



UNIVERSIDAD DE MURCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

El Interés del Menor en el Ejercicio de la
Patria Potestad. El Derecho del Menor a
Ser Oído.

D. Dionisio Roda y Roda

2013

**EL INTERÉS DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA
PATRIA POTESTAD. EL DERECHO DEL MENOR A
SER OÍDO**

**D. DIONISIO RODA Y RODA
2013**

A mi madre, Virginia

Esta Tesis Doctoral ha sido realizada por Dionisio Roda y Roda bajo la dirección de D^a Isabel González Pacanowska, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, y de D^a Carmen García Pérez, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.

SUMARIO

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.	11
CAPITULO PRIMERO.- EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE FAMILIA.	15
1. CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR.	15
1.1. <i>Factores que determinan la capacidad de obrar.</i>	18
1.1.1. La edad.	18
1.1.2. La madurez.	21
1.2. <i>La capacidad de obrar del menor en la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.</i>	27
2. EL INTERÉS DEL MENOR.	29
2.1. <i>El interés del menor en el ordenamiento jurídico.</i>	29
2.2. <i>Concepto.</i>	32
2.3. <i>Naturaleza jurídica.</i>	37
2.4. <i>Contenido</i>	38
2.5. <i>Sujetos llamados a determinar el interés del menor.</i>	39
2.6. <i>Factores que influyen en la determinación del interés del menor.</i>	43
2.7. <i>El interés del menor en el ámbito jurídico de la protección de menores, en relación al derecho a ser retornado a su familia de origen.</i>	47
2.7.1. El retorno del menor a su familia biológica a partir de la STS de 31 de Julio del 2009.	54
CAPITULO II.- EL INTERÉS DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.	59
1. LA PATRIA POTESTAD	59
1.1. <i>Concepto.</i>	59
1.2. <i>Contenido.</i>	66
2. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	69
2.1. <i>Ejercicio de la patria potestad en situaciones de convivencia de los progenitores.</i>	71
2.1.1. Distinción entre la titularidad y el ejercicio.	71
2.1.2. Ejercicio conjunto.....	74
2.1.2.1. Concepto.....	75
2.1.2.2. El ejercicio por uno de los progenitores con el consentimiento del otro.....	77
2.1.2.3. El ejercicio de la patria potestad en los supuestos de uso social o situaciones de necesidad.....	78
2.1.2.4. Ejercicio exclusivo por uno sólo de los progenitores.....	80
2.1.3. Desacuerdos de los padres en el ejercicio de la patria potestad.	81
2.2. <i>El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores.</i>	84

2.2.1. Derecho de visita.....	85
2.2.1.1. Concepto.....	85
2.2.1.2. Sujetos.....	88
2.2.1.3. Contenido.....	90
2.2.1.3.1.La visita.....	91
2.2.1.3.2.Las estancias.....	92
2.2.1.3.3.Las comunicaciones.....	93
2.2.1.4. Modificación, suspensión y supresión.....	94
2.2.1.5. La responsabilidad de los hijos.....	96
2.2.1.6. La opinión del menor en el derecho de visita.....	97
2.2.1.7. Incumplimiento del régimen de visitas.....	101
2.2.2. El derecho a la información del progenitor no custodio.....	109
2.2.3. La vivienda en situaciones de no convivencia.....	112
2.2.3.1. Si existen hijos mayores de edad.....	115
2.2.3.2. Límite temporal de uso de la vivienda.....	116
2.2.3.3. En ausencia de hijos.....	118
2.2.3.4. La vivienda en el Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental.....	119
2.2.4. La pensión por alimentos.....	121
2.2.5. Síndrome de Alienación Parental.....	124
2.2.5.1. Concepto.....	124
2.2.5.2. Sujetos que intervienen.....	128
2.2.5.3. Contenido del SAP.....	130
2.2.5.3.1.Efectos en el menor.....	131
2.2.5.3.2.Consecuencias del SAP en la guarda y custodia de los menores.....	133
2.2.6. La guarda y custodia de los menores.....	135

CAPITULO III.- LOS MODELOS DE GUARDA Y CUSTODIA Y LA PROTECCION DEL INTERÉS DEL MENOR..... 139

1. EL MODELO DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA O UNILATERAL.....	139
1.1. <i>Concepto y características.....</i>	139
1.2. <i>La custodia exclusiva en el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental.....</i>	144
1.3. <i>La custodia exclusiva y el interés del menor.....</i>	146
2. EL MODELO DE CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNA.....	146
2.1. <i>Concepto, contenido y elementos.....</i>	146
2.1.1. Concepto.....	146
2.1.2. Contenido.....	151
2.1.3. Elementos.....	152
2.2. <i>Ventajas e inconvenientes del modelo de custodia alterna para el interes del menor.....</i>	158
2.2.1. Inconvenientes.....	159
2.2.2. Ventajas.....	160

2.3.	<i>Plasmación en el ordenamiento jurídico.</i>	161
2.3.1.	Situación anterior a la reforma de la Ley 15 / 2005.	161
2.3.2.	El modelo de guarda y custodia alterna en la 15/2005.	168
2.3.2.1.	La nueva redacción del artículo 92 del CC por la reforma 15/2005.	171
2.3.2.1.1.	Custodia alterna solicitada por ambos progenitores de común acuerdo.	172
2.3.2.1.2.	Custodia alterna sin acuerdo de los progenitores.	177
2.3.2.1.3.	Supuestos de exclusión.	181
2.3.3.	El modelo en la legislación autonómica.	183
2.4.	<i>La intervención del juez en el modelo de custodia alterna.</i>	185
2.5.	<i>La custodia alterna en la jurisprudencia tras la ley 15 / 2005.</i>	188
2.5.1.	La custodia alterna en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo.	192
2.6.	<i>Criterios relevantes para establecer la custodia alterna.</i>	196
2.6.1.	La capacidad de los progenitores.	197
2.6.2.	Proximidad de domicilios.	200
2.6.3.	Buenas relaciones.	203
2.6.4.	La tenencia de medios materiales suficientes.	204
2.6.5.	La edad, la voluntad de los menores, el número de hijos, y la separación de los hermanos.	205
2.6.6.	El resultado de los informes exigidos legalmente.	206
2.6.7.	El criterio “cajón de sastre”.	209
2.7.	<i>La custodia alterna en el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental.</i>	209
2.8.	<i>El modelo de custodia alterna y el interés del menor.</i>	212

CAPITULO IV.- EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO COMO INSTRUMENTO PARA EL EJERCICIO EFECTIVO DEL INTERÉS DEL MENOR. LA AUDIENCIA DEL MENOR..... 215

1.	EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO. CONCEPTO.	215
2.	NATURALEZA JURIDICA.	220
2.1.	<i>¿La audiencia del menor es una obligación o un derecho?</i>	220
2.2.	<i>¿Es un medio probatorio?</i>	221
3.	PLASMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO.	224
4.	ÁMBITO Y CONTENIDO.	233
4.1.	<i>Ámbito familiar, judicial y administrativo.</i>	233
4.2.	<i>Ámbito de ejercicio.</i>	236
5.	REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA.	237
6.	LA FORMA DE REALIZAR LA AUDIENCIA	240
7.	LA PUBLICIDAD DE LA AUDIENCIA.	245
8.	TERCEROS INTERVINIENTES EN LA AUDIENCIA.	248
8.1.	<i>La audiencia por persona distinta del menor.</i>	248
8.2.	<i>La intervención del Fiscal en la audiencia.</i>	250

8.3. <i>Los Equipos Técnicos en la audiencia.</i>	253
8.3.1. Aspectos críticos.....	256
9. INFLUENCIA DE LA AUDIENCIA EN EL JUZGADOR.....	261
10. DOCTRINA DEL TC SOBRE AUDIENCIA DEL MENOR.....	266
10.1. <i>La audiencia y el Tribunal Constitucional.</i>	267
11. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DEL MENOR EN SU INTERVENCION EN EL PROCESO.....	273
CONCLUSIONES	281
CAPITULO PRIMERO.	281
CAPITULO SEGUNDO.....	283
CAPITULO TERCERO.....	286
CAPITULO CUARTO.	289
BIBLIOGRAFIA CITADA	293

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

El objeto de este trabajo es analizar el principio fundamental del interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, cuando los progenitores conviven y en situaciones de ruptura. La razón que justifica mi interés por esta cuestión radica en haber percibido por mi actividad profesional que los operadores jurídicos de forma general, utilizan la expresión “interés del menor” para justificar cualquier actuación que afecte directa o indirectamente a un menor. Al ser un concepto jurídico indeterminado, no existe una concreción en relación a su significado, lo que motiva que pueda ampararse cualquier actuación tanto por los operadores jurídicos como por sus progenitores, en su interés. Este desconocimiento de lo que realmente puede ser considerado como interés del menor, hará que en determinadas circunstancias se adopte una decisión contraria a su interés, aunque se haga precisamente en defensa del mismo. Considero conveniente concretar esta indeterminación, o por lo menos circunscribir su ámbito al desarrollo evolutivo del menor.

Pero no se debe plantear la cuestión exclusivamente en una determinación conceptual, porque no se estará profundizando en la verdadera esencia de este principio fundamental.

Es en el ámbito familiar, donde el menor va a desarrollar la mayor parte de su vida hasta su incorporación al mundo adulto. Las experiencias que otendrá durante este espacio temporal afectarán indudablemente a su desarrollo evolutivo. Por eso es importante este ámbito en el estudio del interés del menor. Dentro de la familia, el menor puede desarrollar su existencia en el marco de dos situaciones que él no ha buscado. Por un lado, en la convivencia entre su progenitores, o por el contrario en un marco distinto.

Todo esto motiva centrar el estudio del interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, y sobre todo el ejercicio en situaciones de no convivencia. Resulta evidente que la patria potestad en un marco de convivencia se desarrolla de conformidad a lo dispuesto en el Código Civil y no suele ser motivo de disputas entre los padres que puedan afectar negativamente al interés del menor. Por el contrario, cuando no existe dicha convivencia, el ejercicio de la patria potestad deviene

problemático. Asimismo durante esta última situación, la realización de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad sufre una transformación, surgiendo nuevos mecanismos de realización en comparación con el desarrollado en situaciones de convivencia. De estos nuevos modos, he considerado importantes para su análisis el derecho de visita, la vivienda, la pensión por alimentos y el derecho de información. Porque del ejercicio correcto de estos derechos-deberes por parte de ambos progenitores con independencia de quien sea custodio del menor, dependerá en gran medida que se haga efectivo el interés del menor.

Cuando se ejercita la patria potestad en situaciones de no convivencia, la medida más importante que se adopta, y la que afecta notablemente al desarrollo práctico de este ejercicio, es la relativa al modelo de guarda y custodia de los menores.

