

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

ÁREA DE DERECHO CIVIL



GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

***“EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU
PROTECCIÓN EN LAS SITUACIONES DE CRISIS
MATRIMONIAL”***

REALIZADO POR: DESIRÉE MORENO GRANDE

DIRIGIDO POR: MARÍA ENCARNACIÓN AGANZO RAMÓN

CONVOCATORIA 2026

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado "*El interés superior del menor y su protección en las situaciones de crisis matrimonial*" analiza el sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia tanto en el marco del ordenamiento jurídico español como en el ámbito europeo, con especial referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Asimismo, se examina la protección jurídica del menor, regulada en la Ley Orgánica 1/1996 y la reciente Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI).

El trabajo estudia el papel fundamental del Estado, así como las obligaciones y las medidas que deben implementarse para que el menor pueda ser escuchado y presida cualquier decisión que se adopte en el interés superior del menor. Igualmente, se profundiza en la protección que debe recibir el menor en las situaciones de crisis matrimonial, analizando los distintos supuestos, efectos e instituciones relacionadas. Finalmente, se realiza el análisis del artículo 158 del Código Civil, así como su aplicación en diferentes sentencias del Tribunal Supremo.

En lo que respecta a la metodología del trabajo, esta está basada en el análisis de la doctrina sentada al respecto y el estudio sistemático del ordenamiento jurídico en materia de protección de menores, así como de la Jurisprudencia más importante de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

The present Bachelor's Thesis "*The best interests of the child and their protection in situations of marital crisis*" analyzes the legal protection system for children and adolescents both within the framework of Spanish law and at the European level, with special reference to the 1989 Convention on the Rights of the Child. It also examines the legal protection of the child, regulated under Organic Law 1/1996 and the recent Organic Law 8/2021, on comprehensive protection of children and adolescents against violence (LOPVI).

The thesis studies the fundamental role of the State, as well as the obligations and measures that must be implemented so that the child can be heard and preside over any decision taken in accordance with the best interests of the

child. Likewise, it delves into the protection that the child should receive in situations of marital crisis, analyzing the different cases, effects, and related institutions. Finally, an analysis of Article 158 of the Civil Code is carried out, as well as its application in different rulings of the Supreme Court.

Regarding the methodology of the work, it is based on the analysis of the established doctrine on the subject and the systematic study of the legal framework concerning the protection of minors, as well as the most important jurisprudence of the First Chamber of the Supreme Court.



PALABRAS CLAVE

Interés superior del menor, menor, infancia, adolescencia, guardia y custodia, crisis matrimonial, nulidad, divorcio, separación, medidas de protección, convenio regulador, patria potestad.

KEYWORDS

Best interests of the child, minor, childhood, adolescence, custody, marital crisis, annulment, divorce, separation, protective measures, regulatory agreement, parental authority.



ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CDN	Convención sobre los Derechos del niño
Ss.	Siguientes
CCAA	Comunidades Autónomas
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
TS	Tribunal Supremo
CP	Código Penal
STS	Sentencia Tribunal Supremo
PEF	Punto de Encuentro Familiar



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	9
2. DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y SU PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	11
2.1 CONCEPTO	11
2.2 LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	13
2.3 LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.....	15
2.4 LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	16
3. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN CIVIL DE LA INTEGRIDAD DEL MENOR FRENTE A LA VIOLENCIA.....	19
3.1 CONCEPTO	19
3.2 LA LEY ORGÁNICA 8/2021.....	20
3.2.1 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.....	23
3.2.2 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO	26
3.2.4 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES	29
3.2.4 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DEL DEPORTE, OCIO, CULTURA Y TIEMPO LIBRE.....	30
3.2.6 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL	30
3.2.7 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD	31
4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DEL DERECHO A SER OÍDO	32
4.1 NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO	36
4.2 MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA OBSERVANCIA DEL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO	37

4.3 OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTE.....	39
4.3.1. OBLIGACIONES BÁSICAS.....	39
4.3.2 OBLIGACIONES EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES CIVILES ..	40
4.3.3 OBLIGACIONES EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PENALES	41
4.3.4 OBLIGACIONES EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES	
ADMINISTRATIVOS	44
5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE CRISIS	
MATRIMONIAL. GUARDA Y CUSTODIA	45
5.1 SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL: NULIDAD, SEPARACIÓN Y	
DIVORCIO	45
5.1.1. REPERCUSIÓN DEL CONFLICTO INTERPARENTAL EN EL	
SISTEMA FAMILIAR Y EL IMPACTO DE LA RUPTURA EN LOS	
PROGENITORES	48
5.1.2. EFECTOS DE LA RUPTURA FAMILIAR SOMETIDA A	
CONSIDERACIÓN JUDICIAL	48
5.2 LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.....	55
5.2.1. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	55
5.3 GUARDA Y CUSTODIA.....	56
5.3.1 PROCEDIMIENTO GUARDA Y CUSTODIA.....	57
5.3.2 TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA	59
5.4 DERIVACIÓN, SEGUIMIENTO Y COORDINACION DE CASOS A	
SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS.....	66
5.4.1 PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR.....	67
5.4.2. SERVICIO DE MEDIACIÓN	68
6. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL	69
6.1 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ARTÍCULO 158 CC	72
6.2. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	74
6.3. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 158 DEL	
CÓDIGO CIVIL	76
7. CONCLUSIONES	83

8. BIBLIOGRAFÍA	85
1) Legislación.....	85
2) Jurisprudencia	86
3) Informes.....	87
4) Obras doctrinales	88



1. INTRODUCCIÓN

El eje central de este trabajo es el principio del interés superior del menor, que se desprende no sólo de los principios de la Constitución sino de todo el conjunto normativo articulado en relación con la infancia y la adolescencia, filiación, relaciones familiares, protección de la vulnerabilidad, etc. En virtud del mismo, debe anteponerse el interés del menor no sólo al resolver los conflictos, sino al interpretar las normas jurídicas, salvando las posibles intromisiones que puedan producirse no sólo por los órganos del Estado sino también por sus propios progenitores y resto de familiares.

La delimitación práctica y teórica de lo que constituye este principio resulta difícil de determinar, pues lo que constituya interés del menor varía en función de las circunstancias y la situación que se plantee. La vulnerabilidad de los menores, debido a su inmadurez emocional y su limitada autonomía fundamentan el interés por garantizar su protección en cualquier ámbito necesario¹.

Este principio encuentra su reflejo tanto en normas nacionales como internacionales, que se expondrán. No obstante, han transcurrido 30 años desde que se aprobó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, la cual modificó de forma parcial el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, y desde entonces se han producido innumerables cambios sociales que afectan a la situación de los menores, por lo que se precisa una mejora en los instrumentos de protección jurídica, pues como menciona Núñez Zorrilla, C. : “ desde el ámbito jurídico se ha producido una evolución y un cambio sustancial en la forma de concebir la capacidad del niño, que pasa a

¹ Gallegos, Á. G., & Guasch, J. J. (2023). “Doctrina constitucional y parámetros jurisprudenciales que definen el interés superior del menor en el derecho Civil Español”

ser contemplado como un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez.”²

A continuación, se expondrá no sólo qué debe entenderse por interés superior del menor y cuáles son las principales disposiciones que configuran su protección y de qué manera, sino también cómo resulta aplicado por nuestros juzgados y tribunales en los supuestos de conflictividad parental y familiar, y cuáles son los principales instrumentos de los que se dispone para que la protección pretendida se haga efectiva.



² Núñez Zorrilla, C. (2016). *“El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Persona Y Derecho”*, 73, 117-160

2. DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y SU PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1 CONCEPTO

La infancia y la adolescencia representan una etapa fundamental en el desarrollo integral del ser humano. La infancia comprende desde el nacimiento hasta los 12 años, mientras que la adolescencia se extiende desde los 12 a los 18 años.

Estas etapas esenciales son reconocidas tanto por el ordenamiento jurídico español, como por las normativas europeas, especialmente por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Los derechos de la infancia y la adolescencia en el ordenamiento jurídico español están regidos principalmente por la Constitución Española (CE), se puede ver reflejado en el art. 39³ en el que expone lo siguiente:

1. *“Los poderes públicos aseguran, 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. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*
4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

También encontramos derechos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) — ratificada el 2 de septiembre de 1990 —y por diversas leyes orgánicas resaltando la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero,

³ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311

de Protección Jurídica del Menor, que tiene por objeto la protección del menor y 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.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”.

Otras leyes orgánicas que también protegen el interés superior del menor, como la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que introdujo grandes avances ante situaciones de abuso, maltrato o negligencia.

Otros derechos reconocidos en relación con la infancia y la adolescencia se pueden encontrar en nuestro Código Civil (CC) como el art. 172, el cual hace referencia a la guarda y acogimiento de menores como formas de protección o el art. 158 CC, en el que el Juez podrá contemplar medidas provisionales urgentes como forma de protección del interés de los menores, en caso de que estos se encuentren en peligro o estén siendo perjudicados por su entorno familiar o terceras personas, este precepto tendrá un respectivo apartado para ser analizado.

⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 15

2.2 LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) es un tratado internacional de las Naciones Unidas, adoptada y abierta a la firma y posterior ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En España entraría en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el art. 49⁵ CDN.

En base al art. 1 CDN: *“Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Además, dentro de la CDN nos encontramos con unos principios que rigen la convención como el interés superior del niño⁶, el derecho a la no discriminación⁷, derecho a la vida y a la supervivencia y el desarrollo del niño⁸, entre otros.



⁵ Artículo 49 1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

⁶ 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.

⁷ Artículo 2.1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Cabe destacar la obligación de los padres en cuanto a lo que respecta la crianza y el desarrollo del niño debido a que los Estados Parte adoptaran medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas que busquen la protección del menor contra todas las formas de violencia (abuso físico, mental o sexual; descuido o trato negligente; explotación o malos tratos).

Los estados miembros a su vez también recogen en la CDN medidas a favor de los menores que traten de obtener el estatuto de refugiado⁹ o del mismo modo también permiten sistemas de adopción en los cuales el interés del niño sea la consideración primordial en base al artículo 21 CDN.



2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

⁸ Artículo 6. 1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

⁹ Artículo 22. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2.3 LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

La LO 1/1996, de 15 de enero¹⁰, de protección jurídica del menor pretende ser la solución para adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad actual, reformulando la estructura del derecho a la protección de la infancia y reconociendo plena titularidad de derechos en los menores de edad, así como su capacidad progresiva para poder ejercer dichos derechos.

Algunas de las mejoras, según expone la exposición de motivos de la mencionada ley, serían la subsanación del art. 173.1 del CC, diferenciando así los distintos tipos de acogimiento del menor dependiendo de la situación de la familia, si esta es mejorable o no y si es posible el retorno del menor, en caso afirmativo el retorno debería realizarse sin que implicaran riesgos para este. También se regula la adopción internacional, debido a que es un fenómeno no muy común en el año de elaboración de la Ley 21/1987¹¹ por lo tanto no era abordado en dicha ley.

También se incluye en esta norma una mejora en cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, ampliando la actuación de la institución, así como, por primera vez, una regulación el internamiento del menor en centros

¹⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 15, de 17/01/1996

¹¹Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Boletín Oficial del Estado, núm 275, de 17 de noviembre de 1987, páginas 34158 a 34162

psiquiátricos y de formación especial con las máximas garantías sometiéndose a las reglas del art. 211 del CC¹².

2.4 LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

Como hemos podido observar, es deber del Estado garantizar los derechos de los infantes y adolescentes consagrando los principios fundamentales de la CDN.

Esta Ley Orgánica forma parte de los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género¹³, así como también de la Agenda 2030¹⁴ en concreto con la meta 16.2: “poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños”.

Evitar la violencia y los malos tratos que sufren los niños no solo es importante por el hecho de evitar el sufrimiento inmediato del menor, sino también por las graves consecuencias que estas experiencias pueden generar a corto y largo plazo.

¹² Art. 211 Podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes.

