores y la colaboración de los progenitores.

-Función psico-educativa pues informa sobre las formas de comunicación, desarrollo de la infancia y adolescencia, impacto de la separación disfuncional en los hijos, etc.

-Función coordinadora pues debe armonizar entre todos los agentes intervinientes en el proceso para establecer unas estrategias comunes.

-Función gestora y facilitadora del proceso para la adopción de un plan de parentalidad acorde a las necesidades de los menores implicados.

-Función de seguimiento y acompañamiento en el proceso de cambio.

-Función preventiva para asesorar a las familias y gestionar posibles futuros conflictos.

-Función de labor informativa donde informan al juzgado de todo lo referente al proceso.

Cabe destacar que la aplicación del programa de coordinación parental tiene una duración de 3 meses, prorrogables, en el que, transcurrido el plazo, el coordinador procederá a emitir un informe al juez sobre el estado de las relaciones familiares. Sin embargo, el coordinador de parentalidad nunca podrá resolver discrepancias relativas a la patria potestad o al cumplimiento del régimen de visitas. Dichos extremos se decidirán, como hasta ahora, por los tribunales.

La aplicación práctica en España se inició en 2011 y ha sido desarrollado por las distintas comunidades autónomas a través de programas piloto para impulsar su utilización en sede judicial. hasta el momento continúa siendo una figura de especial

¹⁴⁵ Vázquez Orellana, N., Tejedor Huerta, A., Beltrán Llago, O., Antón Moreno, M. P., & Delgado Fernández, J. (2018). *Manual de coordinación de parentalidad : abordaje de familias con hijos atrapados en rupturas conflictivas*. Editorial EOS. Pág 81

relevancia pues los juzgados han apreciado mejoras en la comunicación entre progenitores, cese de las denuncias, acuerdos relativos a la convivencia, normalización de las relaciones entre los miembros de la familia, y en definitiva, mejoras en todo lo que comprende al menor y a su interés.

5. CONCLUSIONES

El interés superior del menor es uno de los principios y fundamento del Derecho de familia, tanto en el ordenamiento jurídico español como a nivel internacional, que ha ido adaptándose a las nuevas necesidades de los menores en las situaciones de crisis familiares y a los nuevos modelos de familia.

No existe una determinación concreta de lo que constituye interés del menor en el ordenamiento jurídico, y son los juzgados y tribunales los que caso a caso vienen concretando qué medidas son más beneficiosas para el menor atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a los criterios generales sentados por el Tribunal Supremo.

Promover el interés del menor constituye además una obligación fundamental para todos los poderes públicos en base al art. 53 CE, habiéndose atribuido un papel significativo al Ministerio Fiscal en todos los procedimientos que afecten a los menores, como superior vigilante de la actuación realizada por la Administración, como respuesta al sometimiento de la intervención administrativa al control jurisdiccional.

La dimensión del principio se manifiesta en un triple aspecto, pues el interés superior del menor se utiliza como principio jurídico interpretativo, de forma que cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga el interés superior del menor; como norma de procedimiento, de forma que cuando se deba tomar una decisión que afecte al menor, el mismo deberá de participar en el procedimiento con las garantías plenas, realizándose una estimación de las posibles repercusiones sobre su vida y debiendo justificarse por qué se tomó cada decisión en su interés; y como derecho sustantivo, al ser la consideración primordial que deberá evaluarse al conjugar distintos intereses en juego para tomar una decisión sobre la cuestión debatida que afecte al menor.

El interés del menor, en los términos hasta ahora expuestos, debe ser el fin principal a conseguir en todos aquellos procedimientos que tienen por objeto la adopción

de medidas en relación con su persona y bienestar, muy fundamentalmente, la atribución, en situaciones de crisis familiar, de su guarda y custodia a uno de los progenitores en exclusiva, a ambos de forma compartida, o incluso a un tercero.

Para determinar lo que sea el interés del menor en cada situación los jueces y magistrados disponen de la información oportuna a través del propio menor, que debe ser oído si dispone de madurez suficiente, de los informes periciales necesarios, entre los que tiene especial relevancia el informe psicosocial emitido por profesionales especializados, y del resto de las pruebas previstas en la LEC, que en este tipo de procedimientos no están sujetas a unas reglas procesales estrictas, en aras del deber de determinar la verdad material y no sólo la formal.

Dado que son los progenitores los que conocen y más información disponen de los menores en relación con la situación familiar, necesidades y características de este pues conviven con ellos, lo más idóneo es que sean ellos mismos los que determinen las condiciones de las relaciones paternofiliales tras la ruptura a través del convenio regulador.