Existe en la actualidad un debate importante en relación a cada uno de los dos modelos de guarda y custodia. Los defensores de ambos sistemas, entre otros argumentos, esgrimen el interés del menor como uno de los más importantes para justificar su posicionamiento. Ante este debate, y sobre todo a raíz de las últimas Sentencias del Tribunal Supremo existen opiniones cada vez más favorables a la adopción del sistema de la custodia compartida o alterna. Inclusive el legislador ha elaborado un Anteproyecto de Ley para modificar determinados artículos del Código Civil, destacando la posibilidad que el Juzgador, a pesar de que ninguno de los padres lo haya solicitado, pueda otorgar el modelo de custodia compartida o alterna. Todo esto provocado que en determinados sectores de la sociedad y en el ámbito del Derecho de Familia aumenten los partidarios y detractores de cada modelo. Adolezco en estos debates, a pesar de que se utilice frecuentemente el argumento del interés del menor, un estudio detallado de cada uno de los modelos apuntados desde la perspectiva exclusiva del interés. Por lo que he considerado conveniente analizar cada modelo de guarda y custodia para intentar determinar si ambos o ninguno puede ser considerado como favorable para el interés del menor.

Uno de los aspectos más importantes del interés del menor es conseguir un ejercicio efectivo y práctico. Para alcanzar esta efectividad es necesario que el menor sea oído en todas las situaciones en las que se tomen decisiones que le afecten de forma directa o indirecta. Este derecho a ser oído debe comenzar en el ámbito de la

familia y trasladarse a todos los demás sin exclusión sin más límites que la madurez suficiente. De todos estos factores externos me centraré exclusivamente en el ámbito judicial y dentro de éste en los procesos de separación, divorcio o nulidad. Por mi actividad profesional he podido constatar que la actual forma de ejercitar la audiencia adolece de garantías para las partes y para el propio menor. Asimismo, se ha producido un cierto retroceso a raíz de las últimas Sentencias en la obligatoriedad y en la ventaja que supone que el Juzgador disponga de la opinión del menor como un factor más a tener en consideración a la hora de resolver sobre una cuestión que afectará a éste. Es conveniente impulsar este derecho a través de conseguir una audiencia efectiva por lo que se hace necesario una regulación para evitar la discrecionalidad en su práctica o bien, que se adopten ciertos elementos que pueden ayudar a su correcto desarrollo en beneficio del menor.

Para la consecución del objetivo propuesto he dividido este trabajo en cuatro capítulos. En el primero, con un sentido introductorio se aborda la capacidad de obrar del menor como elemento básico y el interés del menor como principio fundamental. En el segundo, se realiza un estudio de la patria potestad como institución y de su ejercicio en ambas situaciones, cuando hay convivencia entre los progenitores y cuando ésta no existe. El tercer capítulo, es una continuación del estudio del ejercicio de la patria potestad cuando no existe convivencia entre los padres, analizando los modelos de guarda y custodia de los hijos comunes desde la perspectiva del interés del menor. El último capítulo, desarrolla con profundidad el concepto teórico del derecho a ser oído y su aspecto práctico mediante el estudio de la audiencia del menor.

CAPITULO PRIMERO.- EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE FAMILIA.

1. CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR.

No puede ignorarse que durante mucho tiempo el menor fue considerado como un ser sin capacidad de obrar, o como un sujeto especialmente protegido en base al antiguo artículo 32.2 del Código Civil¹. En este precepto se establecía que la minoría de edad, era una causa de restricción de la personalidad jurídica². El sujeto, hasta que no alcanzaba la mayoría de edad, estaba sometido en lo personal y patrimonial a la voluntad ajena, bien la de sus progenitores o sus tutores legales³.

¹ PUIG BRUTAU, págs. 259 y ss. ALBADALEJO, pág. 246. DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, pág.212. CASTAN TOBEÑAS, pág.162. LACRUZ BERDEJO, pág.3. DE CASTRO, pág.174, crítica la teoría de la incapacidad absoluta del menor. Según esta teoría el menor tenía una capacidad de obrar limitada, en base a determinadas disposiciones legales, o por el contrario se consideraba que era un ser incapaz absoluto, a excepción de los casos permitidos de actuación en la Ley. Se critica esta concepción al considerar que es una teoría carente de lógica, porque no se puede hablar de incapacidad absoluta, para luego permitirla para determinados actos. O se es absoluto o no. De igual forma, se opone a la teoría de la capacidad absoluta porque considera que no hay ninguna disposición en el Código Civil que permita hablar de la existencia de una incapacidad absoluta del menor. El artículo 32, indica el autor, no puede entenderse como equivalente a la total incapacidad de obrar de todos los menores, puesto que se hace referencia al pródigo. Así mismo, el hecho que se disponga en la norma que el tutor representa al menor en todos los actos civiles, no puede interpretarse como que siempre tenga que hacerlo.

² Vease a PUIG BRUTAU, pág. 321, al afirmar “*que el artículo 32-2 del Código Civil califica expresamente la menor edad como una restricción de la personalidad jurídica, y por bien que el precepto no debe entenderse en un sentido literal, con todo parece claro que se configura aquí el estado civil del menor de edad como una situación que comporta un principio general de incapacidad con algunas excepciones*”. Argumenta el autor, para corroborar dicho planteamiento, que si el ordenamiento jurídico considera que los contratos celebrados con un menor son impugnables, es debido a que el estado civil del menor se le reputa como incapaz, y por consiguiente es inhábil para la formalización de los contratos.

³ ARANDA RODRÍGUEZ, pág. 32, sobre el artículo 32.2 del Código Civil de 1889, que se identificaba personalidad con capacidad, por lo que se consideraba que el menor de edad no solo no tenía capacidad de obrar, sino que también carecía de personalidad, al equiparar ambos conceptos. Por tal motivo, la situación de la incapacidad del menor, señala la autora, suponía que la representación legal del menor tenía como finalidad la de suplir la personalidad del menor, tanto en el ámbito personal como patrimonial.

Existía la convicción que el menor de edad era un ser incapaz mientras estuviera sometido a la patria potestad de sus padres o a tutela. Lo que se permitía era que el ordenamiento jurídico estableciera ciertas excepciones a dicha incapacidad, en los aspectos personales y patrimoniales⁴. No pudiendo ser interpretadas de forma extensiva ni analógica⁵.

Desde la aportación DE CASTRO, esta concepción está felizmente superada y ha sido sustituida por la idea aceptada que el menor no emancipado tiene capacidad para ejercitar derechos, los cuales, conforme alcanza progresivamente una cierta madurez, puede desarrollarlos sin limitaciones de ningún tipo⁶.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, partiendo del planteamiento de DE CASTRO, argumenta que la limitación de la capacidad de obrar del menor se fundamenta en

⁴ ALBADALEJO, pág. 249 y ss.

⁵ PUIG BRUTAU, pág. 322.

⁶ Así se establece de forma clara en la Resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989. Si el menor fuera un incapaz, desde luego no podría contraer matrimonio a partir de los catorce años, con dispensa judicial, ni podría otorgar capitulaciones matrimoniales con asentimiento de sus padres o tutor, o inclusive ejercer la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus representantes legales. Tampoco podría reconocer hijos extramatrimoniales con autorización judicial, ni optar a la nacionalidad española ni a la vecindad civil, ni adquirir la posesión de las cosas, apropiarse de sus frutos, etc. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1991 de 10 de junio, donde se reconoce al menor una capacidad de obrar para realizar determinados actos jurídicos ordinarios, sin que fuese necesario la presencia de sus progenitores o tutores. Por ejemplo, la compra de golosinas, o acceder a determinados actos de recreo o esparcimiento, son realizados diariamente por menores sin que nadie cuestione que son nulos, al no estar autorizados o asistidos por sus progenitores o tutores.

Con respecto a la doctrina tenemos que referirnos a DE CASTRO, pág.175, quien considera que el menor no es un incapaz de obrar absoluto sino que tiene su capacidad de obrar, limitada. El autor manifiesta que la limitación de la capacidad de obrar se produce como consecuencia de dos factores, por un lado, lo que se denomina como "*falta de autonomía del menor*" y por otro "*el sometimiento a una institución de guarda*". ALBADALEJO, pág. 247. Se hace eco de la opinión de que el menor es capaz de obrar, aunque tenga su capacidad limitada, No obstante el autor manifiesta que "*De cualquier forma que se resuelva la cuestión, es indudable que el menor tiene una esfera de capacidad*". De la misma opinión DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, pág. 244, al considerar que "*en modo alguno supone la menor edad una ausencia de tal capacidad de forma total*". Así mismo se comparten las dos causas o factores que explican la limitación de la capacidad de obrar del menor, aunque se establece un matiz interesante. Se postula que las causas de las restricciones son dos fundamentalmente, por un lado, "*la falta de plena aptitud para comprender,*" y, esto es lo destacable, y "*en consecuencia para querer*". Es curioso que se identifique la comprensión con la voluntad, pero es acertada la misma. Señalan los autores que si el menor no puede comprender, difícilmente va a manifestar su deseo, o mejor dicho su voluntad. Aunque en multitud de ocasiones se ha manifestado una voluntad sin realmente comprender la misma.

GARCÍA GARNICA (2004), pág.32, es partidaria de considerar al igual que el resto de la doctrina, que el menor es un sujeto que esta en constante evolución, por lo que es necesario considerar que su capacidad de obrar debe de ir aumentando conforme se desarrolla su capacidad natural de madurez y conocimiento.

dos causas, por un lado, la falta de autonomía del menor y por otro, el sometimiento a una institución de guarda⁷.

La falta de autonomía abarca dos etapas concretas del menor, por un lado en los primeros años, cuando no tiene capacidad natural para conocer ni querer, por lo que cualquier acto jurídico carece de validez y en una segunda etapa, cuando teniendo capacidad para conocer y comprender el acto jurídico, no tiene experiencia ni formación suficiente para comprender los posibles perjuicios que tal acto puede originar. La doctrina define la capacidad natural del menor, como “la aptitud de entender y querer el alcance de sus actos”. Debe determinarse en función de cada caso concreto, aunque se puede establecer la existencia de una capacidad natural a partir de una determinada edad del menor, nunca inferior a los doce años. No obstante, para determinados actos de escasa relevancia jurídica, se puede reducir dicha edad⁸.

La falta de autonomía del menor conlleva el sometimiento a la institución de la representación legal. La consecuencia de esta falta de autonomía implica que el menor no puede realizar actos jurídicos, ni contratar válidamente, al no poder actuar por si mismo, y no puede impedir que actúen por él⁹.

El ordenamiento jurídico atribuye a sus representantes legales, la obligación de la actuación únicamente en aquellos actos para los que la ley no determine la autonomía jurídica del menor¹⁰. La finalidad de la representación legal se extiende, según la doctrina, a la gestión de los intereses, personales y patrimoniales, y siempre deberá ejercerse en beneficio del representado atendiendo primordialmente a su interés¹¹. Los representantes legales actuarán en representación del menor ante la

⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2011), pág. 404. ANDREU MARTÍNEZ, pág.9.

⁸ GARCÍA GARNICA (2004), pág.61. ANDREU MARTÍNEZ, pág.10, equipara la capacidad natural a la madurez suficiente. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, págs.45 y ss, indica que la “edad natural”, se ha de corresponder con el momento exacto del desarrollo evolutivo del menor. MORRILLA FERNÁNDEZ, págs.169 y 170, considera que la capacidad natural se refiere al grado intermedio que adquiere la persona entre la total incapacidad y la capacidad de obrar plena.

⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2011), pág. 408.

¹⁰ La propia Constitución de 1978, en su artículo 39, garantiza la defensa y protección de los menores de edad. Díez GARCÍA, pág.1657.