¹³ España aprueba, en diciembre de 2017, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, ratificado por los distintos Grupos Parlamentarios, Gobierno, Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla (CCAA) y las entidades locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP).

¹⁴ La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, es un plan de acción a favor del planeta, las personas y la prosperidad, está constituido por 193 Estados miembros de las Naciones Unidas.

Entre estas consecuencias se incluyen problemas de salud física como el retraso en el desarrollo, aparición de enfermedades, problemas en el rendimiento escolar, ansiedad, problemas de salud mental como trastornos depresivos o incluso intentos de suicidio. A su vez, se asocian conductas relacionadas con la iniciación al abuso de sustancias psicoactivas o con la iniciación temprana a la actividad sexual.

Así pues, el objeto de la LO 8/2021 es según su art. 1:

“1. La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

Según el art. 5 de la ley: *“Las Administraciones Públicas promoverán y garantizarán una formación especializadas inicial y continua en materia de derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia para los profesionales que tengan contacto habitual con menores, la formación tendrá que comprender como mínimo:*

a) La educación en la prevención y detección precoz de toda forma de violencia a la que se refiere esta ley.

- b) Las actuaciones a llevar a cabo una vez que se han detectado indicios de violencia.*
- c) La formación específica en seguridad y uso seguro y responsable de Internet, incluyendo cuestiones relativas al uso intensivo y generación de trastornos conductuales.*
- d) El buen trato a los niños, niñas y adolescentes.*
- e) La identificación de los factores de riesgo y de una mayor exposición y vulnerabilidad ante la violencia.*
- f) Los mecanismos para evitar la victimización secundaria.*
- g) El impacto de los roles y estereotipos de género en la violencia que sufren los niños, niñas y adolescentes.”*

A su vez, los poderes públicos tendrán que proporcionar protección, apoyo, acogida y recuperación para los menores que sean víctimas de violencia. Esta atención integral tendrá que comprender medidas como la información y acompañamiento psicosocial, social y educativo, seguimiento de las denuncias o reclamaciones, facilitación de acceso a redes y servicios públicos, atención terapéutica de carácter sanitario, psiquiátrico y psicológico para la víctima y apoyo a la educación e inserción laboral, entre muchos otros.

Cabe agregar que los menores que son víctimas de violencia tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador de conformidad al art. 14 y a lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN CIVIL DE LA INTEGRIDAD DEL MENOR FRENTE A LA VIOLENCIA

3.1 CONCEPTO

La protección civil de la integridad del menor frente a la violencia es un derecho fundamental recogido en leyes internacionales y nacionales, el objetivo de dicha ley es la de garantizar la dignidad, la seguridad, el desarrollo y la supervivencia de los menores.

La protección de los menores es una obligación esencial para los poderes públicos (art.39 CE), así como para la CDN. El Consejo de Europa, se rige por estándares para facilitar la protección de los derechos de los menores de edad como son el Convenio de Lanzarote¹⁵, además de la inclusión en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño un llamamiento a los Estados miembros con el fin de erradicar todas las formas de castigo físico en la infancia.

El Convenio de Lanzarote tiene por objeto prevenir y combatir la explotación de los menores, así como el abuso sexual y proteger los derechos de los niños que han sido víctimas de explotación o abuso sexual promoviendo la cooperación nacional e internacional contra este tipo de explotación.

¹⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Boletín Oficial del Estado, núm, 274.

3.2 LA LEY ORGÁNICA 8/2021

Actualmente la Ley Orgánica 8/2021¹⁶, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, también llamada LOPIVI, supone un gran avance en materia de protección de niños y adolescentes en España. Tiene como objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños como lo son el derecho a la integridad física, psicológica y moral frente a cualquier tipo de violencia, determinando medidas de protección que incluyan sensibilización, prevención, detección precoz, protección y finalmente reparación del daño al que puedan ser sometidos los menores (art. 1.1 LOPIVI)

La ley entenderá como violencia todos los actos, omisiones o tratos negligentes independientemente de su forma y medio de comisión. Asimismo, se considerarán manifestaciones de violencia los siguientes actos (art.1.2 LOPIVI):

- Maltrato físico, psicológico o emocional
- Castigos físicos, humillantes o denigrantes
- El descuido o trato negligente
- Amenazas, injurias y calumnias
- Explotación
- Violencia sexual
- Corrupción de menores
- Pornografía infantil
- Prostitución
- Acoso escolar, acoso sexual y ciberacoso
- Violencia de género
- Mutilación genital
- Trata de seres humanos

¹⁶ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado, núm 134.

- Matrimonio forzado y matrimonio infantil
- Acceso no solicitado a pornografía y la extorsión sexual
- Difusión pública de datos privados
- Cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar

Los niveles de actuación abarcarán desde la sensibilización, promoviendo campañas y acciones de información sobre el derecho de los niños y adolescentes a recibir un trato no degradante, incluidas las campañas específicas para el buen uso de internet, siendo realizadas por tramos de edad y de forma que sea accesible para los menores, hasta la prevención siendo responsables las administraciones públicas de establecer planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia.

Así pues, según el art. 23.3 de la LOPIVI tendrán la consideración de actuaciones de prevención las que se enumeran a continuación:

“a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en parentalidad positiva.

b) Las dirigidas a detectar, reducir o evitar las situaciones que provocan los procesos de exclusión o inadaptación social, que dificultan el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

c) Las que tienen por objeto mitigar o compensar los factores que favorecen el deterioro del entorno familiar y social de las personas menores de edad.

d) Las que persiguen reducir o eliminar las situaciones de desprotección debidas a cualquier forma de violencia sobre la infancia y la adolescencia.

- e) *Las que promuevan la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes, la participación infantil y juvenil, así como la implicación de las personas menores de edad en los propios procesos de sensibilización y prevención.*
- f) *Las que fomenten la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad parental.*
- g) *Las enfocadas a fomentar tanto en las personas adultas como en las menores de edad el conocimiento de los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.*
- h) *Las dirigidas a concienciar a la sociedad de todas las barreras que sitúan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de desventaja social y riesgo de sufrir violencia, así como las dirigidas a reducir o eliminar dichas barreras.*
- i) *Las destinadas a fomentar la seguridad en todos los ámbitos de la infancia y la adolescencia.*
- j) *Las dirigidas al fomento de relaciones igualitarias entre los niños y niñas, en las que se identifiquen las distintas formas de violencia contra niñas, adolescentes y mujeres.*
- k) *Las dirigidas a formar de manera continua y especializada a los profesionales que intervienen habitualmente con niños, niñas y adolescentes, en cuestiones relacionadas con la atención a la infancia y adolescencia, con particular atención a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad.*
- l) *Las encaminadas a evitar que niñas, niños y adolescentes abandonen sus estudios para asumir compromisos laborales y*

familiares, no acordes con su edad, con especial atención al matrimonio infantil, que afecta a las niñas en razón de sexo.”

Las medidas de protección a la infancia frente a la violencia se desarrollarán en los siguientes ámbitos:

- 1) Familia y entorno familiar.
- 2) Educación y formación.
- 3) Sanidad.
- 4) Servicios sociales.
- 5) Deporte, ocio, cultura y tiempo libre.
- 6) Entorno digital.
- 7) Fuerzas y cuerpos de seguridad.

3.2.1 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Las Administraciones públicas serán las encargadas de facilitar a las familias que convivan con menores un entorno seguro, fortaleciendo los factores de protección además del apoyo en la labor educativa.

Para realizar esto contarán con los planes de prevención, analizando la situación familiar e identificando las posibles necesidades.

Las posibles medidas a tener en cuenta para realizar los planes de prevención serán:

- a) Promover un buen trato y ejercer una parentalidad positiva, entendiéndose esta como el buen y responsable comportamiento por parte de los progenitores o aquellos que ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, facilitando que el menor crezca en un entorno afectivo y seguro, impulsando el derecho a que el menor exprese su

opinión, participe y sea tomado en cuenta en asuntos que le afecten favoreciendo su desarrollo.

- b) Promover la educación tanto en los progenitores como en los niños de acuerdo con el grado de madurez. A su vez, se promoverá el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas y una educación con enfoque inclusivo.
- c) Facilitar la atención a las mujeres durante el periodo de gestación facilitando así el buen trato prenatal.
- d) Favorecer un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido, con esto se puede diagnosticar posibles enfermedades o alteraciones genéticas de forma más rápida.
- e) Desarrollo de programas de formación a adultos y menores para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares.
- f) Programas dirigidos a promover formas positivas de aprendizaje.
- g) Creación de servicios de información y apoyo profesional a menores con la finalidad de que sean capaces de detectar de forma precoz y rechazar cualquier tipo de forma violencia. Se hará hincapié en la atención a la violencia contra las niñas que por género y la edad sean víctimas de discriminación de forma directa o indirecta.
- h) Promoción de formación, orientación y apoyo a menores con discapacidad.
- i) Desarrollo de programas de sensibilización para adultos y menores encaminados a evitar el matrimonio infantil, el abandono estudiantil y la asunción de compromisos laborales y familiares que no sean acordes a la edad.

En situaciones de ruptura familiar, entendida ésta como la separación del grupo familiar de forma física o emocional que puede ser producida desde situaciones como el divorcio, la muerte y el abandono, el art. 28 de la LOPIVI establece que las administraciones públicas son las encargadas de prestar especial atención a la protección del interés superior de los menores, adoptando medidas de impulso de servicios que apoyen a las familias así como otros recursos o servicios especializados que permitan una adecuada atención y protección a la infancia frente a la violencia. Dichas administraciones públicas serán las encargadas de fomentar e impulsar los gabinetes psicosociales de los juzgados, así como cualquier método de mediación y conciliación.

Las situaciones de violencia de género en el ámbito familiar se encuentran reguladas en el art. 29 de la LOPIVI.

La violencia de género es aquella que tiene lugar exclusivamente cuando la ejerce el hombre contra la mujer existiendo antes una relación sentimental, la violencia de género deja un total de 486 huérfanos menores de edad contabilizados desde el 1 de enero de 2013, este año se contabilizan 17 huérfanos desde el día 1 de enero¹⁷ y un total de 65 menores de edad víctimas mortales desde el 1 de enero de 2013. Actualmente, en 2025 se contabilizan 3 asesinatos de menores de edad¹⁸.

¹⁷ Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad.
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>

¹⁸ Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad.
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>

Las administraciones públicas deberán prestar atención a la protección del interés superior del menor de aquellos que convivan con entornos familiares que están marcados por la violencia de género, planteándose la recuperación de la persona menor de edad, así como de la madre. Del mismo modo, tendrán el deber de derivar y coordinar con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de este tipo de violencia, siguiendo las pautas de actuación establecidas en los protocolos de violencia de género que tienen los diferentes organismos sanitarios, policiales, educativos, judiciales y de igualdad.

3.2.2 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

El sistema educativo debe fundarse en el respeto mutuo, promoviendo una educación inclusiva, igualitaria, accesible y de calidad que les permita a los menores su pleno desarrollo y participación en un ambiente seguro y libre de violencia. Todos los niños deben crecer con una educación que cumpla los principios antes mencionados, con independencia de la etapa educativa.

Así mismo se debe proteger especialmente a aquellos menores que sufran vulnerabilidad por condición de discapacidad o por algún trastorno de neurodesarrollo, adaptado la educación al nivel madurativo que posean.

Según lo dispuesto en el art. 31 de la LOPIVI, todos los centros deben elaborar un plan de convivencia de conformidad con el art. 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo¹⁹. Dicho plan tendrá que recoger los códigos de

¹⁹ Art. 124 LO 2/2006: 1. Los centros elaborarán un plan de convivencia que incorporarán a la programación general anual y que recogerá todas las actividades que se programen con el fin de fomentar un buen clima de convivencia dentro del centro escolar, la concreción de los derechos y deberes de los alumnos y alumnas y las medidas correctoras aplicables en caso de su incumplimiento con arreglo a la normativa vigente, tomando en consideración la situación y condiciones personales de los alumnos y alumnas, y la realización de actuaciones para la

resolución pacífica de conflictos con especial atención a las actuaciones de prevención de la violencia de género, igualdad y no discriminación.