En defecto de acuerdo, los jueces y tribunales decidirán lo que corresponda, siendo fundamental para ello el plan de parentalidad que pueda presentarse por cada progenitor, presentando su modelo de custodia y sus objetivos para el cuidado, educación y formación integral de sus hijos.

La guarda y custodia compartida, que implica un ejercicio conjunto de la guarda o cuidado del hijo en periodos alternos, por parte de los progenitores es la que viene imponiéndose en los últimos tiempos al considerarse más beneficiosa para el menor. Este crecimiento exponencial es un fiel reflejo de cómo la sociedad demanda la corresponsabilidad parental, la igualdad en la toma de decisiones de los menores y en el cuidado de estos.

Se intenta aproximar al máximo el régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial para garantizar la igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos. Este modelo exige un mínimo de acuerdos, con un mínimo de madurez, comprensión y comunicación basado en el respeto y colaboración en favor del interés del menor, pero consideramos que el régimen de guarda y custodia compartida, siempre que no sea contrario al interés del menor y pueda atribuirse, es el sistema más respetuoso con los derechos de los menores y con el principio del "favor Filii".

La guarda y custodia monoparental exclusiva, ha dejado de ser la regla general, acordándose tan solo en aquellos supuestos en que las circunstancias o la elevada conflictividad entre los progenitores hace inviable una guarda y custodia compartida.

Finalmente, debe destacarse una novedosa figura que viene extendiéndose cada vez más en nuestros juzgados y tribunales, como profesional, a la vez mediador y auxiliar del juez, que puede imponerse a los progenitores en la adopción de decisiones menores, para procurar en todo momento el beneficio de los hijos frente a sus intereses y deseos particulares. Sin embargo, el coordinador de parentalidad nunca podrá resolver discrepancias relativas a la patria potestad o al cumplimiento del régimen de visitas. Dichos extremos se decidirán, como hasta ahora, por los tribunales.

En definitiva, creemos que se está evolucionando positivamente en el marco legislativo y jurídico del interés del menor y su protección, pero aún queda mucho camino por recorrer sobre todo a nivel social, dejando a un lado nuestras indiferencias y velando por el interés de nuestros menores.

BIBLIOGRAFÍA

Aldecoa Luzárraga, F., & Forner Delaygua, J. J. (2010). La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño (1st ed.). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 38-39. <https://doi.org/10.2307/j.ctv10qr135>

Alonso, M. O. (2022). CUSTODIA MONOPARENTAL CON RÉGIMEN DE VISITAS AMPLIO VERSUS CUSTODIA COMPARTIDA. MÁS ALLÁ DEL NOMEN. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 1400–1433.

April Bofill y Jordi Cots. Comissió de la Infància de Justícia i Pau Barcelona, (1999). La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA.

Bartolomé Cenzano, J. C. de. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3.

Becerril, D., & Venegas, M. (2017). *La custodia compartida en España* (1st ed.). Dykinson

Carles Rodríguez-Domínguez, & Xavier Carbonell. (2014). COORDINADOR DE PARENTALIDAD: NUEVA FIGURA PROFESIONAL PARA EL PSICÓLOGO FORENSE. *Papeles Del Psicólogo*, 35(3), 193–200.

Castañón, J. M. P. (2013). EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS DEL MENOR» EN DERECHO PENAL: UNA VISIÓN CRÍTICA. *Revista de derecho penal y criminología* (Madrid), 10, 155-161

Datos estadísticos obtenidos del INE, en su última publicación de estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios, año 2022. A través de su última nota de prensa, el 13 de julio de 2023; <https://www.ine.es/uc/FQKBm4bG>

DE CASTRO MARTIN, ROSA M^a. *El Interés superior del menor*, Sevilla, 2011, pág. 4 y 5.

Declaración de los derechos del niño y Convención sobre los Derechos del niño. Alejandro Tiana Ferrer, 2008. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3036618.pdf>

Delgado Sáez, J., Lapor, M., & Torrelles Torrea, E. (2020). *La guarda y custodia compartida : estudio de la realidad jurídico-práctica española*. Editorial REUS

Domínguez Oliveros, I. (2018). *¿Custodia compartida preferente o interés del menor? : marco normativo y praxis judicial* (1a edición). Tirant lo Blanch

ESTELLÉS PERALTA, P. M. (2017). Presente Y Futuro En La Búsqueda Del Interés Del Niño Valenciano En Situaciones De Crisis Familiar. *Revista boliviana de derecho : RBD*, 24, 76–97

Fariña, F., & Ortuño Muñoz, J. P. (2020). *La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos* ([1a edición]). Tirant lo Blanch.