¹¹ ARANDA RODRÍGUEZ, pág.29. Díez GARCÍA, pág. 1659.

falta de autonomía, en todas las circunstancias y con respecto a todos los actos jurídicos que puedan afectarle directa o indirectamente. El único límite o excepción en la representación legal se establece en el Código Civil en su artículo 162. La exclusión de la representación legal en aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad, se sustenta en el carácter personalísimo de éstos, que originan que deban ser realizados exclusivamente por su titular, aunque éste sea menor de edad¹². En relación con esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha, 5 de febrero del 2013, reitera esta particularidad. *“De lo hasta aquí vertido se desprende que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años (Artículo 162.1º del Código Civil)”*¹³.

Se limita la capacidad de obrar por una razón esencialmente tuitiva, debido a la natural falta de madurez intelectual e inexperiencia¹⁴. Los factores para determinar la capacidad de obrar del menor se circunscriben a la edad y madurez. Siendo la edad un factor más seguro que la madurez que es por naturaleza más incierto.

1.1.Factores que determinan la capacidad de obrar.

1.1.1. La edad.

El factor más importante utilizado para establecer la capacidad de obrar del menor es la edad. En función de la edad el ordenamiento jurídico atribuye una

¹² ARANDA RODRÍGUEZ, pág .29.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 26/ 2013.CEDOJ:28079110012013100019.

¹⁴GARCÍA GARNICA (2004), pág.30. DÍEZ GARCÍA, pág.1657, la representación legal tiene la justificación en limitación de la capacidad de obrar del, menor al ser considerado un” sujeto in potestate”.

capacidad plena, en caso que se tenga la mayoría de edad, o una limitada¹⁵. La adquisición de la mayoría supone como afirmaba DE CASTRO hacer pasar al menor “*de protegido y dependiente, a la de plenamente responsable*”¹⁶. Hasta alcanzar la mayoría y sin tener que acreditar la madurez suficiente, se le permite realizar determinados actos en función de una determinada edad. Así nos encontramos que a los doce años puede prestar su consentimiento para ser adoptado, o para su acogimiento familiar, con los catorce años puede adquirir la nacionalidad, carta de naturaleza, vecindad civil o residencia, contraer matrimonio con la preceptiva dispensa, otorgar testamento a excepción del ológrafo. Con dieciséis años y cumpliendo los requisitos establecidos solicitar la emancipación, puede administrar los bienes que hubiera adquirido con su trabajo o industria. También la posibilidad de aceptar donaciones puras, adquirir la posesión y los efectos que la misma provoque, ejercer la patria potestad sobre sus hijos, reconocer hijos no matrimoniales con las cautelas previstas en el artículo 121 del CC, otorgar capitulaciones

¹⁵ La edad como límite de la capacidad de obrar también ha sufrido una evolución histórica. En la antigüedad los criterios para determinar cuando se alcanzaba la mayoría de edad se establecían en función de la capacidad del sujeto de poder portar armas, o de haber alcanzado la pubertad. Por el contrario en la época moderna, el criterio se ha fijado en el desarrollo mental del individuo. Así lo recoge DIEGO ESPÍN, pág. 261. CASTÁN TOBEÑAS, pág. 174. DE CASTRO, pág. 157, señala que en el Derecho Romano anterior a la Lex Plaetoria, la edad fundamental era la de la pubertad, pero no era ni tenía el significado de una mayoría de edad tal y como hoy la conocemos, dado que no se abandonaba el poder del padre, aunque se llegara al cumplimiento de dicha edad. El hecho más significativo y más importante era cuando el hijo, abandonaba el hogar paterno, para establecer su propio hogar, normalmente por el matrimonio.

En nuestro ordenamiento jurídico la mayoría de edad, se ha otorgado a lo largo del tiempo en función del cumplimiento de una determinada edad, que en cada momento, se tenía establecida y se exigía, para tal finalidad. En nuestro país, siguiendo a DE CASTRO Y BRAVO, págs. 158 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, pág. 175. DIEGO ESPÍN, pág. 267, afirma que se puede considerar que tanto en el Fuero Juzgo como en el Fuero Real, se estableció la edad de veinte años como de mayoría de edad. Las Partidas, establecieron al igual que el Derecho Romano la edad de veinticinco años. Aunque no tenía el mismo concepto la mayoría de edad de las Partidas que la del Derecho Romano. Cuando se promulgó el Código Civil, el movimiento codificador, tal y como señala PUIG BRUTAU, pág. 317, se decantó por rebajar el límite de los veinticinco años establecido en las Partidas. De ahí, que el art 276 del Código Civil del proyecto de 1851, estableciera la mayoría de edad en los veinte años cumplidos, mientras que en el anteproyecto de 1882- 1888, se elevaba el límite a los 21 años cumplidos. Por su parte en el artículo 320.1 del Código Civil, el legislador juzgó necesario retrasar la mayoría de edad a los veintitrés años, pero estableciendo una restricción para las hijas mayores de edad, pero menores de veinticinco años. Se modificó la edad a raíz de la Ley de 13 de diciembre de 1943, que estableció la edad a los 21 años. El Real-Decreto de 16 de diciembre de 1978, estableció la mayoría de edad a los dieciocho años, y la Constitución de 1978, de igual forma la mayoría de edad a los 18 años.

¹⁶ DE CASTRO, pág. 156.

matrimoniales cuando se limite a pactar el régimen de separación o el de participación.

El ejercicio de la patria potestad por el menor no emancipado, constituye lo que la doctrina califica como “capacidad especial de obrar”, en virtud de la cuál, el ordenamiento jurídico otorga al menor una capacidad de obrar especial para poder llevar a cabo actos derivados de situaciones jurídicas concretas en las que es parte directa¹⁷. Esta capacidad especial se irá incrementando en correspondencia con el aumento de la capacidad natural, por lo que el ordenamiento jurídico le irá permitiendo realizar cada vez más actos. De igual forma, también la posibilidad a partir de los dieciséis años de incorporarse al mercado laboral, produce unas consecuencias tales como que los bienes de su trabajo quedarán automáticamente excluidos de la administración paterna y de la representación legal, siendo administrados por el menor, de igual forma, la obtención de un peculio unido al consentimiento paterno facilitará la obtención de la emancipación. En definitiva esta capacidad especial otorgada por la edad, supone una considerable ampliación de la capacidad de obrar del menor¹⁸.

Que se considere la edad como un factor seguro para determinar la capacidad del menor, radica en la presunción que la tenencia de la edad biológica, garantiza madurez suficiente la cuál permite al menor la comprensión del acto que realiza. Por lo que el ordenamiento jurídico autoriza la realización de determinados actos sin que sobre ellos pueda plantearse la duda de la capacidad de obrar. No obstante a pesar de la tenencia de la edad biológica, el menor puede no tener madurez suficiente para la comprensión del acto, por lo que éste puede estar viciado, lo que supondrá tras el correspondiente procedimiento la nulidad del mismo.

¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2011), pág.411. LASARTE ÁLVAREZ, pág.7, se puede hablar de la existencia de una “capacidad de obrar especial” para casos específicos, puesto que si bien es cierto que con la mayoría de edad, se adquiere la capacidad de obrar general, la existencia del supuesto anteriormente mencionado, implica la existencia de la necesidad de una determinada edad para ejercitar un determinado derecho.

¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ (2011), pág. 409.

1.1.2. La madurez.

La madurez es el segundo factor para determinar la capacidad de obrar del menor. A diferencia de la edad, la madurez es un factor incierto. La incertidumbre surge por la dificultad de determinar cuando se goza de una madurez suficiente que le permita realizar determinados actos.

La madurez se compone de dos elementos entrelazados, por un lado, la edad y por el otro, la capacidad de comprensión de los hechos y sus consecuencias. En relación con la edad, SÁNCHEZ JACOB defiende la existencia de etapas cronológicas que van conformando la madurez. La primera, se considera alcanzada a partir de los ocho años hasta los once. Según la psicología evolutiva, es en esta etapa cuando el menor se va distanciando de lo externo a favor de lo interno, comenzando a conformarse su propia autonomía. A partir de los 12 años, se empieza a tener conceptos de equidad y justicia. No obstante, se considera que a partir de los 13 años hasta los 15 es cuando se puede asegurar que se ha completado el ciclo madurativo del menor¹⁹. Por lo tanto, la madurez en términos generales produce sus plenos efectos a partir de los 12 años y se formaliza a partir de los 14 años²⁰. La Fiscalía General del Estado, en la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, establecía la madurez a los doce años, para cuestiones de escasa entidad, y a los catorce para cuestiones más importantes. No obstante en la Instrucción de la Fiscalía 2/2006 de 15 de marzo, textualmente se indica *“Pero el Código Civil (LEG 1889/ 27) no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en Leyes especiales, preceptos en*

¹⁹ SÁNCHEZ JACOB, págs. 156 a 160, afirma que el menor maduro hace referencia al menor de 18 años, pero que tiene capacidad para tomar decisiones que le afecten tanto médicas como de cualquier otra índole. El concepto de menor maduro, fue adoptado en los EEUU a partir de los años 70, creando la doctrina jurídica del “menor maduro”, como consecuencia de la cada vez más frecuente existencia de demandas de padres contra los médicos por actuaciones realizadas en los hijos de éstos, sin el consentimiento de los progenitores. NIETO ALONSO, pág. 6. Es de la opinión de que la madurez se alcanza entre los trece y los quince años.

²⁰ CONCEPCIÓN SÁEZ- RODRÍGUEZ, pág. 7, puntualiza que si bien es cierto que algunos autores, entre los que menciona a HERRERO TEJEDOR, han sido partidarios de fijar el uso de razón del menor en los 7 años, salvo honrosas excepciones de niños prodigio, la edad es demasiado temprana para que un menor pueda discernir lo que le beneficia y lo que le perjudica. Por tal motivo, considera que la edad más correcta es la de 12 años, aunque tampoco tiene que ser ésta una edad límite, pudiendo aumentarla en determinadas circunstancias. GOIRIENA LEKUE, pág. 5, prefiere afirmar que la edad como criterio objetivo de madurez, se concreta a los 12 años. No obstante, el legislador lo que hace para evitar posibles errores, es atribuir al Juez para que en cada caso concreto determine la madurez, con independencia del cumplimiento de una cierta edad.

relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples pero infructuosos. La inexistencia de una communis opinio en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”²¹.

Existe para la Fiscalía, una apreciación relativa a que la madurez de los menores es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para determinarla no basta solamente la edad sino que hay que tener en cuenta el desarrollo emocional del menor.

Aún siendo una apreciación personal e incierta, la consideración de la madurez suficiente, se puede circunscribir a la existencia de una edad biológica. No obstante y debido a la incertidumbre del factor nos encontramos con apreciaciones de madurez por parte de los operadores jurídicos que no se corresponden con la tenencia de una determinada edad. Así tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22 de 15 de septiembre del 2008 (SP/SENT/ 426017), donde se considera maduro a un menor de cuatro años para someterlo a la exploración por el Equipo Técnico. O la de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª de fecha 6 de marzo del 2008 (SP/ SENT/ 426085), que lo considera con seis años. Por el contrario la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 6 de junio de 2008 (SP/SENT/ 173286), no considera maduro a un menor de 10 años para tener en cuenta su opinión. Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia 152 / 2005 de 6 de junio del 2005, considera que el menor con once años es maduro para expresar su parecer en la controversia, e inclusive reduce la edad para otorgarle una

²¹ JUR. 2006/94040.

madurez: *“Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba del suficiente juicio para ser explorado”*. Resulta evidente que la madurez suficiente será un factor que deberá venir determinado por una apreciación subjetiva, sin que ello impida aceptar la existencia de ésta cuando se tenga una determinada edad, establecida en el mínimo de los doce años.