2. Las normas de convivencia y conducta de los centros serán de obligado cumplimiento, y deberán concretar los deberes de los alumnos y alumnas y las medidas correctoras aplicables en caso de incumplimiento, tomando en consideración su situación y condiciones personales.

Las medidas correctoras tendrán un carácter educativo y recuperador, deberán garantizar el respeto a los derechos del resto de los alumnos y alumnas y procurarán la mejora en las relaciones de todos los miembros de la comunidad educativa.

Las medidas correctoras deberán ser proporcionadas a las faltas cometidas. Aquellas conductas que atenten contra la dignidad personal de otros miembros de la comunidad educativa, que tengan como origen o consecuencia una discriminación o acoso basado en el género, orientación o identidad sexual, o un origen racial, étnico, religioso, de creencias o de discapacidad, o que se realicen contra el alumnado más vulnerable por sus características personales, sociales o educativas tendrán la calificación de falta muy grave y llevarán asociada como medida correctora la expulsión, temporal o definitiva, del centro.

Las decisiones de adoptar medidas correctoras por la comisión de faltas leves serán inmediatamente ejecutivas.

3. Los miembros del equipo directivo y los profesores y profesoras serán considerados autoridad pública. En los procedimientos de adopción de medidas correctoras, los hechos constatados por profesores, profesoras y miembros del equipo directivo de los centros docentes tendrán valor probatorio y disfrutarán de presunción de veracidad «iuris tantum» o salvo prueba en contrario, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de los respectivos derechos o intereses, puedan señalar o aportar los propios alumnos y alumnas.

4. Las Administraciones educativas facilitarán que los centros, en el marco de su autonomía, puedan elaborar sus propias normas de organización y funcionamiento.

5. Las Administraciones educativas regularán los protocolos de actuación frente a indicios de acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género y cualquier otra manifestación de violencia, así como los requisitos y las funciones que debe desempeñar el coordinador o coordinadora de bienestar y protección, que debe designarse en todos los centros educativos independientemente de su titularidad. Las directoras, directores o titulares de centros educativos se responsabilizarán de que la comunidad educativa esté informada de los protocolos de actuación existentes, así como de la ejecución y el seguimiento de las actuaciones previstas en los mismos. En todo caso deberán garantizarse los derechos de las personas afectadas.

conducta consensuados entre el profesorado tutor, los equipos docentes y el alumnado ante situaciones de acoso escolar.

Tanto las administraciones educativas como las personas que ostenten la dirección de los centros educativos serán los encargados de supervisar la seguridad en la contratación del personal, controlando la aportación de los certificados obligatorios recogidos en el capítulo II del título V (Art. 32 LOPIVI).

En lo que respecta a la educación superior, los centros promoverán la formación, docencia e investigación para los derechos de la infancia y la lucha contra la violencia. En toda la formación de grado superior, grado y posgrado los programas de especialización estarán destinados para las profesiones relacionadas con la sanidad, la educación y el ámbito social y para los grados y posgrados de periodismo, derecho y todas aquellas que guarden vinculación con personas menores de edad.

3.2.3 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO

Las administraciones sanitarias amparadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud, deben promover e impulsar acciones para el buen trato a la infancia y la adolescencia, detectando precozmente la violencia y los posibles factores de riesgo.

La Comisión frente a la violencia de menores tendrá que orientar la planificación de las medidas sanitarias, elaborando un protocolo común de actuación sanitaria en el plazo de seis meses. Este protocolo debe contener los procedimientos a seguir respecto a la comunicación de sospechas o evidencias

en casos de violencia, así como la colaboración con el Juzgado de Guardia y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Dicha Comisión tendrá que emitir un informe anual que incluirá los datos en lo respectivo a la atención sanitaria de las menores víctimas de violencia.

3.2.4 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES

Los funcionarios que desarrollen su actividad en los servicios sociales tendrán la condición de agente de la autoridad pudiendo solicitar la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los servicios sanitarios y de cualquier servicio público que sea necesario para intervenir (art. 41 LOPIVI).

En los casos en los que exista un posible riesgo de violencia los Servicios Sociales serán los encargados de diseñar un plan de intervención familiar. También serán los responsables de recoger toda la información sobre posibles casos de violencia, analizando el caso y solicitando siempre que sea necesario el apoyo de la entidad pública de protección a la infancia.

Del mismo modo según lo regulado en el artículo 44 de la LOPIVI, los servicios sociales deben realizar un seguimiento y registro de los casos de violencia sobre los menores de edad con el procedimiento de la respectiva comunidad autónoma.

3.2.4 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DEL DEPORTE, OCIO, CULTURA Y TIEMPO LIBRE

Con la finalidad de crear un espacio seguro en el ámbito deportivo de todas aquellas actividades que tengan vinculación con menores de edad, las administraciones públicas deben regular protocolos de actuación basados en la detección precoz de los posibles casos de violencia.

Sumado a eso, se debe implantar un sistema de monitorización para asegurar que los protocolos son cumplidos, así pues, se debe asignar la figura del delegado de protección al que las personas menores pueden acudir con el fin de expresar sus inquietudes, que será el encargado de verificar el cumplimiento de los protocolos.

En el ámbito deportivo también se adoptarán medidas necesarias contra la discriminación por razón de edad, raza, sexo o discapacidad, trabajando con los niños y con sus familias el rechazo al uso de expresiones degradantes y discriminatorias.

3.2.6 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL

En lo respectivo al ámbito digital las administraciones públicas deberán desarrollar campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los menores sobre el uso seguro y responsable de internet, así como los riesgos derivados de un mal uso digital que puedan generar ciberbullying, grooming, sexting o consumo de pornografía por parte de menores.

Del mismo modo las administraciones deben realizar periódicamente diagnósticos con criterios de edad y género sobre el uso de internet entre los

niños y adolescentes, así pues, estas deben colaborar con el sector privado con el fin de fomentar contenidos positivos en línea, así como la puesta en marcha de controles parentales y protocolos de verificación de edad.

3.2.7 MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

Con el fin de proteger a los menores, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las comunidades autónomas (CCAA) y de las entidades locales, deben actuar como un entorno seguro para ellos, contando con unidades especializadas en la investigación, detección y actuación de las situaciones de violencia que se puedan producir en la infancia y la adolescencia.

Tienen el deber de colaboración las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúen dentro del mismo territorio, actuando de conformidad con los protocolos establecidos de actuación policial. Adoptarán cualquier medida provisional de forma inmediata, practicando diligencias con intervención del menor siempre que sea estrictamente necesario. A su vez deberán impedir cualquier contacto directo o indirecto entre la persona investigada y el menor.

Las personas menores de edad que lo soliciten podrán formular denuncia por sí mismas, así pues, se informará al menor de su derecho a la asistencia jurídica gratuita designándole inmediatamente, si así lo desea, abogado del turno de oficio. Estas deberán estar acompañadas en todo momento de una persona de su confianza designada libremente por él, salvo riesgo de que dicha persona podría actuar en contra del interés superior de este.

4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DEL DERECHO A SER OÍDO

La CDN establece que la opinión de los menores debe ser tenida en cuenta en procesos administrativos y jurídicos. Para que el menor pueda ser oído se tendrá en cuenta la capacidad jurídica del menor, reflejada en el artículo 5 de la Convención, que dice así:

“Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

El derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta, se encuentra regulado en el artículo 12 de la CDN²⁰ mencionando que los Estados parte deben garantizar que el menor pueda formular su propio juicio y pensar por el mismo en todos los asuntos que le afecten, adaptándole la situación subjetiva en la que se encuentre y los requerimientos del citado procedimiento que se esté realizando.

²⁰ Art. 12 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 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.

Este artículo es de vital importancia ya que podemos extraer como conclusión que los menores deben expresar libremente su opinión sobre los asuntos que les conciernan en su propia dimensión individual y comunitaria, lo que, además, constituye la garantía del cumplimiento de este derecho por parte de los Estados signatarios.

Este derecho constituye uno de los cuatro principios generales de la CDN seguido del derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y el interés superior del menor.

Encontramos regulaciones sobre dicha materia en la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, en su artículo 9:

“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. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. *Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.*

3. *Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.”*

Por otro lado, nuestro CC no tiene una regulación clara y definida sobre el derecho a ser oído del menor, sino que se limita a ofrecer supuestos en los que el menor podrá ser escuchado. Así pues, el artículo 177 menciona que:

1. *“Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. A su vez el mismo artículo añade en el punto 3.3 que deberá ser*

oído por el Juez el adoptado menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez”

Otro ejemplo es el artículo 92.6 CC²¹ que regula que antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal (MF), oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o los 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.

Podemos afirmar que la CDN da más importancia y es más exigente en lo que respecta a este derecho ya que además de atender a lo escuchado, se debe razonar la decisión de apartarse de lo manifestado por parte del niño.

Sin embargo, esto no ocurre con el derecho español, ya que hemos visto que determinados preceptos legales si que mencionan el derecho a ser oído, pero se recalca que podrán ser oídos solo cuando se estime necesario.

En el sentido mencionado en el párrafo anterior, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009²². En esta sentencia, se aborda el problema relativo al derecho de régimen de visitas de un padre, haciendo referencia a que el menor no ha sido oído en la sala conforme a la LO 1/1996 que reconoce este derecho. Además, se deniega la práctica de la audiencia al menor debido a que este ya había sido oído por el equipo psicosocial del Juzgado, por lo tanto, no era necesario que se volviera a escuchar en la sala, así pues, no se concibe con carácter esencial la escucha activa del menor.

²¹ Art. 92.6 CC: El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.

²² STC163/2009. núm. 181, de 28 de julio de 2009. Boletín Oficial del Estado.

4.1 NOTAS CARACTERISTICAS DEL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO

La CDN plantea las siguientes notas caracterizadores del derecho del menor a ser escuchado:

1. Es un derecho renunciable, es decir el menor no tiene la obligación de expresar sus opiniones, sino que es una opción.
2. Debe ser escuchado todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio.
3. La Convención reconoce al niño como sujeto de derechos.
4. La evolución de la capacidad para formarse un juicio propio no precisa que el niño tenga conocimiento extensivo de todos los problemas de su causa, sino que disponga con la comprensión suficiente del problema.
5. Los Estados parte tienen la obligación de garantizar este derecho, además deben de hacer accesible este derecho a los niños con discapacidad, brindándoles de los modos de comunicación adecuados para que puedan expresar sus opiniones. A su vez deberán hacer este derecho más accesible para los niños pertenecientes a las minorías, migrantes y otros niños que no hablen el idioma.
6. Este derecho es opcional para el menor por lo tanto si se accede a realizar este derecho debe ser con ausencia de presiones y absoluta libertad.

7. El menor deberá recibir información sobre el motivo de la escucha, las cuestiones y las consecuencias, es decir debe ser un proceso transparente e informativo.
8. Debe realizarse en un entorno amigable, no se podrá escuchar al menor en un entorno hostil o intimidatorio.
9. Debe ser prioritario en el proceso la seguridad del menor y la correcta evaluación de posibles riesgos para este.

4.2 MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA OBSERVANCIA DEL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO

A continuación, se expondrán las cinco medidas que deben realizarse de forma efectiva para garantizar el derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afecten. Las siguientes medidas deben aplicarse de manera adecuado fijando la atención en el contexto que se trate.

a) Preparación

Los responsables de escuchar al niño deben velar porque el menor este informado sobre su derecho a expresar su opinión en los asuntos en los que se vea afectado y en el procedimiento judicial o administrativo.