Fariña, F., Parada, V., Novo, M., & Seijo, D. (2017). El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España. *Acción psicológica*, 14(2), 157–170. <https://doi.org/10.5944/ap.14.1.21346>

Femenia López, P. J. (2019). La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bkhv>

Fernández Pérez, A. (2018). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1(151). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12291>

GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia: "La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de mayo de 2002.

Guilarte Martín-Calero, C. (2008). La custodia compartida alternativa. *InDret*, 2.

Howard Alanis, W. (2014). El síndrome de alienación parental. *Revista De Derecho*, 13(25), 129–158. Recuperado a partir de <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/540>

Iglesias Martín, C. R. (2019). *La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad* (Primera edición). Tirant lo Blanch

Jabbaz Churba, M., & Díaz Martínez, C. (2020). *Menores en disputa: custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana* (1a edición). Tirant lo Blanch.

Linacero de la Fuente, M. (2020). *Tratado de derecho de familia: aspectos sustantivos: procedimientos, jurisprudencia, formularios* / (2a edición). Tirant lo Blanch

María del Pilar Vilella Llop. (2021). EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD. In *Hacia un nuevo modelo de Derecho de Familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes* (1st, 5/11/21 ed., pp. 276-277). Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1s7ch3x.11>

Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* (1a edición). Tirant lo Blanch

Murillo, A. M. (2020). El interés superior del menor como cuestión de fondo. Cuadernos de derecho transnacional, 12(1), 635–644. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5210>

Nevado Montero, J. J. (2021). El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores. J M BOSCH EDITOR

Nieto Morales, C. (2021). Análisis y valoración de la prueba pericial: social, educativa, psicológica y médica : el perito judicial (4. ed.). Dykinson

Nogales Naharro, M. de los A. (2023). El Interés Superior Del Menor de Edad Como Principio Rector de la Actuación de Los Poderes Públicos en Situación de Riesgo. Marco Legal. (1st ed.). Dykinson, S.L

Pérez Velázquez, J. P., & Aguilar Ruiz, L.. (2021). Derecho de familia (3a edición). Tirant lo Blanch.

Pizarro Moreno, Eugenio. (2020). El interés superior del menor: Claves jurisprudenciales. Reus.

Pizarro Moreno, M., Pérez Velázquez, J. P., Aguilar Ruiz, L. , López y López, A. M., & Valpuesta Fernández, Ma. del R. (María del R. (2023). Derecho de familia (4a edición). Tirant lo Blanch.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I (2012) El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2 · 2012, pp. 89-108. <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/38709/1/153701-593011-1-PB.pdf>

Rivero Hernández, Francisco. (2007). El interés del menor (2da. ed.). Dykinson

ROCA TRÍAS, Encarna: Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona), ed. Cuadernos Civitas, Madrid.

Rodríguez-Domínguez, C., Jarne, A., & Carbonell, X. (2015). Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las sentencias judiciales. Acción Psicológica, 12(1), 1–10. <https://doi.org/10.5944/ap.12.1.13383>

Seminario de Especialización en Menores Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas 29-31 de marzo de 2017. LA CDN Y EL INTERÉS SUPERIOR

DEL NIÑO. DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LA SALUD Y LA EDUCACIÓN

Sentencia núm. 94/2010 de 11 marzo. RJ 2010\2340. Fundamentos de Derecho. Segundo “Custodia compartida no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre progenitores”

Subijana, I. J., & Echeburúa, E. (2022). El Conflicto de Roles con respecto a la Prueba Pericial Psicológica en el Proceso Judicial. *Anuario de psicología jurídica* (Madrid, España), 32(1), 107–114. <https://doi.org/10.5093/apj2021a22>

Tribunal Constitucional. (2012). LAS EXCLUSIVAS COMPETENCIAS DEL JUEZ EN LA GUARDA Y CUSTODIA. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 1.

Vázquez Orellana, N., Tejedor Huerta, A., Beltrán Llago, O., Antón Moreno, M. P., & Delgado Fernández, J. (2018). *Manual de coordinación de parentalidad : abordaje de familias con hijos atrapados en rupturas conflictivas*. Editorial EOS

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Revista de Derecho Privado*, nº4, julio-agosto 2016

Viñas Maestre, D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda. *InDret*, 3.

Xavier Abel Lluch. (2018). EL DICTAMEN DE ESPECIALISTAS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. In *Problemática actual de los procesos de familia* (1st ed., pp. 258-262). J.M Bosch.

Xavier Abel Lluch. (2018). LA AUDIENCIA DEL MENOR DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. In *Problemática actual de los procesos de familia* (1st ed., pp. 303-). J.M Bosch.