La madurez suficiente permite la realización de determinados actos y el ejercicio de los denominados derechos de la personalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil. Se encuadran dentro de esta categoría los relativos a la integridad física, moral y espiritual de la persona, el derecho a la vida, al honor, la intimidad, la propia imagen, la libertad ideológica y religiosa, e inclusive el derecho moral de autor²².

Que los menores son titulares de estos derechos no admite duda alguna, otra cuestión será el ejercicio de los mismos. La norma reconoce la posibilidad del ejercicio por sí sólo del menor, pero siempre que ostente madurez suficiente, lo que introduce incertidumbre e inseguridad jurídica²³.

GARCÍA GARNICA, señala al respecto que no deben establecerse generalidades sobre la madurez suficiente en relación a los derechos personalísimos por dos motivos. El primero, porque no es correcto establecer el mismo grado de madurez suficiente para el ejercicio de todos los derechos de la personalidad, sino que deberá de requerirse un grado distinto en función de la importancia y el grado de afectación, que tal ejercicio pueda ocasionar en el menor. En segundo lugar, que es difícil en el ejercicio de estos derechos, en ocasiones, deslindar el aspecto patrimonial del personal. Por lo que en determinados derechos de la personalidad, el ejercicio se dividirá por un lado, en el consentimiento del menor, lo que estará íntimamente relacionado con la madurez suficiente, y por el otro, en la regulación del

²² GARCÍA GARNICA (2004), págs. 76 y 77. DÍEZ GARCÍA, pág. 1662, indica que estos derechos tradicionalmente se han agrupado en dos categorías, según se refieran a la esfera corporal o física. LASARTE ÁLVAREZ (2012), pág. 171, los califica de derechos innatos, por ser inherentes a la condición de persona.

²³ DÍEZ GARCÍA, pág. 1662.

contrato que deberá de ser válido, lo que requerirá la necesaria asistencia de sus representantes legales, salvo que la Ley no lo establezca así²⁴.

Sin madurez suficiente, los derechos personalísimos serán ejercitados por los representantes legales, evitando que la no actuación suponga un perjuicio. Existe divergencia en la doctrina en relación a si esta representación se efectúa en el ámbito de los derechos de la personalidad, constituyendo una excepción al artículo 162 del CC, o si por el contrario, se realiza en el ámbito del ejercicio de la patria potestad recogido en el artículo 154 del CC, dado que los derechos personalísimos por su carácter no pueden ser ejercitados por sustitución²⁵.

Junto a los derechos personalísimos, y en relación con la madurez suficiente, la norma hace referencia a los actos que la Ley permite realizar al menor de forma personal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162.1. El ordenamiento jurídico recoge determinados actos jurídicos concretos, que pueden ser realizados con madurez suficiente, sin la presencia de sus representantes legales. Al amparo del artículo 162.2.1º del CC, se admite de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, la capacidad de los menores con madurez suficiente para la realización de actos en función de la escasa entidad patrimonial, su sencillez o su cotidianeidad²⁶. Estos actos dada su escasa repercusión patrimonial, aunque son realizados de forma cotidiana, son declarados válidos, no pudiendo ser anulables. Éstos contradicen lo dispuesto en el artículo 1263.1 del Código Civil, cuando se considera al menor incapaz de prestar el consentimiento contractual, no obstante, se permiten porque además de la cotidianeidad con la que se realizan, sirven precisamente para que se adquiriera experiencia realizando actos que no entrañan

²⁴ GARCÍA GARNICA (2004), pág. 80, en relación con la inseguridad que produce el concepto de madurez suficiente, indica con gran acierto que en función de cada derecho personalísimo se deberá de exigir una determinada madurez al menor. De tal forma que como señala la autora, no debe de ser exigido el mismo grado de madurez para pertenecer a una determinada confesión religiosa, que el exigido para poder cambiarse de sexo.

²⁵ GARCÍA GARNICA (2004), pág. 91, hace referencia a esta divergencia doctrinal, decantándose por la segunda. ANDREU MARTÍNEZ, pág. 10, es partidaria de la segunda consideración, la referente a que esta representación se realiza al amparo de lo establecido en el artículo 154 del CC. DÍEZ GARCÍA, pág.1663, es partidaria de esta segunda consideración.

²⁶ GARCÍA GARNICA (2004), pág.35. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2011), pág. 410. DÍEZ GARCÍA, pág.1665. En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10.6.1991 (TOL 1728974) se reconoce la validez de estos actos o negocios jurídicos motivado por la ingente cantidad de contratos que los menores realizan sin presencia de sus representantes legales, y dado que los mismos no encierran disposiciones patrimoniales.

peligro para su patrimonio²⁷. Estos actos son declarados no anulables en interés del menor, lo que implica admitir su validez. Y ésta, viene determinada porque se tiene capacidad necesaria²⁸.

La redacción del 162.2.1 del CC, según GARCÍA GARNICA, origina la posibilidad de interpretar de dos maneras distintas dicho precepto en relación a la capacidad de obrar del menor²⁹. En primer lugar, los partidarios de una interpretación extensiva, argumentan que el mencionado artículo, consagra una ampliación de la capacidad porque se habilita al menor para llevar a cabo por sí sólo los referidos actos, así como los negocios jurídicos mediante los cuales se materialicen jurídicamente los mismos. Todo en perfecta sintonía con el sentir que es una persona en maduración y formación, por lo que es lógico permitirle una autonomía para gestionar sus intereses, proporcionándole los instrumentos adecuados para alcanzar el libre desarrollo de su personalidad³⁰. Este sentido parece ser el reflejado en la LOPJM en su artículo 2, al disponer “*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en el análisis de la interpretación extensiva va más allá, estableciendo que los partidarios de ésta, defienden que tenga su capacidad de obrar en correspondencia con la natural, por lo que se autorizaría al menor a realizar cualquier acto por sí mismo de acuerdo a su condiciones de madurez³¹.

En el lado opuesto, los partidarios de una interpretación restrictiva del precepto defienden que solo se habilita al menor con madurez para la realización de los actos que aparecen reflejados en la redacción del precepto, sin posibilidad de perfeccionarlos. Se sustenta la interpretación restrictiva en dos argumentos, por un lado, la interpretación literal de la norma permite que con madurez suficiente, se pueda realizar determinados actos, pero no cualquier acto, y por otro lado, que el menor no goza de capacidad para perfeccionar el contrato, salvo que exista una

²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2011), pág. 410.

²⁸ DÍEZ GARCÍA, pág. 1677.

²⁹ GARCÍA GARNICA (2004), pág.81 y ss.

³⁰ DÍEZ GARCÍA, pág. 1658.

³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2011), pág. 406.

norma en sentido contrario. Esta postura encuentra acomodo mayoritario en la doctrina, y se ve reforzada por la opinión general que determinados actos realizados por si mismo en función de su madurez, no le están permitidos por el ordenamiento jurídico, quien otorga la actuación a sus representantes legales. Lo que sucede es que éstos en función de la madurez, tendrán que contar con el consentimiento del menor, quien incluso podrá oponerse a los realizados por sus representantes en contra de su voluntad³².

A modo de conclusión y siguiendo a GARCÍA GARNICA, con respecto a los derechos de la personalidad, éstos, solamente pueden y deben ser ejercitados por sus titulares, aunque sean menores de edad con madurez suficiente. Pero esto no es incompatible con el hecho que sus representantes legales controlen de forma efectiva la existencia de esa madurez suficiente, o que el acto no sea perjudicial al interés del menor³³. Hay que estar, dado que el ejercicio de estos derechos esta supeditado a la madurez suficiente y este es un concepto inseguro, a la importancia del acto que se pretenda realizar por el menor, a sus efectos o consecuencias, así como a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico en torno a su realización. De ahí, que se permita la realización de los actos catalogados como de uso social o de escasa importancia, y aquellos para los que se ha reconocido legalmente una capacidad de obrar especial. Para los demás contratos o actos englobados dentro de los derechos de la personalidad, habrá que estar a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico en relación a la capacidad de obrar.

La madurez como factor para determinar la capacidad de obrar del menor se constituye como un elemento que cada vez se tiene más en cuenta por el legislador a la hora de concederle capacidad para la realización de actos sin la presencia de sus progenitores. Se abandona el criterio cronológico y se adopta de forma prácticamente exclusivo el de la madurez. A modo de ejemplo la L.O. 1/1982 cuyo artículo 3º, remite a la madurez suficiente para otorgar validez al consentimiento prestado en el ámbito del honor, intimidad personal o familiar, y propia imagen, o el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, que regula que si el menor no es capaz

³² GARCÍA GARNICA (2004), pág. 84, cita a GONZÁLEZ PACANOWSKA, SANTOS MORÓN y JORDANO FRAGA, como partidarios de la interpretación restrictiva.

³³ GARCÍA GARNICA (2004), pág. 87.

intelectualmente ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento se prestará por su representante legal. Por lo que se permite el consentimiento si el menor tiene madurez suficiente.

1.2.La capacidad de obrar del menor en la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

En la Exposición de Motivos de esta norma, concretamente en su apartado segundo, se hace constar la profunda evolución que gracias a las transformaciones sociales ha experimentado la concepción social del menor. Esta norma a juicio de la doctrina, manifiesta una voluntad clara y decidida del legislador de reformar el derecho de protección de la infancia, mediante el reconocimiento a los menores de la titularidad de unos derechos y la capacidad de ejercicios de los mismos de una forma progresiva³⁴.

En esta línea, el artículo 2.1 de esta norma, dispone “*Las limitaciones de la capacidad de obrar se interpretarán de forma restrictiva*”. Por lo tanto es voluntad del legislador otorgar una capacidad de obrar amplia en función de su madurez³⁵. Este precepto según la doctrina, es un reflejo de la voluntad de modificar el concepto, en relación a que se abandona el sentido proteccionista y se avanza hacia el tratamiento del menor como un sujeto capaz de participar en las situaciones que le pueden afectar, como la mejor forma de protegerlo³⁶. No obstante para GARCÍA GARNICA, la Ley 1/1996 es merecedora de algunas críticas en relación a la capacidad de obrar del menor. En primer lugar, el articulado de la norma establece los derechos del menor y en especial los fundamentales, pero no resuelve las dudas que presenta el ejercicio, en cuanto a la capacidad de obrar teniendo presente que es menor. En segundo lugar, no se hace mención al progreso evolutivo que experimenta la capacidad natural hasta alcanzar la mayoría de edad. En tercer lugar, y consecuencia de lo anterior la inexistencia de coherencia entre lo manifestado en la

³⁴ DÍEZ GARCÍA, pág.1661. GARCÍA GARNICA (2004), pág.47.