Para ello deberá recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Así pues, se le otorgara la información de cómo, cuándo y dónde se le escuchara y quienes serán los participantes.

b) Audiencia

El niño debe encontrarse seguro en el entorno y debe estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia esta dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el menor comunique. Será preferible que el menor no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.

c) Evaluación de la capacidad del niño

Las opiniones del menor deben tenerse en cuenta si el menor puede formarse su propio juicio, realizándose un análisis caso por caso que indique que el menor es capaz de ello.

d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño

El encargado de adoptar decisiones debe informar al menor del resultado del proceso y explicar como se tuvieron en consideración sus opiniones.

La información puede producir que el menor insista, se muestre de acuerdo o quiera realizar otra propuesta, en los casos de procedimiento judicial o administrativo podrá realizarse una apelación o una denuncia.

e) Quejas, vías de recurso y desagravio

Se debe garantizar los procedimientos de denuncia o vías de recurso cuando el derecho a ser escuchado sea pasado por alto y violado²³. Así pues, el menor podrá dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los menores para expresar sus quejas.

²³ Observación general N° 5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 24

El menor podrá tener acceso a los procedimientos de apelación y denuncia cuando se produzcan violaciones de su derecho.

4.3 OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTE

4.3.1. OBLIGACIONES BÁSICAS

Los Estados parte tienen la obligación de revisar y modificar su legislación con la finalidad de introducir los mecanismos que dan acceso a los niños a la información correspondientes, al apoyo adecuado y a la información sobre los procedimientos de denuncia o recurso.

Con el fin de cumplir estas obligaciones, los Estados parte deben adoptar una serie de estrategias:

1. Revisar y retirar declaraciones restrictivas y reservas respecto al artículo 12 de la CDN.
2. Impartir información sobre el artículo 12 y sobre su aplicación en la practica para todos los profesionales que trabajen con menores como por ejemplo abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, profesores, entre otros.
3. Establecer instituciones independientes de derechos humanos como defensores del niño o comisionados. A su vez, el Comité deberá apoyar a los Estados parte en la tarea, explicando los elementos esenciales de las instituciones y las funciones que deben tratar.²⁴
4. Deben garantizar condiciones adecuadas para el apoyo y el desarrollo de los niños en lo que respecta a la expresión de su opinión,

²⁴ Observación general N.º 2 (2002) del Comité sobre el papel de las instituciones independientes de derechos humanos

asegurándose que se tenga en cuenta las normas, leyes y códigos institucionales.

5. Combatir actitudes negativas, las cuales podrían obstaculizar la realización del menor a ser escuchado.

4.3.2 OBLIGACIONES EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES CIVILES

Los procesos judiciales civiles mas comunes en la escucha del menor son los siguientes:

- Divorcio y separación

En los casos de divorcio o separación, los hijos son los principales afectados en las posibles resoluciones adoptadas por los tribunales, debido a que versan sobre aspectos como la manutención del menor o la custodia.

Por ello es importante la inclusión del interés superior del menor y de la escucha del menor en el procedimiento. Para ello la Convención prevé como mecanismo que se trate el asunto de forma determinada, es decir produciéndose una evaluación individualizada de la capacidad del menor.

- Separación de los padres y las posibles formas sustitutivas de cuidado .

En los casos en los que se produzca abusos o negligencia en el hogar y que como consecuencia se haya adoptado la medida de apartar al menor de su familia, deberá tenerse en cuenta la opinión del menor para garantizar su interés superior.

El Comité recomienda a los Estados parte que garanticen mediante normas, leyes y directrices que se tenga en consideración las opiniones del menor en lo

respectivo a las relativas a su asignación en hogares de acogimiento familiar o de guarda y en lo respectivo a la revisión de los planes de guarda y las visitas a sus progenitores y familiares.

4.3.3 OBLIGACIONES EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PENALES

Para la escucha activa del menor en procedimientos judiciales penales puede darse el caso en el que menor sea sujeto infractor, sujeto víctima o testigo.

- *El niño infractor*

Según el artículo 12.2 de la Convención, todo menor que este implicado y que haya infringido las leyes penales tiene el derecho a ser escuchado, respetándose ese derecho en todas las etapas del procedimiento judicial.

Para que el menor pueda participar de forma efectiva en el procedimiento debe ser informado de manera eficiente y directa sobre todos los cargos que se le imputan, en un idioma que el menor pueda entender, desarrollándose el procedimiento en un ambiente en el cual se permita que el niño participe y se exprese de forma libre.

Si se producen remisión a medios extrajudiciales, como la mediación, el niño debe ser capaz de prestar el consentimiento de forma no viciada y obtener asesoramiento y asistencia jurídica apropiada.

Finalmente, las audiencias judiciales de un menor que se haya en conflicto con la ley deberán realizarse a puerta cerrada.

- *El niño víctima y el niño testigo*

Deben tener la oportunidad de ejercer plenamente el derecho de ser escuchado y expresar su opinión de forma libre y de conformidad con la resolución 2005/20 del Consejo Económico Social, destacando los apartados 8, 19 y 20.

En el apartado número ocho, nos menciona los principios con el fin de garantizar la justicia para los niños víctimas o testigos, en los que se encuentran el principio a la dignidad, no discriminación, el interés superior del niño, la protección, el derecho armonioso y el derecho a la participación.

Por otra parte, en su apartado número diecinueve, nos hace referencia a que los menores deben de ser informados de cuestiones como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales y otros servicios de interés, así como los medios de acceder a ellos; de los procedimientos y la forma en la que se realizará el interrogatorio; de los mecanismos de apoyo disponibles; de la disponibilidad de medidas de protección; de las fechas y lugares específicos de las vistas, entre otras.

El apartado número veinte, proclama que se debe informar en la medida de lo posible a los niños, padres o tutores y sus representantes legales sobre los asuntos de evolución de la causa, incluidos la captura y detención del acusado y su situación en cuanto a la privación o no de libertad, así como la resolución y de las oportunidades que existan para obtener reparación por parte del delincuente o del Estado.

Finalmente, la resolución 2005/20 “*Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*”²⁵ regula sobre aspectos como:

1. *El derecho a la asistencia eficaz*

Los profesionales deberán adoptar y aplicar medidas facilitando a los menores su derecho a prestar testimonio o declarar.

Así pues, deben de coordinar los servicios de apoyo, atendiendo las necesidades especiales del niño y acompañándole a prestar testimonio.

2. *El derecho a la intimidad*

Debe de protegerse la intimidad de los menores implicados y toda la información relativa a la participación del niño en el proceso de justicia, así pues, esta información será confidencial y restringida.

Se debe proteger al menor de una aparición excesiva del público.

3. *El derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia*

Los profesionales adoptaran medidas que eviten el sufrimiento de los menores durante el proceso de instrucción y enjuiciamiento, prestándoles apoyo y garantizando la celeridad del juicio, utilizando procedimientos adecuados para los niños.

²⁵ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2005). Resolución 2005/20: Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (22 de julio de 2005)

4.3.4 OBLIGACIONES EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES ADMINISTRATIVOS

Los procedimientos administrativos son procesos menos formales, más flexibles y es más probable que un menor participe antes en estos tipos de procedimientos que en los judiciales.

Los más comunes a los que se puede enfrentar un menor son las cuestiones de disciplina en las escuelas, negativas a entregar certificados escolares, cuestiones relativas al rendimiento o medidas disciplinarias.

De igual modo, se deberá garantizar el derecho a ser escuchado junto con los demás derechos procesales en este tipo de procedimientos.



5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL. GUARDA Y CUSTODIA

5.1 SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL: NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

En primer lugar, cabe definir los supuestos de crisis matrimonial con el fin de entender que protección se debe brindar al menor en estos casos. Entendemos como crisis matrimonial a los supuestos de nulidad, divorcio y separación.

La nulidad del matrimonio se encuentra regulada en los artículos 73 a 80 del CC y supone la invalidez tanto del matrimonio civil como del matrimonio religioso desde el origen de este. Se produce tras haber concurrido en su celebración en algún vicio de nulidad, como puede ser el consentimiento del cónyuge o que se contraiga sin la intervención del alcalde o concejal o con ausencia de testigos (art. 73 CC²⁶)

Para que el matrimonio sea declarado nulo será necesario instar la acción de nulidad y probar la causa alegada, además corresponderá a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que pueda tener interés legítimo en la causa (art. 74 CC) a excepción de los casos contemplados en los artículos 75 y 76.

²⁶ Art.73 CC : Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:

- 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.
- 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
- 3.º El que se contraiga sin la intervención del Alcalde o Concejal, letrado o letrada de la Administración de Justicia, notario o notaria, o personal funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
- 4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.
- 5.º El contraído por coacción o miedo grave

Así pues, si la causa de nulidad se produjera por la falta de edad solo será posible ejercitar la acción para cualquiera de sus padres, tutores o guardadores o para el MF (art. 75 CC).

En los casos de error, coacción o miedo grave, como resulta evidente, solo podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido la coacción, el error o miedo. Además, esta acción en este supuesto caducará si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o miedo.

En relación con el menor, la declaración de un matrimonio nulo no invalidará los efectos que ya han sido producidos de buena fe, respecto a los hijos (art. 79 CC).

Por otro lado, otro supuesto de crisis matrimonial es el caso de la separación, entendiéndose esta como la situación legal que suspenderá la convivencia entre los cónyuges, pero manteniendo el vínculo matrimonial, es decir el matrimonio no se disuelve con la separación.

En la separación los cónyuges no podrán vivir bajo el mismo techo y además se posibilitará el derecho a realizar la liquidación del régimen económico matrimonial, es decir se constituirá la separación de bienes, gestionándose los bienes como si los cónyuges, ahora separados, no estuvieran casados.

El CC diferencia entre dos tipos de separación: la separación de mutuo acuerdo y la separación contenciosa.

La separación de mutuo acuerdo será decretada según el artículo 81 CC cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, por petición de ambos cónyuges o de uno, pero siempre con el

consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.

Según el artículo 82 CC, la separación de mutuo acuerdo se realizará mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia (en adelante LAJ) o en escritura pública ante Notario en el que determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación. Así pues, los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal pudiendo estar asistidos por el letrado en ejercicio.

La separación contenciosa podrá ser solicitada a petición de un solo cónyuge, una vez que ha transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso del plazo cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la libertad, integridad física o moral o la indemnidad sexual del cónyuge que solicita la separación o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, siempre que se acompañe la demanda con una propuesta fundada en las medidas que deben regular los efectos que se producirán una vez se decrete la separación.

La última situación de crisis matrimonial que puede ocurrir es el divorcio. Este se encuentra regulado en el Capítulo VIII del CC, concretamente en los artículos 85 y ss.

Se entiende que el matrimonio será disuelto, sea cual fuere la forma y el tiempo de celebración por el divorcio, entre otras causas como la muerte o declaración de fallecimiento (art. 85CC), siendo decretado de forma judicial cuando concurren los requisitos y circunstancias que se encuentran establecidos en el artículo 81CC²⁷.

²⁷ Art. 81.1 CC: A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

5.1.1. REPERCUSIÓN DEL CONFLICTO INTERPARENTAL EN EL SISTEMA FAMILIAR Y EL IMPACTO DE LA RUPTURA EN LOS PROGENITORES

El conflicto ocasionado entre los progenitores puede provocar que los menores se vean inducidos a adoptar una posición en lo que respecta a sus padres, figurando muchas veces como mensajeros entre los progenitores, protectores de uno de ellos o figura de apoyo y estabilidad emocional. Debido a este hecho los menores quedan atrapados en una dinámica conflictiva que repercute en el ámbito personal, escolar o social del menor. Además de esa repercusión, este conflicto puede afectar en procesos judiciales en los que la opinión del menor se tiene en cuenta, como son los casos de custodia.

Debido al enfrentamiento entre los progenitores, en muchas ocasiones se produce una alteración en los roles e incluso un rechazo hacia alguno de ellos.

5.1.2. EFECTOS DE LA RUPTURA FAMILIAR SOMETIDA A CONSIDERACIÓN JUDICIAL

Los efectos una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio se producen por ministerio de la Ley. Ocurre de forma automática debido a que viene establecido en la ley, así pues, no será necesario un acto de voluntad.

Cabe mencionar que la ruptura familiar no se produce únicamente como consecuencia de la disolución del matrimonio, debido a que puede producirse

Art. 81.2 CC: A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

también en las uniones de hecho. En estos casos, es importante regular los efectos que la ruptura pueda tener sobre los menores, garantizando su bienestar y protección.

Las uniones de hecho se pueden definir como la unión entre dos personas de forma estable por una relación de convivencia y de afecto, pero sin estar sujetos a vínculo matrimonial.

El TS ha señalado que no es aplicable de forma automática el régimen del matrimonio debido a que matrimonio y pareja de hecho no son lo mismo. Por consiguiente aplicar el régimen matrimonial sería ir en contra de la autonomía de la voluntad de la pareja.

Se debe diferenciar entre las uniones de hecho registradas y las no registradas, atendiendo las primeras a lo pactado entre las partes en virtud del principio de libre autonomía de la voluntad. Para las uniones de hecho no registradas no existe una normativa concreta, dependiendo de la existencia de pactos entre las partes.

Así pues, los efectos en cuanto a la ruptura del matrimonio encuentran su regulación en el artículo 102 del CC, siendo los efectos los citados a continuación:

“1.º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.”

Además, cabe mencionar que, salvo pacto contrario, cesará la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A su vez, deberá realizarse la oportuna anotación en el Registro Civil (en adelante RC) y en los registros de la Propiedad y Mercantil.

Existen otro tipo de efectos, conocidos por el nombre de medidas, esto se debe a que al contrario de los efectos mencionados anteriormente que son producidos “*ex lege*”, las medidas se producen tras la orden del juez y estas podrán ser modificadas si las circunstancias cambian. Las medidas que podemos encontrar dependerán del momento procesal en el que nos encontremos, así pues, se establecen las medidas previas o provisionálsimas, las provisionales y las definitivas.

Las medidas previas o provisionálsimas son aquellas que pueden ser adoptadas antes de que se produzca la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, por lo tanto, estaríamos hablando de medidas que se producen en fase preliminar.

El artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) regula las medidas provisionales previas a la demandad de nulidad, separación o divorcio, así pues, dispone en su articulado que el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio podrá solicitar los efectos y medidas que se encuentran regulados en el artículo 102 del CC, formulando la solicitud por escrito sin que sea necesario la intervención del procurador y el abogado.

Por otro lado, el artículo 103 CC, es una de las medidas calificadas como medidas provisionales, debido a que se acuerdan una vez admitida la demanda. Este artículo en cuestión regula las siguientes medidas:

- Determinar, en interés de los hijos, si ambos progenitores deberán seguir ejerciendo la patria potestad o lo debe seguir haciendo uno de ellos de forma exclusiva.
- Determinar si se opta por guarda y custodia compartida, monoparental paterna o materna, o si se atribuye a un tercero.

Es importante diferenciar los conceptos de patria potestad y de guarda y custodia.

La patria potestad se encuentra regulada en el art. 154 del CC²⁸, siendo el conjunto de derechos, atribuciones y deberes que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados, siendo los encargados de la representación y administración de los bienes de los menores, así como los encargados de decidir el lugar de residencia habitual del menor. Esta debe ser ejercida a favor de los intereses del menor, de acuerdo con su personalidad y respetando sus derechos y su integridad, tanto física como mental.

Por otro lado, la guarda y custodia es el cuidado diario y la convivencia habitual de los menores, incluyendo decisiones cotidianas como la alimentación, los horarios o las rutinas, diferenciándose con la patria potestad en que esta se centra en un cuidado cotidiano y no en decisiones estructurales.

²⁸ Art 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, 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 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 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.

La patria potestad como regla general será compartida, salvo casos excepcionales, mientras que la guardia y custodia puede otorgarse a ambos o a uno u otro progenitor, puede darse el caso de que un progenitor no tenga la guarda y custodia del menor, pero si la patria potestad.

Deberán tomar las disposiciones apropiadas de conformidad con lo establecido en el CC y en las leyes. Además, el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia del menor debe de velar por este en el tiempo, modo y lugar en el que se pueda comunicar con él y tenerlo en compañía.

De forma excepcional, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes y otras personas o instituciones en las que se le otorgarán funciones tutelares.

- **Riesgo de sustracción:**

Cuando exista un posible riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o de terceras personas, se podrán adoptar las medidas que se estimen necesarias siendo algunas de estas la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; la prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada de este y el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Se deberá determinar, en relación con el interés familiar más necesitado de protección, que cónyuge debe continuar en la vivienda familiar y realizar un inventario sobre los bienes y objetos del ajuar y los que se debe llevar el otro cónyuge.

A su vez, se deberá fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio y la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes, además se deberá realizar el régimen de administración y disposición de los bienes privativos que por capitulaciones o escritura publica estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

Finalmente, las medidas definitivas comprenden aspectos personales y patrimoniales que han sido declarados judicialmente, por ende, vendrán establecidas en la sentencia final y regularán factores clave en la vida del menor como la pensión de alimentos, el uso de la vivienda familiar o la custodia de los hijos.

Pese a esto, el juez podrá actuar de forma subsidiaria en caso de que existieran convenios reguladores o acuerdos entre los cónyuges, así pues, deberán ser homologados por el juez según lo establecido en el artículo 90 CC²⁹, por consiguiente, el legislador brinda a los padres del menor un amplio

²⁹ Art 90 CC: 1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- a) 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.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- b) bis El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución

margen de decisión a los padres y solo ante la falta de acuerdo o ante una medida dañosa acordada y que consista en una contrariedad al interés superior del menor.

Otras medidas definitivas, se encuentran reguladas en los artículos 92 y ss. CC. Según este, los padres tendrán las mismas obligaciones, aun encontrándose en situaciones de crisis matrimonial, además el legislador nos menciona que el juez deberá adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, siempre velando por el derecho a ser oído de estos. A su vez, la sentencia regulará aspectos como la privación de la patria potestad o el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los

motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

3. 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.

Asimismo, podrá modificarse el convenio o solicitarse modificación de las medidas sobre los animales de compañía si se hubieran alterado gravemente sus circunstancias.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

4. El juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

hijos así cuando lo soliciten los padres en el convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

5.2 LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

La patria potestad es el conjunto de funciones y responsabilidades jurídicas que el Ordenamiento Jurídico (en adelante OJ) confiere a los progenitores sobre sus hijos menores de edad y que no se encuentran en situación de emancipación. Las posibles decisiones que podrá adoptar el sujeto que ostente la patria potestad de un menor son entre otras la educación, el cambio de apellidos o las cuestiones relativas al ámbito sanitario. Esta deberá ser ejercida siempre en interés de los hijos, respetando su personalidad, sus derechos y su integridad.

La patria potestad encuentra su regulación en el artículo 154 del CC mencionando que esta se ejercerá siempre en interés de los hijos, teniendo en cuenta tanto su personalidad como su integridad física y mental.

Podrá acordarse la privación de la patria potestad en la sentencia cuando en el proceso se revele una causa para la privación, así pues, en el convenio regulador vendrá establecida si la patria potestad será ejercida de forma total o parcial por uno de los cónyuges.

5.2.1. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La pérdida de la patria potestad se producirá cuando cualquiera de los progenitores, y mediante sentencia fundada, haya incumplido los deberes inherentes a la sentencia o dictada en causa criminal o matrimonial. Algunos de los motivos más comunes para que se produzca la pérdida de la patria potestad son:

- Abandono del menor, física o emocionalmente.
- Incumplimiento reiterado de las obligaciones de cuidado, educación o manutención.
- Adicciones graves como el consumo de alcohol y otras sustancias estupefacientes.
- Condenas penales por delitos cometidos contra los propios hijos o contra el progenitor.
- Influencia negativa al menor para perjudicar la relación con el otro progenitor
- Maltrato físico o psicológico

La pérdida podrá ser total o parcial, pudiendo ser recuperable. Por añadido, cabe mencionar que las formas de plantear una pérdida de patria potestad podrán ser en primer lugar de oficio, cuando los tribunales o el MF detecta una situación de riesgo para el menor; y en segundo lugar podrá realizarse la petición a instancia de parte, siendo uno de los progenitores el que interpone una demanda solicitando la retirada de la patria potestad del otro progenitor.

5.3 GUARDA Y CUSTODIA

En el CC no existe una definición de lo que entendemos como guarda y custodia, esta se puede definir como uno de los elementos integrantes dentro de la patria potestad en lo que respecta al deber de los progenitores sobre los hijos menores de edad, a la obligación de velar por ellos, cuidarlos y convivir.

Tras producirse una ruptura familiar, siendo la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio, una de las consecuencias es la medida del régimen de guarda y custodia.

Según el artículo 93 del CC, en lo que respecta a la prestación de alimentos, el juez será el que determine la contribución de cada progenitor con el fin de satisfacer los alimentos, adoptando las medidas que estime convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones en base a circunstancias económicas y necesidades de los hijos.

5.3.1 PROCEDIMIENTO GUARDA Y CUSTODIA

La determinación del régimen de guarda y custodia podrá realizarse de dos formas diferentes.

La primera forma es aquella donde los propios progenitores, de mutuo acuerdo, presentan una propuesta ante el juez, incluida en el Convenio Regulador, en el cual, se deberán exponer las consecuencias concretas de la separación o divorcio, o de la ruptura de pareja no matrimonial, y proponer un régimen de guarda y custodia.

La segunda forma se produce, en defecto de acuerdo de las partes, mediante un procedimiento contencioso en el que será el juez quien decida las medidas a adoptar y la guarda y custodia.

El juez deberá tener en cuenta una serie de consideraciones:

1. Si se solicita la custodia compartida debido a que lo solicitan de mutuo acuerdo o llegan a ese acuerdo en el procedimiento, se adoptará este tipo de custodia, a menos que se considere inviable a la vista de las circunstancias de los progenitores o de los menores.
2. No se podrá adoptar la custodia compartida si alguno de los progenitores se encuentra incurso en un procedimiento penal tras haber atentado de alguna forma contra el otro progenitor, contra los hijos que convivan con ambos o contra los animales domésticos.

3. Se podrá adoptar la medida la custodia compartida, aun sin acuerdo de los progenitores si el juez estima que es la custodia que más favorece al menor.
4. Antes de la aprobación u homologación del convenio regulador, es preceptivo el informe favorable del MF, siendo también necesario un dictamen de especialistas cualificados como psicólogos, trabajadores sociales, etc.
5. En todo caso, se intentará no separar a los hermanos.
6. Los menores podrán ser oídos si tienen 12 o más años y si poseen la madurez suficiente para ello, según lo establecido en los artículos 770.4³⁰ y 777.5³¹ de la LEC.

³⁰ Art. 770.4: Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o a los mayores con discapacidad que precisen apoyo, de acuerdo con la legislación civil aplicable.

Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando.

En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Cabe mencionar la STS 761/2013 de 12 de diciembre en la que el TS reforzó los criterios previos en los casos de custodia del menor, así como el interés superior de este, mencionando la dificultad a la hora de aplicar una custodia compartida si existía conflictividad o falta de respeto entre los progenitores. También alude a la importancia del entorno familiar para el bienestar infantil y se analizó la aplicación práctica de esta custodia

5.3.2 TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA

1. Guarda y custodia exclusiva o monoparental

Esta modalidad supone la atribución de la guarda y custodia, así como sus funciones a un solo progenitor. Así pues, el progenitor deberá velar por el menor, cuidarlo y tenerlo en su compañía. Esta se dictará cuando el juez estime que el progenitor al que se le otorga la exclusividad de la custodia posee mejores garantías para satisfacer necesidades materiales y morales, teniéndose en cuenta las circunstancias culturales, familiares, económicas, etc.³².

³¹ Art. 777.5: Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

³² Aguilar Ruiz, L., Oliva Blázquez, F., Hornero Méndez, C., López de la Cruz, L., Serrano Fernández, M., Vázquez-Pastor Jiménez, L., Pizarro Moreno, E., Sánchez Lería, R., Infante Ruiz, F., Pérez Velázquez, J. P., López y López, A. M., & Valpuesta Fernández, R. (2023). *Derecho de familia* (4.ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch.