³⁵ DE LAMA AYMA, pág.69.

³⁶ DÍEZ GARCÍA, pág.1658.GARCÍA GARNICA (2004), pág. 48.

Exposición de Motivos de la norma, que se inclina por una actuación activa del menor y lo regulado con posterioridad, en un sentido asistencial en clara contradicción con lo primero.

En el Derecho Foral y siguiendo a GARCÍA GARNICA, encontramos que aunque la mayoría de edad desde el Real Decreto Ley de 16 de noviembre de 1978, ha quedado unificada, existen algunas diferencias en referencia a la capacidad de obrar del menor³⁷. En Aragón el menor que contrae matrimonio se equipara al mayor de edad a todos los efectos. Asimismo desde los catorce años puede realizar con la asistencia de sus padres determinados actos y contratos con plena validez. Por consiguiente en Aragón desde los catorce años hasta la mayoría de edad, puede realizar unos actos determinados con el consejo de sus progenitores, lo que le supone un aprendizaje hasta que alcanza la mayoría de edad.

Por su parte el Derecho Foral de Cataluña, según GARCÍA GARNICA, se muestra favorable a que el menor a partir de los doce años este presente en la toma de decisiones que le puedan afectar. De esta forma tiene que prestar su consentimiento para la realización de cualquier acto que implique alguna prestación personal de los hijos, extendiéndose especialmente al aspecto educativo cuando es mayor de doce años y discrepa en su caso del tutor, lo que supondrá que dicha decisión en este ámbito deberá de ser autorizada bien por el juez o por el consejo de tutela si lo hubiera. Se le reconoce al igual que el Derecho Civil, la paternidad o maternidad a los mayores de catorce años, la posibilidad de administración de los bienes adquiridos con su trabajo a partir de los dieciséis años, y se excluyen determinados actos de la necesaria asistencia o representación de sus representantes legales. El Derecho Foral Catalán a diferencia del Aragonés si remite a la madurez suficiente, aunque denominándola “suficiente conocimiento”, en el supuesto del artículo 156 del Código de Familia, relativo al consentimiento que se ha de prestar por el menor cuando se requiera una prestación personal, cuando es menor de doce años.

Por último y continuando con GARCÍA GARNICA, el Derecho Foral de Navarra, concede al mayor de catorce años una capacidad de obrar para determinados actos, declarando a diferencia del Derecho Civil la nulidad para los

³⁷ GARCÍA GARNICA (2004), pág. 53 y ss.

actos realizados por un menor sin tener la capacidad legal reconocida. Similar concesión en lo referente a los actos de la personalidad, aunque sin nombrarlos como tal y en las facultades que dispone el Derecho Civil con respecto a la emancipación, filiación y capitulaciones matrimoniales. Sí existe, una diferencia en lo referente a la posibilidad que los menores no emancipados puedan aceptar por si sólo liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque contengan limitaciones y prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad.

2. EL INTERÉS DEL MENOR.

2.1.El interés del menor en el ordenamiento jurídico.

El principio del interés del menor se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño de 16 de septiembre de 1924. Posteriormente se incluyó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en los artículos, 1, 2, 16, 25, y 27. La formulación legal de este principio está ampliamente recogido en la normativa internacional: Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, y en la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92). el Convenio Europeo de Derechos Humanos -artículos 5, 8, 12 y 14-; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, de 22 diciembre 1969-artículos 10 al 15-; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 diciembre 1966 -artículos 23 y 24-; la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 noviembre 1989, el Convenio Europeo sobre custodia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia de 20 mayo 1980 ,y el Convenio XXVIII de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores de 25 octubre 1980 .

Se ha plasmado en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1978, cuando se introdujo en la Constitución Española en su artículo 39.2³⁸. Existen otros preceptos constitucionales que hacen referencia directa al interés del menor, concretamente los artículos 10.1 y 27.2. El primero, referente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden jurídico y el segundo, relativo al hecho que la educación tendrá por finalidad el pleno desarrollo de la personalidad humana. Sobre el motivo que justifica el introducir este principio en el texto Constitucional, algún autor considera que el mismo se encontraba en el Derecho comparado. Por el contrario, otros consideran que la causa de su incorporación a la Constitución de 1978, se debe a la existencia de un precedente en la Constitución Republicana de 1931³⁹. A partir de la Constitución se recogió el concepto en la Ley 11/1981 y por tal motivo el interés del menor se plasmó en diversas normas de Derecho de Familia⁴⁰. El concepto se asume y se introduce en cualquier norma que tenga una referencia directa o indirecta con respecto al menor, así en la Ley 1/1982 de Protección Civil al Honor, Intimidad y Propia Imagen, en la Ley Orgánica 8/1985 sobre el Derecho a la Educación, y en la Ley 21/1987. También aparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1/2000 y en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional. El interés del menor es

³⁸ Sobre esta cuestión, CARBONELL BENITO, pág. 133, mantiene que la incorporación en la Constitución de 1978, no es la primera en relación con esta cuestión, puesto que en la Constitución Republicana de 1931, se recogía el concepto de la salvaguarda al sector infantil. Bien es cierto que no se hablaba específicamente de interés del menor, pero se puede considerar que hacía referencia a la infancia en su sentido claramente positivo. CASTILLO MARTÍNEZ (2006), pág.108, afirma que es en el artículo 43 de dicha Constitución Republicana, cuando se recoge la obligación directa de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, ya fueran matrimoniales o no, además de erigirse el Estado en garante del cumplimiento de dichos deberes.

³⁹ Con respecto al Derecho Comparado, ASENSIO SÁNCHEZ, pág. 46, argumenta que el concepto del interés del menor, es un concepto ajeno a nuestra cultura jurídica y ha sido incorporado a nuestro ordenamiento gracias al Derecho Comparado. El primer país donde aparece el concepto es en Italia, concretamente en el año 1967, donde se considera como un concepto jurídico indeterminado que se construye en torno a cualquier utilidad que pueda redundar en beneficio del menor y sobre todo en su desarrollo personal. Continúa el autor su repaso por Francia, donde también se ha desarrollado de forma amplia el concepto sobre todo en las relaciones paterno-filiales, aunque resulta difícil conceptuarlo. Por este motivo el ordenamiento jurídico francés solamente se limitó a dar orientaciones más o menos precisas, pero se abstuvo de definirlo. En sentido contrario, según el autor, en el mundo anglosajón es donde más dificultades han surgido este concepto, puesto que para un sector de la doctrina anglosajona, se cuestiona si el menor puede ser titular de algún derecho fundamental, por lo que difícilmente se va a poder admitir que el menor es titular de un derecho que se constituye como principio que condimenta todos los derechos del menor. En relación con el hecho de que este principio se incorporó a nuestro ordenamiento al haberse introducido en la Constitución de la República, CASTILLO MARTÍNEZ (2006), pág.108, y CARBONELL BENITO, pág.132.

⁴⁰ NÚÑEZ CASTILLO, pág.203.

introducido en el Código Civil, en virtud de las distintas reformas, en diferentes artículos⁴¹. Es destacable que en el Código Civil en el artículo 92.2, se contuviera la expresión en “beneficio de ellos”, sinónima de interés del menor, y en cambio en el Anteproyecto de septiembre del 2004, se haya eliminado dicha expresión del articulado. La doctrina critica esta supresión al quedar el artículo 92.2, en cierto modo vacío de contenido puesto que el principio que debe de inspirar la decisión del juez cuando adopte cualquier medida relativa a la custodia, cuidado y educación de los hijos menores, debe de ser el beneficio del menor⁴².

En la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, dicho interés constituye su columna vertebral⁴³. Más recientemente en la Ley 15/2005 de 8 de Julio, nos encontramos con una significativa referencia al interés en la propia Exposición de Motivos. La doctrina considera, que esta norma en su articulado refleja de forma especial la importancia de este principio⁴⁴.

Dado el carácter de principio fundamental, no solamente aparece reflejado en la normativa civil, sino que se recoge de igual forma en el Código Penal. Concretamente en el artículo 156, se establece este principio como criterio rector para la autorización judicial de esterilización. De igual manera, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del menor, reconoce este principio. Para

⁴¹ El interés del menor aparece regulado en el Código Civil en el artículo 20.2, referente a la nacionalidad. En el artículo 87.1 y 92.2 hasta la actual reforma que lo ha suprimido, y en el artículo 4 y 103.1, referente a las situaciones de crisis matrimonial. En el artículo 149, relativo a los alimentos entre parientes. En el artículo 154.2, 156.2, 161 y 170 relativos a la patria potestad. En el artículo 125, con respecto a la filiación, en el 172.3, 173.3 y 173 bis.3, en relación a la guarda y acogimiento. En los artículos 176.1, 180.2 y 9.5 referentes a la adopción. En el artículo 216.2, 234.2, 235, 239, 245, 246, relativo a la tutela y en el artículo 304 referente a la guarda de hecho.

⁴² SEISDEDOS MUIÑO (2006), págs.2398 y ss.

⁴³ASENSIO RODRÍGUEZ, pág.63. BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, pág.1, reconoce que la Ley 1 / 1996, no introduce el concepto de interés del menor, como se pretende hacer creer. Puesto que el concepto, según el autor, se encontraba incluido dentro de las instituciones tutelares del menor y por ende en el artículo 154 del Código Civil. Hay que decir que el autor es bastante crítico con la Ley 1 / 1996, puesto que considera que el Legislador hace mención a circunstancias, y derechos, que ya se encontraban reflejados dentro del ordenamiento jurídico español, en relación con los menores. GUINEA FERNÁNDEZ, pág. 2261, manifiesta que la importancia práctica del interés del menor en la Ley 1 / 1996, es muy relativa, debido a que para el autor, la vinculación del interés a los poderes públicos y a la sociedad es debido a las normas internacionales y no a la Ley 1 / 1996. VÍVAS TESÓN, pág.753. Por el contrario considera el principio del interés del menor como muy importante dentro de la norma.

⁴⁴ TAMAYO HAYA, pág.741.

finalizar en la Legislación Autonómica se recoge el interés del menor como elemento principal en su respectiva legislación sobre la infancia y la atención a los menores⁴⁵.

2.2. Concepto.

El ordenamiento jurídico español no lo define, simplemente se formulan aspectos generales de lo que se puede considerar como interés del menor⁴⁶. La doctrina manifiesta que es una noción vaga, imprecisa y sobre todo variable, estando sujeta a la interpretación personal de cada uno de los sujetos afectados por el concepto. Es un concepto claramente indeterminado en cuanto a su contenido, el cual variará según las circunstancias sociales, culturales, y demográficas de los sujetos⁴⁷. No obstante y a pesar de su indeterminación se acepta que es el principio más importante y significativo del Derecho de Familia en todo lo relacionado con el menor⁴⁸.

⁴⁵ El principio del interés del menor aparece recogido en la Ley 1 /1998 de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, en Aragón la Ley 10 / 1989, de 14 de diciembre en su artículo 2, en Asturias en la Ley 1 /1995, de 27 de enero de Protección del Menor ,en su artículo 2, en Baleares , la Ley 7 /1999 de 21 de marzo, en los artículos 4 y 11, En Cantabria, la Ley 7 / 1999 de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia, en Canarias, la Ley 1 /1997, de 7 de febrero de Atención Integral a los Menores, en su artículo 4, en Cataluña la Ley 37/1991 de 30 de Diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, artículo 5.1. En Extremadura, en la Ley 4 / 1994 de 24 de noviembre de Protección y Atención a Menores en el artículo 3, en Castilla y León en la Ley 14 /2002 de 25 de julio de Promoción y Atención a la infancia, en Castilla La Mancha, en la Ley 5 / 1995 de 23 de marzo de Solidaridad y en la Ley 3 /1999 de 31 de marzo, del Menor. En la Comunidad de Murcia en la Ley 3 / 1995 de 21 de marzo de la Infancia, artículo 4, en Valencia en la Ley 1 / 1994 de 5 de diciembre de la Infancia, y en actual Ley 12 /2008 de 3 de julio de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia. En la Comunidad de Madrid en la Ley 6 / 1995 de 28 de marzo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, artículos 1 y 3

⁴⁶ CARBONELL BENITO, pág.133, señala que la doctrina alemana es partidaria de no definir el concepto, ni tampoco intentarlo, debido a la especial naturaleza del mismo. Por su parte LATHROP GÓMEZ, pág.116, reconoce que el ordenamiento jurídico no define el interés del menor, pero si se refiere al mismo en el propio ordenamiento. Es lo que la autora considera como la “clausula general”, en virtud de la cuál, los conceptos no están definidos en la ley, pero si aparecen en determinadas relaciones o realidades. De la misma opinión, MORENO –TORRES SÁNCHEZ, pág. 85, aunque el ordenamiento jurídico solamente establece criterios orientativos.

⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008), pág.5. VELA-SÁNCHEZ, pág.71, habla de la expresión de “concepto jurídico indeterminado”. ORTEGA GUERRERO, pág.89.

⁴⁸CASTILLO-MARTÍNEZ (2007), pág. 1739. ROMERO COLOMA (2011), pág. 21. ZURITA MARTÍN (2007), pág. 273. ALASCIO CARRASCO, pág.8.

La doctrina, no de forma mayoritaria, formula algunas definiciones⁴⁹. Ninguna categórica, son distintas interpretaciones de un concepto general referente al beneficio del menor. En todas ellas existe un denominador común al aceptar que el interés es un concepto jurídico indeterminado, que responde básicamente a lo que se considera como mejor para el menor⁵⁰. La indeterminación del concepto tiene su aspecto negativo dado que al no existir pautas concretas, esta sujeto a una permanente valoración por parte de quien tiene que hacerlo. De tal modo que existe un interés abstracto y otro concreto, por lo que en cada caso, éste será distinto. Esta

⁴⁹ Siguiendo a NAVAS NAVARRO, pág.693 y 707, se puede definirlo como la voluntad que emana del legislador de garantizar el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio del derecho fundamental. La autora establece una distinción entre lo que puede entenderse como el interés del menor y como su bienestar, considerando a éste último como el desarrollo de la personalidad y el ejercicio de los derechos fundamentales en si mismo. Por su parte DE LAMA AYMA, pág.95, defiende que el interés del menor consiste básicamente en la protección de sus derechos fundamentales y en garantizar su ejercicio, sin olvidarnos de fomentar el libre desarrollo de su personalidad. RIVERA FERNÁNDEZ, pág.6503, manifiesta que intentar definir el interés no es fácil, dado el componente subjetivo que este principio tiene, de ahí que deba de ser considerado un concepto jurídico indeterminado. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág.50, afirma que el interés del menor se refiere al *”desenvolvimiento libre e integral de la personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural”*. RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág.157, defiende la idea de que el interés del menor, no es algo abstracto, sino que se realiza en las cuestiones materiales que afectan de forma habitual al menor. IGLESIAS REDONDO, pág. 65, define el interés del menor, *” el concepto de interés del menor estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección hacia el futuro desde el exclusivo punto de vista de su situación personal...”*. ROCA TRÍAS, pág. 976, lo define, *“ no es más que la seguridad de la protección de sus derechos fundamentales.”*

⁵⁰ Así opina ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA (2007), pág.10. CRUZ GALLARDO, pág.167. LATHOP GÓMEZ, pág.114. DOMINGUEZ CASTELLANO, pág.23. MORENO TORRES-SÁNCHEZ, pág.87. CASTILLO MARTÍNEZ (2003), pág. 8, analiza el interés del menor en el ejercicio de la patria potestad y considera, que la aplicación del principio se encuentra sometido a unas consideraciones fundamentales. Por un lado, que el ejercicio de la patria potestad comprende unas facultades y deberes cuyo ejercicio debe realizarse de acuerdo con la personalidad del menor. Otra es la referida a que cualquier estipulación o pacto entre los padres no pueden ser aceptados si éstos son lesivos para los hijos. Por último que este principio debe de ser considerado como de orden público, rechazando la libertad de los padres para adoptar acuerdo o pactos que puedan modificar las normas que consagran este principio. El interés del menor prima sobre cualquier acuerdo de los padres que pueda perjudicar al menor. Aunque los padres, como señala la autora, son los que mejor conocen a sus hijos, por lo que son ellos, los que van a defender de forma más eficiente el interés de los hijos. TAMAYO-HAYA, pág.52. SERRANO-RUIZ CALDERÓN, pág.399, distingue dentro del concepto del interés del menor, tres ámbitos, por un lado, el de naturaleza positiva que responde a elementos no discutidos, el de carácter negativo, cuyo contenido son las cuestiones claramente excluidas y por último el de carácter intermedio, compuesto de aquellas situaciones o opciones que se encuadran dentro del los márgenes de apreciación.

cuestión es considerada por algún sector doctrinal como negativa, desde el punto de vista que toda cuestión indeterminada es más proclive al arbitrio⁵¹.

En el derecho comparado existen dos modelos de ordenamientos jurídicos, el modelo continental y el anglosajón. El interés del menor es regulado en ambos modelos, pero se distinguen por el hecho que en el continental, el legislador remite al juez o en su caso a la administración, para la determinación en cada caso concreto del interés, mientras que en el anglosajón se determina mediante la existencia de una serie de criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio⁵². De existir pautas de solución que fueran válidas para todos los supuestos, se evitarían resoluciones judiciales arbitrarias.

Este modelo, el de las pautas de solución, es el denominado “modelo de lista”, que aparece principalmente en el sistema inglés, en la Children Act de 1989, y la americana Statue Law y Uniforme Marriage and Divorce Act⁵³. Los criterios mínimos que deben de ser tenidos en cuenta por parte de los tribunales en el modelo anglosajón son los siguientes⁵⁴:

a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento): el deseo del niño no es vinculante para el juez sino uno más entre otros datos que considerar. Para conocer el deseo y sentimientos del niño puede ser oído este directamente por el Juez, u obtenerlo por medio de expertos.

b) Las necesidades físicas, emocionales-educativas. Como necesidades físicas deben entenderse, alimentación, alojamiento y vestido apropiados. Con respecto a las educativas, están vinculadas a la personalidad del padre o madre con quien convivirá tras la separación o divorcio. Las emocionales, muy relacionadas con la edad y personalidad del menor son de difícil y muy subjetiva valoración, por lo que será necesario el asesoramiento de psicólogos.

c) El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor: Se valora el

⁵¹ Entre otros ESPINOSA CALABUIG, pág.35, afirma que en temas de custodia de menores, la falta de concreción del interés del menor, hace que se produzcan resoluciones judiciales claramente arbitrarias. De ahí, que la autora se muestre partidaria de establecer una concreción.

⁵² ORTEGA GUERRERO, pág.89.

⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág.106.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio del 2009. RJ / 2009/ 4581. ORTEGA GUERRERO, pág. 90 a 99. RIVERO HERNÁNDEZ (2007), págs.111 a 113.

efecto que pueda producir en el menor el cambio de *status quo*, por lo que se tiende a no variar éste, salvo situaciones de necesidad.

d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante. Entre los factores incluidos en este apartado están las convicciones religiosas del menor y de los padres, origen racial, ambiente cultural y lingüístico.

e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo. Como daño es considerado el maltrato y los peligros para la salud o el desarrollo. El abuso sexual es el de más frecuente alegación, y los tribunales exigen que se pruebe su alta probabilidad de realidad, y que ese abuso excluye necesariamente la custodia o las relaciones con el menor en ciertas condiciones.

f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer las necesidades del menor. La orientación sexual de los progenitores sigue influyendo (así, se ha considerado contrario confiarlo a una mujer lesbiana basándose en que perjudicaría socialmente al niño).

Por el contrario, en el modelo denominado “sistema de cláusula general”, el juzgador, tiene la difícil tarea de determinar de forma subjetiva el interés del menor en cada caso concreto. Esta función no está exenta de interpretaciones personales, profundamente subjetivas que en definitiva resuelven lo que el Juzgador considera como el interés del menor, con independencia de que realmente lo sea⁵⁵. Por otra parte hay sectores que consideran que la indeterminación y ambigüedad del concepto es positiva, porque obliga al Juzgador a tener que acercarse a la verdadera situación en la que se encuentra el menor para decidir lo mejor para él, en vez de aplicar supuestos previamente establecidos⁵⁶. En esta línea se considera que el Juzgador

⁵⁵ TAMAYO HAYA, pág.53, hace hincapié en el problema del carácter incierto del principio. Para ello, y sobre todo para demostrar que la no existencia de pautas de solución válidas, aparte de ser criticado por la doctrina, produce resoluciones arbitrarias, lo ejemplariza en el supuesto de la custodia compartida. Es cierto que el interés del menor en principio siempre ha sido el mismo, pues bien hasta hace unos años, el Juez no consideraba que el virtud del interés del menor, fuera conveniente que la custodia fuera compartida. Hoy día cuando ha comenzado a generalizarse aunque tímidamente la posibilidad de la custodia compartida, el Juzgador esgrimiendo el interés del menor, resuelve favorablemente a favor de la custodia compartida. Por lo tanto, se demuestra que el interés del menor, en definitiva se reduce a un criterio cambiante que en una época determinada presenta un color, y en otra, otro distinto.

⁵⁶ BÓ JANE y CABALLERO RIBERA, pág. 2. ALONSO CRESPO, pág.6. VARGAS CABRERA (1998), pág.90, argumenta que la indeterminación del concepto, obliga a realizar procesos de complementarios de valoración, que conlleva la existencia de una ponderación detallada de todas las circunstancias personales, familiares, y sociales que concurran en cada caso concreto.

tendrá que tener presente ciertos criterios a la hora de resolver tales como” los deseos y sentimientos del menor”, sus “necesidades educativas y formativas” ,“su edad y cambios psicológicos propios de su madurez evolutiva”, “sus relaciones con los progenitores y la capacidad de éstos”. En definitiva, cualquier criterio que se considere al respecto, y que pueda servir para determinar el concepto⁵⁷. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio del 2009, se recoge el informe del Ministerio Fiscal donde, entre otras cuestiones se exponen los criterios o máximas de la experiencia que según la doctrina científica deben ser tenidos en cuenta para la determinación en concreto del interés del menor. ”En este sentido según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes:

a) *Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.*

b) *Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.*

c) *Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo.*

d) *Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.*

e) *Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a*

⁵⁷ SERRANO RUIZ-CALDERÓN (2006), pág. 399. DE LAMA AYMA, pág. 97. ALONSO CRESPO, pág.34, es partidario de determinar en cada caso el interés del menor, puesto que considera que el interés del menor no puede ser un “pasaporte a la discrecionalidad”.

la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro.”