Otras circunstancias a tener en cuenta son las siguientes:

- Cercanía de los domicilios
- Condiciones personales
- Edad del menor y preferencias
- Disponibilidad de tiempo y posibilidades de conciliación laboral
- Coincidencia entre las pautas educativas
- Relación entre los progenitores y los hijos

Así pues, durante el tiempo de la custodia monoparental, el progenitor que tenga atribuida de forma exclusiva la custodia podrá adoptar las decisiones cotidianas que afecten al día a día de los menores (alimentación, horarios, vestimenta o actividades extraescolares).

Por otra parte, el progenitor no custodio posee una serie de obligaciones y derechos pese a no tener la custodia:

- **Derecho a un régimen de visitas:** El régimen de visitas del progenitor no custodio constituye tanto un derecho como una obligación. Este vendrá establecido en la sentencia o en el convenio regulador, según lo establecido en los artículos 90.1.a del CC³³ y 94 del CC que nos menciona que la autoridad judicial será la encargada de determinar el tiempo, modo y lugar en que el progenitor no custodio podrá ejercer el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en compañía, adoptando esta resolución previa audiencia del menor y del MF.

³³ Art.90.1.A): El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

a) 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.

El régimen de visitas debe ser razonable, por lo tanto, no es factible un régimen que comprenda visitas intersemanales si los domicilios de ambos se encuentran a gran distancia o establecer visitas intersemanales desde la salida del colegio si el progenitor no custodio tiene un horario laboral de tarde, tampoco serán admisibles regímenes de visitas abiertos o indefinidos.

No procederá en ningún caso el régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, tanto si es provisional o si es sentencia firme, tampoco procederá si el progenitor esta incurso en un proceso penal por atentar contra la integridad física, sexual o moral o contra la libertad del otro cónyuge o de sus hijos. Tampoco procederá si la autoridad judicial advierte indicios fundados de violencia de género o domestica.

- **Derecho a ser informado:** pese a no tener la guarda y custodia, el progenitor no custodio tiene el derecho de ser informado de la vida de sus hijos tanto de los aspectos educativos (derecho a ser informado por el centro educativo) como sanitarios (derecho a ser informado por los centros sanitarios), siendo obligación del progenitor custodio facilitar dicha información.
- **Derecho de pagar pensión de alimentos:** El progenitor no custodio debe contribuir de forma económica a la manutención de sus hijos, es un derecho fundamental de los hijos regulado en el art 39.3 CE³⁴, en el cual se menciona que el juez será el encargado de determinar la contribución de cada progenitor con el fin de satisfacer los alimentos, adoptando medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los

³⁴ Art. 39.3 CE: 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.

menores en cada momento. En el caso de que convivan hijos mayores o emancipados que carecen de ingresos propios, se fijarán los alimentos en base al artículo 142 CC, entendiéndose por alimentos la habitación, vestido y asistencia médica, además de todo lo indispensable para el sustento y en el caso de que el hijo sea menor de edad, los alimentos también comprenderán la educación e instrucción.

Para finalizar, el art. 146 CC hace referencia a que la cuantía de los alimentos debe ser proporcionada al caudal o medios del progenitor no custodio.

- **Derecho de tomar decisiones relevantes:** Pese a que el progenitor no custodio no posee la custodia y está sometido a un régimen de visitas, este no ha perdido la patria potestad (salvo que haya sido privada de esta) por lo que sigue teniendo las mismas obligaciones, las cuales implican participar en las decisiones que tengan trascendencia en la vida del menor, ya sea porque afecten a su salud, a la administración de sus bienes o a su formación tanto religiosa como educativa.

En caso de incumplimiento de las obligaciones mencionadas anteriormente en lo que respecta al régimen de custodia podrá constituir un delito de desobediencia a la autoridad, debido a que está incumpliendo lo dictado en una sentencia. Esto viene recogido en el artículo 556 del Código Penal (CP), pudiendo ser castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o la multa de seis a dieciocho meses.

2. Guardia y custodia compartida

La custodia compartida es un régimen que permite la atribución del cuidado de los hijos a ambos progenitores, estableciendo una alternancia de períodos de convivencia con cada progenitor, debido a que ambos serán guardadores, pero no de forma simultánea, así pues, serán partícipes del proceso de crianza

de sus hijos y tendrán la posibilidad de su cuidado de forma equilibrada, así como su representación legal.³⁵

Esta modalidad entró en vigor en la Ley 15/2005, de 8 de julio. Se fundamentó que solo con la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor, pese a que la primera forma de regularlo se encuentra en dicha ley, no se prohibía la posibilidad de establecer custodia compartida antes de entrar en vigor, debido a que era posible si los progenitores llegaban a mutuo acuerdo, aunque tradicionalmente en España se optaba por la custodia monoparental, situación que ha cambiado radicalmente desde 2011, observable en sentencias como la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011³⁶, en la cual se fijó como solución óptima y generalizada la custodia compartida, la cual será preferible a la custodia monoparental .

La doctrina del TS lleva a conceder la custodia compartida como norma general, siempre que los intereses del menor no indiquen otro tipo de custodia, debido a que este sistema se considera la más adecuada y la que permite de forma mas efectiva el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, además en esta sentencia es más fácil mantener a los hermanos juntos por lo cual es otro argumento más a la hora de conceder esta custodia.

Se tendrá en cuenta tanto la distancia de los domicilios como la voluntad del menor, a su vez, se producirá la valoración de los informes los cuales podrán servir al juez a la hora de decantarse por un sistema u otro, esto es observable en la sentencia del TS 257/2013, de 29 de abril³⁷, la cual fija los criterios

³⁵ Alcázar Ruiz, R., Pérez Fernández, E., Fernández Marín, V., & García Domènech, P. (2020). Guía para la elaboración de un diagnóstico social en el informe pericial en casos de custodia disputada. *TS nova: trabajo y servicios sociales*, (16), 21-34

³⁶ Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2011). Sentencia 496/2011,de 7 de julio de 2011.

³⁷ Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2013). Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013.

nombrados anteriormente y los cuales se deben de tener en cuenta a la hora de fijar el tipo de custodia.

Existen tres tipos de custodias compartidas:

- **Custodia compartida en un mismo domicilio:** Serán los progenitores los que se desplacen a la vivienda y el menor permanecerá siempre en el domicilio familiar.
- **Custodia compartida en distintos domicilios:** En este caso será el menor el que se desplace a la vivienda de cada progenitor.
- **Custodia compartida coexistente:** Esta se producirá si ambos cónyuges viven bajo el mismo techo.

En lo que respecta al procedimiento para definir la custodia compartida, según el TS se deberá presentar de forma obligatoria un plan en el caso de que se opte por la custodia compartida de menores. Así lo establece la STS del 3 de marzo de 2016³⁸, en la cual se hace referencia a la obligatoriedad de presentar el plan en el que se concretará la forma, la vivienda, la toma de decisiones en lo que respecta a la educación y la sanidad, los deberes de la guarda, periodos de convivencia y las comunicaciones tanto con los progenitores como con los parientes, así como la contribución y la forma de pago debido a que la custodia compartida no es incompatible con la pensión de alimentos a favor de los menores, pues podrá ser posible concederla si se produce un gran desequilibrio entre los ingresos de ambos cónyuges (art. 146 CC³⁹).

³⁸ Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil).(2016). Sentencia 129/2016, de 3 de marzo de 2016.

³⁹ Art. 146 CC : La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe

En casos en los que los progenitores posean una capacidad económica similar se repartirán los gastos al 50%, así como los tiempos de estancia serán similares, siendo la manutención la que corresponda a cada progenitor aquella que coincida con el tiempo de estancia con el menor más los gastos comunes que se pagaran a medias.

3. Guarda y custodia distributiva o partida

La guarda y custodia distributiva o partida es la menos utilizada y es aquella que se da en caso de existir dos o más hijos. Esta consiste en la atribución de la custodia de unos hijos a un progenitor y otros al otro progenitor. Se decidirá aplicar este tipo de custodia siempre en base al interés del menor en casos justificados como pueden ser conflictos graves entre los hermanos, necesidades especiales de alguno de los hijos, las cuales solo las puede satisfacer uno de los progenitores o incluso la propia madurez, y preferencia de los hijos si estos expresan preferencias de convivencia distintas.

4. Guarda y custodia atribuida a un tercero

Nuestro CC prevé un último modelo de guarda y custodia, que consiste en la atribución de esta a una persona distinta de los progenitores. Se trata de una medida de carácter excepcional, la cual esta regulada en el artículo 103 CC, el cual nos menciona que los hijos podrán ser encomendados a abuelos, parientes u otras personas que lo consientan. En caso de no haberlos, se podrá encomendar a los menores a una institución a la que se le conferirá las funciones tutelares que serán ejercidas bajo la autoridad del juez.

Se acordará en los casos en los que el juez estime que ningún progenitor es apto para la guarda y custodia de los hijos o cuando se evalúe la imposibilidad de los progenitores para hacerse cargo de sus hijos.

Este tipo de guarda y custodia no podrá ser pactada por los progenitores en el convenio regulador, siendo únicamente acordada por el juez⁴⁰, atendiendo exclusivamente al interés superior del menor, así pues, se atribuye únicamente la guarda y custodia debido a que la patria potestad seguirá en titularidad de los progenitores.⁴¹

5.4 DERIVACIÓN, SEGUIMIENTO Y COORDINACION DE CASOS A SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS

Los órganos judiciales pueden incluir medidas de intervención social dirigidas a determinadas familias que se encuentran en procesos judiciales. Estas medidas garantizan el derecho del menor a crecer y desarrollar su personalidad.

En determinadas ocasiones se puede acudir a profesionales del trabajo social dentro del ámbito judicial, los cuales asumirán un papel de coordinación entre la Administración de Justicia y los recursos pertenecientes a otras Administraciones Públicas de la comunidad.

Dentro de los recursos encontramos el Punto de Encuentro Familiar y el Servicio de mediación.

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

⁴¹ Iglesias Martín, C. R. (2019). *La custodia compartida : hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*. Tirant lo Blanch

5.4.1 PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR

El Punto de Encuentro Familiar (PEF) es un servicio público de la administración, son centros destinados a favorecer el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores, debido a que constituyen un espacio controlado, neutral y seguro.

Se trata de un recurso social para la intervención en situaciones de conflictividad familiar, siendo una medida de carácter temporal y que tiene por objetivo la normalización de la situación. Su finalidad es la de facilitar la relación paternofamiliar y mantener los lazos familiares, pero garantizando la integridad tanto física como mental del menor. Este recurso, está destinado para:

- a) Familias que durante y después del proceso de separación tengan dificultad para mantener una relación con los hijos.
- b) Familias en las que exista un bloqueo por parte de un progenitor o del guardador al régimen de visitas.
- c) Progenitores que no ostentan la guarda y no poseen vivienda en la ciudad o no reúnen las condiciones, pero que pese a esto tienen derecho al régimen de visitas.
- d) Familias que han vivido algún tipo de situación violenta y que necesitan un lugar neutral que garantice su seguridad.
- e) Supuestos en los que el menor se niega a relacionarse con el progenitor que no ejerce la guarda y custodia.

Existen tres tipos de visitas en el PEF:

- a) Visita de recogida y entrega: tiene como finalidad facilitar encuentros e intercambios de los menores con sus familiares, se suelen producir en fines de semana o periodos vacacionales, siendo los progenitores citados por separado.

- b) Visita tutelada o acompañada: se desarrolla de forma controlada y asistidas por un profesional que supervisará, orientará y controlará la situación.

- c) Visita semi tutelada: se producirá con supervisión técnica la primera media hora de visita y la media hora después de la salida, justo antes de hacer la entrega al otro progenitor.

5.4.2. SERVICIO DE MEDIACIÓN

El servicio de mediación esta encaminado a la resolución de conflictos entre 2 o más personas con ayuda del mediador.