Se puede concluir, que en el ordenamiento anglosajón y en el continental, existen los mismos parámetros que suelen ser tenidos en cuenta, para determinar el interés del menor. La indeterminación del concepto origina que a la hora de establecerlo para cada caso concreto, los estereotipos sociales y creencias individuales, impiden realmente precisar el concepto. RIVERO HERNÁNDEZ, no obstante se muestra crítico con ambas técnicas, porque desde su opinión son insatisfactorias, por lo que propone un nuevo modelo para determinar el contenido y concepto del interés del menor. Concretamente el modelo se compone de dos partes, la primera, consistente en determinar y precisar el significado y contenido del concepto jurídico indeterminado del interés del menor, la segunda, una vez determinado el contenido, comprobar en que situación y circunstancias concretas se da el valor del interés del menor en el caso enjuiciado.⁵⁸

2.3.Naturaleza jurídica.

La doctrina plantea la dualidad del concepto del interés del menor en el sentido de entender que es al mismo tiempo, un modelo jurídico de conducta, sin perder por ello su condición de principio⁵⁹. Es un modelo de conducta, aplicable a los

⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 107 y ss.

⁵⁹ Para ser más exactos, lo que se plantea es que el concepto de interés del menor, tiene dos aspectos, por un lado es un “estandar jurídico”, y por el otro un principio. De esta manera lo considera CARBONELL BENITO, pág.134. CASTILLO MARTÍNEZ (2003), pág. 112. Ella lo considera como dos funciones primordiales, por un lado, sería lo que ella denomina como “ causa esencial” de cualquier acto que afecte o pueda afectar a un menor, y la segunda función estableciéndose como “ criterio hermenéutico imprescindible”, debiéndose de implantar en cualquier norma que pueda afectar al menor. MORENO TORRES-SÁNCHEZ, pág. 38, citando a ROCA I TRÍAS, hace suyas la consideración de éste última en relación a que el interés del menor se sustenta sobre dos técnicas de concreción. Por un lado, la que se denomina “cláusula general” y la de la “ teoría de la concreción”. La primera hace referencia igualmente a lo que se denominaba “ causa esencial”, y la segunda, se refiere a que hay que determinar el interés del menor, en función de unos parámetros previamente establecidos. Esta segunda cuestión ha sido desarrollada por los ordenamientos anglosajones. AGUILERA RODERO (2008), pág. 1230 .Es partidario del principio rector de la actuación de los progenitores en el cumplimiento de la patria potestad.

aspectos de la vida y desarrollo del menor y al mismo tiempo es un principio general que debe ser tenido en cuenta por el legislador de forma inexorable⁶⁰. Debe entenderse por tanto que el modelo establece como deber ser el actuar cotidiano cuando afecta al menor por parte de aquellas personas físicas o jurídicas que tienen una relación con el menor en cualquiera de las facetas de la vida de éste. Por su parte, la consideración de principio es aceptada de forma unánime por la doctrina. El Tribunal Constitucional se inclina por afirmar que es un principio básico que debe ser tenido en cuenta en los procedimientos en materia de familia con carácter preferente y que se ha convertido en un elemento imperativo del propio Derecho de Familia⁶¹.

2.4. Contenido

Lo verdaderamente importante del interés del menor es lo referente a su contenido y ejercicio. RIVERO HERNÁNDEZ, expone que encierra un conjunto de derechos que deben ser respetados por el resto de la sociedad y por el ordenamiento jurídico. Fundamentalmente porque el menor es persona y porque es menor de edad. Se configura el interés como un elemento de protección⁶². La doctrina considera que el contenido tiene un aspecto moral y otro material⁶³. Con respecto al primero, se hace referencia a la formación espiritual y educativa. Dentro de este grupo se encuadrará todo lo referente a las cuestiones que facilitan el libre desarrollo de la personalidad del menor y garantizan el efectivo cumplimiento de su libertad de conciencia, pensamiento, expresión etc. El otro aspecto se remite a los elementos materiales necesarios para el desarrollo del menor, los cuáles vendrán dados por la

⁶⁰ Como principio general viene determinado expresamente en la Ley 1 / 1996, cuando se manifiesta que este principio es el centro de gravedad de la norma. Se habla de principio informador del ordenamiento jurídico, así FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág.49. Asimismo LETE ACHIRICA, pág. 1188. De la misma opinión GUINEA FERNÁNDEZ, pág.2266.

⁶¹ Respectivamente el Auto de fecha 12 de febrero ATC 127/ 1986, y la STC 4 /2001, de 15 de enero.

⁶² RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 159 y ss.

⁶³ VIVAS TESÓN, pág. 753. IVARS RUIZ, pág.95. CRUZ GALLARDO, pág. 171.

capacidad económica de los progenitores. De tal manera que para facilitar el desarrollo de la personalidad del menor es necesario que disponga de ciertos medios materiales para poder hacer realidad dicho desarrollo. Ambos aspectos deben de combinarse para que el interés del menor tenga un contenido completo⁶⁴. PEREZ UREÑA, no obstante, considera que no debe medirse exclusivamente con parámetros de confortabilidad material y distingue entre el interés subjetivo y el objetivo, debiendo entenderse al primero, como el conjunto de ventajas que ofrecen a los progenitores para la correcta formación de los hijos. Por su parte, el segundo, como las ventajas que corresponden con la inclinación y deseos de los menores⁶⁵.

Por consiguiente, el contenido del interés del menor es un concepto amplio y abierto, pero determinado para cada caso concreto. De tal forma que los sujetos que deben tenerlo presente, determinarán el conjunto de elementos que configuran el contenido, pero dentro de los parámetros de dicho caso. De tal forma que si la controversia surge sobre una decisión relativa al ámbito educativo, el contenido que conformará el interés, lo constituirán todos los elementos en su doble dualidad, material y moral, que influyan en el desarrollo evolutivo pero desde la perspectiva educativa.

2.5.Sujetos llamados a determinar el interés del menor.

Es fundamental que el interés no se convierta en ”*papel mojado*” a la hora de llevarlo a la práctica⁶⁶. Para conseguirlo, hay que concretar qué sujetos son los que están facultados para interpretar o mejor dicho, determinar el interés del menor en cada caso concreto.⁶⁷

⁶⁴ LATHROP GÓMEZ, pág.118. AGUILERA RODERO, pág.1231, defiende que para determinar el contenido del interés del menor, hay que estar a las necesidades del menor, y también a otros aspectos importantes como sus deseos, sus circunstancias personales y familiares, el ambiente social y cultural.

⁶⁵ PÉREZ UREÑA (2005), pág. 276.

⁶⁶ DELGADO CORDERO, pág.711.

⁶⁷ MORÁN GONZÁLEZ, pág.75.

En primer lugar, el propio menor, puesto que la Ley Orgánica 1/1996, le faculta en los artículos 2, 9 y 10, para poder ejercer toda una gama de peticiones y actuaciones para defender sus derechos⁶⁸. El artículo segundo de esta norma, consagra la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo con el que pudiera concurrir. RIVERO HERNÁNDEZ defiende que participe en la determinación de su propio interés lo que permitirá un desarrollo de la personalidad del mismo. El menor como ser humano debe aspirar a configurar su propia vida mediante el ejercicio de su libertad, y para ello es conveniente que manifieste su opinión, voluntad y sensibilidad a la hora de la determinación de su interés, porque es innegable que es el principal afectado en la situación conflictiva en que se debate sobre su interés⁶⁹.

En segundo lugar, los padres sin distinción, son los que en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.3 de la Constitución tienen la obligación de asistirle y ello, conlleva garantizar que el interés se respeta tanto por ellos mismos, como por terceros⁷⁰. Se debe tener muy presente por parte de los progenitores que este principio es el elemento fundamental, que debe regir en todas las materias que conforman la “responsabilidad parental”⁷¹. Es fundamental que asuman que el interés bien entendido implica un límite importante a la actuación de los progenitores con respecto a los menores. Los padres tienen que tener presente que la defensa del interés del menor supone en definitiva la de los derechos fundamentales de éste, especialmente los de la personalidad. Tienen una amplia discrecionalidad en lo referente a la valoración de los intereses de sus hijos, pero esta discrecionalidad debe de servir para buscar y elegir entre distintas alternativas la que mejor sea para el menor⁷². Otra cuestión será si el propio interés en determinadas circunstancias es

⁶⁸ VARGAS CABRERA (1998), pág. 91, defiende que se le debe de otorgar capacidad definitoria al propio menor, de conformidad a lo establecido en su momento en el artículo 162.1 del CC introducido por la Ley 11 / 81, así como por la ley 21/ 87 y por supuesto por lo establecido en la Ley 1 / 96.

⁶⁹ RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 189.

⁷⁰ ALONSO CRESPO, pág. 9. AGUILERA RODERO, pág. 1230, considera que el interés del menor, ha modificado la concepción de la patria potestad, y le ha atribuido “el carácter de función encomendada a los padres, para el cuidado y el desarrollo integral del menor y no como un derecho de los progenitores.”-. VARGAS CABRERA (1998), pág. 91.

⁷¹ ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA (2007), pág. 9.

⁷² RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 292.

compatible con la forma de ejercitar la patria potestad de determinados padres, o en caso contrario éstos se ven obligados a modificar dicho ejercicio en determinados supuestos. Es conveniente tener presente que aparte del menor, en el ámbito en donde se va a desarrollar su existencia, existen otros sujetos que también tienen derechos, me refiero a los progenitores⁷³.

En tercer lugar, susceptible de ejercitar el interés del menor, se encuentra la propia Administración, mediante las entidades públicas de protección del menor. Corresponde a éstas garantizar en el ejercicio de sus potestades en caso de desamparo o situación de riesgo, que se garantice el interés del menor en toda su amplitud.

En cuarto lugar, el Ministerio Fiscal, al cuál el ordenamiento jurídico le ha encomendado la función de proteger al menor y al incapaz en todas las circunstancias que fuese necesario⁷⁴. El correcto ejercicio de este mandato, conlleva el velar por el interés en todos los supuestos en donde su intervención sea preceptiva.

⁷³ Con respecto a los que consideran que el interés del menor sin bien es un principio importante no es único destaca entre otros ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (1997), pág. 154. ESPINOSA CALABUIG, pág. 35, señala que la falta de uniformidad del principio estudiado, genera que solamente se tenga presente uno de los intereses de un miembro de la familia, en este caso, el menor, lo que va en detrimento de los intereses colectivos de la familia. De la misma opinión TAMAYO HAYA, pág. 41.