La tarea de este no es imponer soluciones, sino regular la comunicación entre los progenitores buscando un equilibrio para las partes, reduciendo la intensidad del conflicto, incluso sin alcanzar acuerdos. La mediación se podrá llevar a cabo por el propio órgano judicial.

6. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

El art. 158 del CC se configura como uno de los elementos más eficaces de nuestro ordenamiento jurídico para garantizar la protección inmediata de los menores en situaciones de conflicto familiar o posible riesgo, otorgándole al juez amplias facultades de intervención, así pues, dicho artículo menciona lo siguiente:

“ El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma.”

A partir de la literalidad de este artículo podemos concluir que nos encontramos ante una ley de carácter protector, cuya finalidad es garantizar el interés superior del menor frente a posibles situaciones de riesgo como son las situaciones de sustracción por parte de un pariente o un tercero, de ese modo el juez podrá dictar dichas medidas provisionales urgente.

La primera medida hace referencia a la prestación de alimentos mencionando que se aplicaran todas las medidas que el juez estime convenientes para asegurarla y proveer futuras necesidades del menor.

El segundo apartado alude a los supuestos en los que se produzca una modificación que afecte a la titularidad de la guarda del menor. Suele producirse en casos en los que el menor convive con abuelos u otros parientes

y que por determinadas circunstancias se puede plantear que continúe dicho tipo de guarda o que finalice.

El tercer apartado habilita al juez para adoptar las medidas necesarias para evitar posibles sustracciones. Algunas de las medidas que el juez puede adoptar será la prohibición de salida del territorio nacional, salvo si existe autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte del menor o retirada y además sometimiento a autorización judicial previa en caso de cambios de domicilio del menor. Esta medida es especialmente relevante cuando existe un riesgo inminente de traslado del menor al extranjero o de ocultación de su paradero.

El inciso cuarto versa sobre la posibilidad de prohibición a los progenitores, tutores o terceras personas de aproximarse al menor y acercarse tanto al domicilio como al centro educativo u otros lugares que frecuente. Del mismo modo, el quinto punto aborda los casos en los que se prohíba la comunicación con el menor, impidiendo a los progenitores, tutores o terceros establecer contacto escrito, verbal o visual independientemente del medio de comunicación.

Estas medidas se aplicarán conforme al principio de proporcionalidad con el fin de proteger el interés superior del menor, por ende, ambas medidas deben ser adecuadas a la finalidad perseguida. Su aplicación, busca que el bien jurídico protegido solo pueda verse protegida con la restricción de estos derechos, de este modo la medida deberá ser adecuada, necesaria y razonable.

El Tribunal Constitucional (TC en adelante) determina que se deberán cumplir los tres tipos de juicio, el juicio de idoneidad; juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

El último apartado alude a la posibilidad de suspensión cautelar de la patria potestad y/o ejercicio de la guarda y custodia, así como la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones con la finalidad de proteger al menor de

un peligro o perjuicio dentro de su entorno familiar. Es una de las aplicaciones más frecuentes de dicho artículo, justificándose cuando existan indicios razonables de que dicho contacto podrá suponer un riesgo para la integridad tanto física como mental del menor, bastando con la concurrencia de determinados elementos objetivos que infunden temor justificado, así como la necesidad de una intervención inmediata.

Tal medida es de gran importancia ya que no busca la resolución del conflicto entre los progenitores, sino neutralizar un posible peligro para el menor, permitiendo que esta medida pueda ser aplicada sin necesidad de una condena penal ni de acreditar un daño consumado. Únicamente será necesario indicios que puedan derivarse de informes psicosociales, observación judicial directa o testimonios.

Todas las medidas reguladas en los apartados del art.158 del CC podrán ser adoptadas en cualquier proceso judicial o penal, así como fuera del procedimiento principal si las circunstancias lo requieren.

6.1 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ARTÍCULO 158 CC

El artículo 158 del CC constituye un mecanismo jurídico de protección judicial inmediata del menor, así pues, podemos destacar las siguientes características de dicho artículo:

a) Inmediatez y urgencia de las decisiones. Urgencia y celeridad

Es una de las principales características y supone una respuesta inmediata ante las situaciones representadas en el artículo. Es necesaria esta característica debido a que el interés superior del menor exige una protección prioritaria. Del mismo modo, las situaciones de riesgo no

admiten demoras por lo tanto es necesario reforzar la idea de agilidad, evitando la desprotección o desamparo de los menores.

b) Amplitud y generalidad del objeto del proceso

Los términos relativos a la evitación de un peligro o perjuicio operan como cláusula abierta, amplia y genérica de los posibles peligros para un menor, regulando no solo las problemáticas surgidas al amparo de las relaciones paterno-filiales, si no también cualquier tipo de situación o hecho que pueda suponer un peligro para el menor.

Este precepto permite actuar de oficio o a instancia de parte, autorizando al juez a adoptar cualquier medida proporcional que considere adecuada, tanto en procesos civiles como penales, en base al interés superior del menor .

c) Versatilidad y autonomía procesal

Como he mencionado anteriormente, dicho artículo podrá ser aplicado dentro de cualquier proceso civil, penal o como expediente independiente de jurisdicción voluntaria, siendo autónomo en todos los supuestos debido a que no está condicionado por el objeto principal del proceso ni por las medidas cautelares o provisionales que puedan formar parte del mismo.

El precepto no podrá ser utilizado de forma artificiosa para llevar a cabo peticiones procesales paralelas.

d) No limitación a conflictos paterno-filiales

Pese a que el art. 158 CC se encuentra ubicado dentro del título relativo a las relaciones paterno-filiales, no se limita exclusivamente a ese ámbito, siendo su alcance mucho más amplio.

Las medidas reguladas por dicho artículo podrán ser aplicadas contra padres y tutores, pero también contra terceras personas ajenas debido a que los posibles riesgos no solo pueden proceder del entorno familiar.

Así pues, el apartado sexto del artículo permitirá adoptar cualquier medida necesaria para proteger al menor de un posible riesgo, siendo su única limitación el principio de proporcionalidad

e) Simultaneidad competencial

En lo que respecta a dicho artículo, diversos órganos judiciales pueden resultar competentes (Juzgados de Familia, de Instrucción, de Primera Instancia...) este hecho puede derivar en conflictos de competencia o resoluciones contradictorias. Para solventar los posibles conflictos que puedan ocurrir se debe realizar una adecuada coordinación entre los órganos judiciales, respetando los procedimientos existentes y aplicando los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

f) Generalidad de posibles destinatarios

El artículo 158 CC permite que las medidas para proteger al menor no se limiten únicamente a padres, tutores o guardadores, sino que puedan extenderse también a terceras personas.

En determinadas situaciones, el riesgo puede incluso provenir de personas jurídicas, un claro ejemplo sería el apostamiento día y noche de cámaras de televisión ante la puerta de la casa de un menor cuyos padres son investigados .

6.2. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas tiene por objeto garantizar el derecho del progenitor no custodio a mantener una relación paterno-filial tras la ruptura de la convivencia con el otro progenitor. Pese a esto en ocasiones pueden concurrir circunstancias excepcionales, como las mencionadas anteriormente (art. 158 CC) que hagan inviable tal derecho.

Las principales causas de suspensión del régimen de visitas son las siguientes:

- **Riesgo para la seguridad del menor:** Aplicada la suspensión para los casos en los que el progenitor no custodio supone un riesgo físico, emocional y psicológico para el menor, como en los casos de maltrato o abusos.
- **Problemas psicológicos o psiquiátricos:** Cuando el estado mental del progenitor no custodio no es el adecuado, suponiendo un posible riesgo para el niño.
- **Incumplimiento de las normas del régimen de visitas:** El progenitor no custodio debe cumplir con los acuerdos establecidos en el convenio regulador. Tal incumplimiento podría suponer la suspensión del régimen de visitas.
- **Consumo de sustancias nocivas:** El uso y consumo de dichas sustancias puede ocasionar un peligro o un riesgo en el menor por lo tanto constituye una de las causas de suspensión del régimen de visitas ya que comprometen la capacidad para cuidar al menor
- **Ausencia reiterada del progenitor no custodio:** En aquellos casos en los que el progenitor no custodio muestre un desinterés constante y reiterado en el desarrollo del menor.
- **Manipulación al menor:** Los posibles intentos del progenitor no custodio por influir de forma negativa al menor, contra el progenitor custodio, constituyen otra causa de suspensión del régimen de visitas.

6.3. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 625/2022, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2022 Recurso: Casación nº 5819/2021 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg Sentencia: nº 625/2022 de fecha 26/09/2022. ⁴²

Dicha sentencia por la cual se produce la suspensión del régimen de visitas para el padre D. Luciano debido a que ha sido condenado por delitos de violencia de género contra la madre, con la circunstancia agravante de reincidencia, además de sus deficiencias para asumir el rol de padre.

Se estima la vulneración de los artículos 9.1 y 9.3 en relación con el art. 18.11 de la Convención del Niño, así como los art.154, 158.4 del CC.

Durante el desarrollo del recurso, la Sala manifiesta que constan acreditadas las graves circunstancias concurrentes y que debido a esto puede resultar perjudicial para la menor un régimen de visitas, dado que tratar con su padre de carácter agresivo, hostil y el cual posee graves desajustes psicológicos puede producirle un daño emocional y psicológico irreparable, sumado a la corta edad de la menor.

Los argumentos del MF para exigir la suspensión del régimen de visitas fueron los antecedentes penales por reiterados delitos de violencia de género, así como la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la madre de la menor, pena que seguía en vigor; el carácter agresivo e impulsivo por el cual fue pautado hace 10 años con medicamento psiquiátrico y del que existen antecedentes de seguimiento irregular que producen reacciones

⁴² Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2022). Sentencia 625/2022, de 26 de septiembre de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:3402). vLex.

desproporcionadas, siendo a día de hoy desconocido si se produce el seguimiento del tratamiento farmacológico ; el rechazo mostrado hacía la madre de la menor, responsabilizándola de su ingreso en prisión, mencionando lo siguiente : *“si tengo que renegar de mi hija lo haré pero yo a esa no la quiero ver ni en pintura, no quiero saber nada de la madre de mi hija, es mala persona... que mi hija cuando cumpla 18 años y tenga libertad de ver a su padre, pues ahí yo empezaré a tener contacto con ella y le contaré la verdad de todo”* ; la corta edad de la menor, su indefensión y el desarrollo que puede ocasionar el comportamiento de su progenitor; el escaso interés mostrado por el progenitor para la reanudación del contacto con su hija ya que se niega a seguir un régimen de visitas supervisado en el PEF : *“yo no voy a pasar otra vez por el Punto de Encuentro para ver a mi hija, eso no es una cosa privada, no puedo ni ir a pasear con mi hija por ahí ni tenerla a solas”* , como afirma el informe pericial, durante la convivencia de la madre pasaba largos periodos fuera de casa , pues se afirma que ha visto más a su hija en el PEF que en el domicilio , pese a que no se ha reanudado las visitas una vez que salió de la prisión.

Por lo tanto, se estima el recurso de casación de forma parcial a favor de D. Verónica.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 320/2011, DE 12 DE MAYO DE 2011 Sentencia nº 320/2011 de fecha 13/05/2011.⁴³

La sentencia nº320/2011 emitida por la Sala Primera del TS constituye un pronunciamiento de especial relevancia debido a que busca resolver la determinación del régimen de visitas entre un menor y la ex pareja de su madre biológica, tras no existir un vínculo biológico ni una filiación legal entre ellos.

⁴³ Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2021). Sentencia 320/2011, de 12 de mayo 2021.

El caso se produce tras la ruptura de D^a Zaida y D^a Lucia siendo D^a Lucia la madre biológica del menor, el embarazo se produjo mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de un donante anónimo. No está probada si la decisión fue tomada por ambas.

Cuando la menor tenía tres años se produce la ruptura de la pareja tras producirse malos tratos, este hecho impuso a ambas la obligación de no aproximarse a una distancia de 150 m, ni comunicarse durante seis meses, además se le atribuyo la guarda y custodia a la madre biológica, con derecho de visitas a D^a Zaida.

D^a Zaida demandó tras, según la demandante, el incumplimiento del régimen de visitas. Así pues, la sentencia del Juzgado de 1^a instancia nº1 de Talavera de la Reina, de 19 de marzo de 2007 estimó la demanda, considerando que el derecho de visitas debía resolverse en base al interés superior del menor, estableciendo que estaba protegido por el artículo 158 CC, argumentándose que desde que el menor había nacido tenía dos madres y que los informes psicológicos se concluía que D^a Zaida mantenía una relación beneficiosa y ejercía el rol de madre con el menor por ende se consideraría perjudicial para este la ruptura con la demandante.

Finalmente, el tribunal resuelve que la expresión “derecho de visitas” en este caso es incorrecta ya que únicamente debe aplicarse en relaciones entre progenitores e hijos, así pues, en este caso resulta más adecuado la expresión “relaciones personales”, resolviéndose el derecho a D^a Zaida de relacionarse con el menor tras la valoración de los informes.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 550/2017, DE 11 DE OCTUBRE DE 2017 Sentencia: nº 550/2017 de fecha 11/10 /2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. ⁴⁴

La sentencia objeto de estudio aborda la cuestión de la protección del menor en base a la correcta aplicación del interés superior del menor en procedimientos de declaración de desamparo.

Como fundamentos de derecho encontramos que el día 8 de septiembre de 2014 se produjo la reapertura de los expedientes de protección sobre Alexandre y Clemencia, hijos de D. Justino y Dña. Angelina, contra la resolución en la cual en virtud del art. 158 CC se declaró el desamparo de los menores y la valoración del acogimiento familiar , otorgando la guarda y custodia de forma provisional a su tía materna, Dña. María Milagros, valorándose de forma periódica por los Servicios Sociales y considerando la más adecuada para el interés del menor, debido a que la progenitora reflejaba comportamientos inapropiados con cuestiones esotéricas y un ambiente negativo, en cuanto al progenitor se cuestionaba su aptitud.

La tía materna puso de manifiesto la incapacidad para continuar con la función encomendada, encomendándose la guarda y custodia a Dña. Africa y D. Ramón, tíos paternos, pese a la negativa de la progenitora tras considerar que no confía en los acogedores, sino únicamente en miembros de su familia o en un Centro de Protección de Menores, cabe mencionar que la madre presenta una enfermedad psíquica grave con un grado de discapacidad del 89%.

Finalmente, el fallo impone la tutela a la Administración, acordando el acogimiento familiar simple y de carácter provisional por seis meses a los tíos paternos Dña. Africa y D. Ramón, además se condena a Dña. Angelina al pago de las costas.

⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2017). Sentencia 550/2017, de 11 de octubre 2017. vLex

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 984/2023, DE 20 DE JUNIO DE 2023 Recurso: Casación e infracción procesal nº 2591/2022 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg Sentencia: nº 984/2023 de fecha 20/06/2023. ⁴⁵

La sentencia 984/2023, de 20 de junio de 2023 interpuesta por la Sala de lo Civil del TS aborda la guarda y custodia del menor atribuyendo la custodia a la tía paterna de forma temporal debido a la posible implicación de la madre en la sustracción de la menor, cuyo paradero se ignora. El padre por otro lado se encuentra incurso en una situación de violencia de género y abuso sexual a menores.

Así pues, el TS fija unas medidas para el momento de la localización de la menor y de su progenitora en base al interés superior del menor, entendiéndose que la madre carece de las habilidades necesarias para ejercer determinado rol y que ha obstaculizado, desde el primer momento, toda clase de contacto y comunicación padre e hija, claro ejemplo la presente sustracción de la cual ha desarraigado de la menor a su núcleo afectivo y familiar, lo que produce que el tribunal no sea capaz de realizar una valoración en base a una entrevista con la menor.

Se debe sumar el daño psicopatológico que puede sufrir la niña tras desarrollarse la creencia inducida por la progenitora de que su padre ha abusado de ella, pese a la insuficiencia probatoria.

Debido a todo lo mencionado anteriormente la medida más adecuada es confiar de forma temporal la custodia de la niña a un familiar próximo, una vez que sea localizada, siendo la persona más apta la tía paterna debido a la relación con la menor y al hecho de ser progenitora de dos menores, una de las cuales mantenía una excelente relación con la menor.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2023). Sentencia 984/2023, de 20 de junio de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:2727). vLex.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1210/2023, DE 21 DE JULIO DE 2023 Recurso: Casación e infracción procesal nº 6531/2022 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg Sentencia: nº 1210/2023 de fecha 21/07/2023.⁴⁶

En la sentencia objeto de estudio encontramos que los motivos del recurso de casación fueron en primer lugar la infracción de los artículos 108⁴⁷ y 110 CC⁴⁸, así como la obligación de cubrir los alimentos.

El segundo motivo de infracción sería el incumplimiento del art. 39 de la CE⁴⁹ y por último el tercer motivo de infracción sería el incumplimiento del art. 158. 1 del CC en el cual se establece que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del MF podrá dictar las medidas convenientes que aseguren la prestación de alimentos y prevean las futuras

⁴⁶ Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2023). Sentencia 1210/2023, de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3521). vLex

⁴⁷ Art 108 CC: La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial. Es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código

⁴⁸ Art.110 CC: Aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

⁴⁹ Art. 39 CE:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, 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. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
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.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

necesidades del menor, en caso de producirse un incumplimiento del deber por parte de los padres.

Así pues, como fundamentos de hecho encontramos en primer lugar es objeto del proceso la demanda de fijación de medidas paterno-filiales promovido por la madre, el demandado se encuentra en situación procesal de rebeldía.

En la anterior demanda se decidió que la guarda y custodia del hijo menor sería a cargo de su progenitora, así como el exclusivo ejercicio de la patria potestad. No se fijaron ni régimen de visitas, ni pensión de alimentos al progenitor no custodio.

Debido a esto la demandante interpone recurso en base a la fijación de una pensión alimenticia a cargo del padre, así pues, el tribunal determinó que, en base a la rebeldía del demandado, que es de origen ecuatoriano y posee la nacionalidad española, del que se desconoce la situación económica, siendo imposible realizar un juicio de proporcionalidad y fijar una cuantía.

Finalmente se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima en parte el recurso interpuesto, fijando una prestación de alimentos del 10% de los ingresos del demandado a favor de su hijo.

7. CONCLUSIONES

El principio del interés superior del menor no constituye únicamente una norma jurídica, sino también una guía ética esencial. Nos recuerda que los menores no son propiedad de los adultos, sino personas con derechos, necesidades y opiniones propias que deben ser escuchadas y respetadas. Este principio exige que cualquier decisión que les afecte se adopte desde una perspectiva centrada en su bienestar integral, y no desde los deseos o expectativas de los adultos implicados.

En este marco, el papel de jueces y autoridades resulta determinante. Su responsabilidad consiste en dejar de lado los intereses particulares de los progenitores cuando estos puedan perjudicar al menor, priorizando siempre su estabilidad emocional, su seguridad y su adecuado desarrollo. Para ello, es imprescindible contar con informes técnicos elaborados por profesionales especializados —psicólogos forenses, equipos psicosociales de los juzgados o trabajadores sociales— que aporten una visión objetiva y multidisciplinar de la situación familiar.

Uno de los avances más significativos en esta materia ha sido la progresiva generalización de la custodia compartida, impulsada especialmente tras la Ley 15/2005, de 8 de julio. Según los datos del INE, este modelo ha superado ya a la custodia exclusiva materna. En las estadísticas de 2024, de los 82.991 divorcios registrados, la custodia compartida fue otorgada en el 49,7% de los casos, lo que supone un incremento de 1,3 puntos respecto al año anterior.

¿Por qué este aumento puede considerarse un avance? Siempre que no exista riesgo para el menor por parte de alguno de los progenitores, la custodia compartida se configura como un modelo equilibrado que favorece la corresponsabilidad parental y permite mantener los vínculos afectivos con ambos progenitores. Además, contribuye a preservar, en la medida de lo

posible, la continuidad del núcleo familiar y la estabilidad emocional del menor, evitando que uno de los progenitores quede relegado a un papel secundario.

A pesar de estos progresos, el derecho no puede concebirse como una estructura rígida, sino como una realidad dinámica que debe evolucionar al ritmo de los cambios sociales, culturales y familiares. Los modelos de familia han experimentado transformaciones profundas en las últimas décadas, y el ordenamiento jurídico debe adaptarse para ofrecer respuestas adecuadas a estas nuevas realidades.

Por ello, la protección del interés superior del menor exige una revisión constante de las medidas jurídicas y la incorporación de nuevas herramientas normativas que respondan a los desafíos actuales. Solo un derecho flexible, atento a la evolución social y capaz de integrar la evidencia científica y psicológica, puede garantizar una protección real y efectiva de los menores.

Una línea de mejora especialmente relevante es la participación activa del propio menor en los procesos que le afectan. Escuchar su opinión — siempre adaptada a su edad y madurez— no solo refuerza su autonomía progresiva, sino que permite a los operadores jurídicos comprender mejor sus necesidades emocionales y su percepción de la dinámica familiar. Incorporar mecanismos más sólidos y garantistas para asegurar esta escucha activa puede convertirse en una de las aportaciones más valiosas para reforzar el principio del interés superior del menor en la práctica.

8. BIBLIOGRAFÍA

1) Legislación

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 15.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente la violencia.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Boletín Oficial del Estado, núm 275, de 17 de noviembre de 1987.

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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

Pacto de Estado contra la Violencia de Género, ratificado por los distintos Grupos Parlamentarios, Gobierno, Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla (CCAA) y las entidades locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP).

Naciones Unidas. (2015) *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*.

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Boletín Oficial del Estado, núm, 274.

2) Jurisprudencia

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2016). Sentencia 129/2016, de 3 de marzo de 2016.

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2023). Sentencia 1210/2023, de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3521).

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2023). Sentencia 984/2023, de 20 de junio de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:2727).

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2017). Sentencia 550/2017, de 11 de octubre 2017.

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2021). Sentencia 320/2011, de 12 de mayo 2021.

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2022). Sentencia 625/2022, de 26 de septiembre de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:3402).

Tribunal Constitucional 163/2009. núm. 181, de 28 de julio de 2009.

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2011). Sentencia 496/2011, de 7 de julio de 2011.

Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil). (2013). Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013

3) Informes

Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N° 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”. párr. 24

Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N° 2 (2002) sobre el papel de las instituciones independientes de derechos humanos.”

Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>

Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>

Instituto Nacional de Estadística. (2025). Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD). Año 2024.

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2005). Resolución 2005/20: Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (22 de julio de 2005)

4) Obras doctrinales

Gallegos, Á. G., & Guasch, J. J. (2023). *“Doctrina constitucional y parámetros jurisprudenciales que definen el interés superior del menor en el derecho Civil Español”*

Núñez Zorrilla, C. (2016). *El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Persona Y Derecho*, 73, 117-160

Martínez Calvo, J. (2019). *“La guarda y custodia”*. Tirant lo Blanch.

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

Aguilar Ruiz, L., Oliva Blázquez, F., Hornero Méndez, C., López de la Cruz, L., Serrano Fernández, M., Vázquez-Pastor Jiménez, L., Pizarro Moreno, E., Sánchez Lería, R., Infante Ruiz, F., Pérez Velázquez, J. P., López y López, A. M., & Valpuesta Fernández, R. (2023). *Derecho de familia* (4.^a ed.). Editorial Tirant lo Blanch.

Alcázar Ruiz, R., Pérez Fernández, E., Fernández Marín, V., & García Domènech, P. (2020). Guía para la elaboración de un diagnóstico social en el informe pericial en casos de custodia disputada. *TS nova: trabajo social y servicios sociales*, (16), 21-34