⁷⁴ VARGAS CABRERA (1998), págs. 85 ss, realiza un interesante recorrido sobre la figura del Fiscal en relación a la defensa del menor y por ende de su interés. En este recorrido merece destacar que en un primer momento, a partir del Estatuto orgánico de 1926, el Fiscal tenía la obligación de defender al menor en determinados procedimientos judiciales, y solamente en relación con determinadas materias de Derecho civil de Familia. En las sucesivas reformas de la patria potestad y la tutela, de 1981 y 1983, se incrementan las intervenciones del Fiscal en relación con el menor. A partir del artículo 124 de la Constitución de 1978, al Ministerio Fiscal, se le atribuye constitucionalmente la obligación de la defensa del interés público y de los intereses sociales, entre los que se incluye al menor. Continuando, el Estatuto orgánico de 1981, se les aumentan las posibilidades al respecto al atribuirle facultades extraprocesales de pertenencia a organismos tutelares. La ley 21 / 87, de reforma de la adopción, aporta interesantes innovaciones, al atribuirle en los artículos 147 y 232 del CC las funciones de vigilancia de la tutela ordinaria. Así como la llamada tutela automática, guarda y acogimiento de menores, obligándoles a impulsar e intervenir en defensa del interés del menor antes las propias entidades públicas de protección de menores. Es decir ya no se trata de intervenir de forma figurativa en las audiencias públicas, sino que hay que estar en contacto permanente y directo con las entidades y servicios administrativos. En este repaso no se puede dejar de mencionar la Ley Orgánica 4 / 92 Reguladora de la Competencia Y Procedimiento de los Juzgados de Menores, puesto que es en esta norma, donde se le atribuye la defensa de los derechos y el cuidado de la integridad física y moral del menor de 16 años y mayor de 12 años, cuando este sea autor de delitos o faltas. Por último es en la Ley 1 / 96 de Protección Jurídica del Menor donde la intervención del Fiscal en defensa del interés del menor, adquiere un mayor protagonismo. Se introduce la obligatoriedad de la entidad pública de comunicar al Fiscal las resoluciones administrativas y los escritos de formalización relativos a su constitución, variación y cesación de tutelas, guardas y acogimientos de los arts. 172 y 173 del CC. Se le ha de comunicar la declaración de desamparo y la

En último lugar pero no por ello menos importante, el Juzgador responsable en caso de conflicto, o incluso de oficio, de determinar mediante la correspondiente resolución judicial el interés del menor⁷⁵. Le corresponde al Juzgador la difícil tarea de precisar el interés en cada cuestión litigiosa que le sea planteada con independencia de si la misma deriva de conflicto matrimonial o simplemente de discrepancias con sus progenitores. La resolución que se adopte por el Juzgador aunque este fundamentada en el interés del menor, no dejará en la práctica de ser una decisión subjetiva⁷⁶. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 10ª de fecha 21/2/ 2011, sobre esta cuestión manifiesta *“Los Tribunales deben de tratar indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe de tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene porque coincidir lo adecuado con su opinión”*. Por su parte y en relación a la subjetividad de la decisión, en sentido contrario el Tribunal Supremo, Sala 1ª en Sentencia de fecha 1 de octubre del 2010, sobre la función del Juzgador a la hora de determinar el interés del menor manifiesta, *“Que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe de basarse en razones objetivas”*⁷⁷. Resulta evidente que la decisión del Juzgador deberá ser objetiva tal y como señala el Alto Tribunal, pero en la práctica como todas las resoluciones judiciales tendrá en mayor o menor medida un componente de subjetividad.

variación en el ejercicio de la guarda y del acogimiento. Se le impone al Fiscal, deberes de vigilancia de los centros de acogida de menores, deberes de asesoramiento sobre los modos y formas de presentar las solicitudes. Se le faculta al menor para que ponga en conocimiento del Fiscal las situaciones que considera que atentan contra sus derechos para que éste, promueva su defensa.

⁷⁵ RIVERO HERNÁNDEZ (2007), págs. 282 .VARGAS CABRERA (1998), pág. 91.

⁷⁶ SOLETO MUÑOZ, pág. 29, le atribuye al Juzgador la obligación de garantizar el bien del menor, en todo momento y circunstancia, debiendo de adoptar en todo caso y momento las medidas protectoras que estime pertinentes de conformidad a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de octubre del 2010, Revista Derecho de Familia Nº 52, pag.126 a 129.

2.6. Factores que influyen en la determinación del interés del menor.

Para una efectiva aplicación del interés del menor como principio que ha de estar presente en la relación del menor con sus progenitores, administración o terceros, es necesario tener presente unos factores que ayuden a conseguir la eficacia del mismo.

El primer factor, es que el interés del menor, tiene como objetivo y ámbito de actuación el desarrollo evolutivo del menor desde la infancia, hasta que alcanza la mayoría de edad. Lo que ha de ser tenido en cuenta por todos los que intervengan en algún acto o circunstancia durante este periodo de su vida⁷⁸. En esta línea hay que asumir, como hemos visto con anterioridad, que el principio ejerce su influencia frente a todos los que participen en algún hecho o suceso en el cuál se vea implicado el menor, es decir, padres, tutores, jueces, Administración y terceros.

Debido a las características de temporalidad y la finalidad del desarrollo, comprobamos que no es un concepto estanco en el tiempo, todo lo contrario, es un concepto que está en permanente evolución. Para lograr los objetivos con respecto al menor hay que tener presente, cuando se toma una decisión que puede afectarle, que deberá haber sido tomada teniendo en cuenta, no solamente el momento temporal presente, sino también el futuro. Para adoptar una decisión relativa a lo que es mejor para el menor, debemos tener presente que sea beneficiosa, no solamente en el momento presente, sino en el futuro.

Como segundo factor, el interés del menor puede colisionar con el derecho de ejercicio de la patria potestad de los progenitores⁷⁹. En algunas ocasiones el verdadero interés de los hijos no será lo que los padres, ni los propios hijos consideren como más beneficioso para ellos⁸⁰. Es habitual que a partir de una cierta edad, se produzca un conflicto entre lo que el menor considera como su interés y lo que sus progenitores opinan al respecto. Si se produce este conflicto, el ordenamiento

⁷⁸ El artículo 2 de la Ley 1 /1996, dispone que el fundamento del interés del menor, es el desarrollo de su personalidad. “*Cuantas medidas se adopten al amparo de la presente ley ,deberán tener un carácter educativo*”. Es decir el carácter educativo hace relación al desarrollo del menor.

⁷⁹ PÉREZ UREÑA (2005), pág. 275.

⁸⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, pág. 632.

jurídico prevé los mecanismos para solventarlo. No obstante hay que diferenciar entre la opinión del menor, y el verdadero interés aplicado al caso concreto. No deben confundirse ambos aspectos. Los deseos manifestados con madurez suficiente pueden que no sean exponente real de su interés⁸¹.

Hay que circunscribir la cuestión no a un conflicto de opiniones del menor y progenitores, motivado por discrepancias interpretativas, sino aquellas situaciones, en donde realmente pueda existir un conflicto entre los dos intereses.

La doctrina y la Jurisprudencia consideran que en caso de colisión o conflicto entre los intereses del menor y los de los progenitores, debe prevalecer el del menor frente a cualquier interés legítimo⁸².

No obstante el interés del menor, aún siendo preferente, no puede eclipsar los intereses de los otros protagonistas en un conflicto o crisis matrimonial⁸³. No

⁸¹ Así mismo lo considera NAVAS NAVARRO, pág. 707. Y CARBONELL BENITO, pág. 137. RIVERO HERNÁNDEZ (2007), págs. 149 y ss.

⁸² GODOY MORENO, pág. 2. GUILARTE MARTÍN CALERO, pág.147. DELGADO CORDERO, pág. 712. VIVAS TESÓN, pág. 754. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, pág. 721. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 5. TAMAYO HAYA pág. 741. CASTILLEJO MANZANARES, pág. 396. IVARS RUIZ, pág. 23. VELA SÁNCHEZ, pág. 70. De esta manera se recoge entre otras en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 24ª de 17 de febrero del 2011, (*Revista Derecho de familia N° 53*, 2011,) pág.182. “En cuanto se ha dado prevalencia al superior interés del menor, frente a otros igualmente legítimos que pueda tener la madre a ostentar la custodia en exclusiva...”. De igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo Sección 2ª de fecha 16 de febrero del 2011 (*Revista Derecho de Familia N° 53*), pág. 186. “Procurando ante todo, el beneficio o interés material y moral de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados por encima de los legítimos intereses de sus progenitores”. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª de fecha 18 de mayo del 2011 (*Revista Derecho de Familia N° 54*, 2011, pág. 205). Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de abril de 2001 (LA LEY 74155/2001).” Para dar solución a esta cuestión se impone señalar, con carácter previo, que en la determinación del progenitor a cuyo cuidado han de quedar los hijos menores habrá que estar a lo que resulte mas conveniente para ellos, al ser éste el interés más digno de protección con prevalencia sobre el lógico deseo de ambos padres de tenerlos consigo; principio "favor filii" que se encuentra consagrado en el Código Civil (artículos 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170) y, en general, en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones familiares, paterno- filiales o tutelares, constituyendo principio orientador y básico en la actuación judicial que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE), que también está presente en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al aludir reiteradamente al interés superior de éste como el que primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que entre en conflicto”. De igual forma se reconoce la prevalencia del interés del menor por encima del de sus progenitores en las siguientes resoluciones judiciales. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de fecha 20 de Octubre de 1999 (AC/1999/ 1876. La Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja (Sección 1ª) de fecha 10 de septiembre del 2007 (JUR/2008/51353). Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de fecha 27 de abril del 2012 (JUR/2012/205325).

⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, pág.2. En la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de enero de 2003 (LA LEY 13587/ 2003), cuando dispone “ *No significa que su voluntad (se refiere al menor) haya de ser decisiva, más apartando ideas que enuncian*

comparto la opinión esgrimida por la doctrina, relativa a que deben ser tenidos en cuenta los deseos y sentimientos del menor por encima de las apetencias personales de sus padres o representantes legales⁸⁴. Porque esta generalidad, puede dar lugar a situaciones claramente injustas e incluso perjudiciales para el propio menor. El enfrentar de forma sistemática los deseos de los menores a los de sus progenitores puede suponer un perjuicio, porque en la mayoría de las ocasiones, sus padres son los únicos que realmente conocen cuál será el verdadero interés, aunque este en contradicción con lo manifestado mediante su opinión. UREÑA MARTÍNEZ, defiende que el interés no puede ser considerado como un principio ilimitado, puesto que debe ceder ante otros intereses relevantes, como es el caso de la patria potestad. Defiende el autor, que salvo que se demuestre que los progenitores no han cumplido fielmente con su cometido en el ejercicio de la patria potestad, no debe prevalecer el interés del menor frente a los progenitores en el ejercicio correcto de ésta⁸⁵.

ECHARTE FELIÚ defiende que en un conflicto de intereses, debe prevalecer el más débil, pero no siempre será el del menor, ni debe aplicarse de forma automática⁸⁶. De igual forma, el Tribunal Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos, establece que en caso de conflictos aún siendo los dos intereses susceptibles de igual protección debe primar éste último, aunque el de los progenitores no debe resultar desdeñable⁸⁷. Este matiz es importante, al establecer

capricho o influencias extrañas". En sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 27 de mayo del 2003 (LA LEY 94757/ 2003.), donde se manifiesta "*el deseo de los hijos constituye una circunstancia esencial capaz de fundamentar una eventual modificación de la medida relativa a la guarda y custodia, dada la transcendencia que dicha voluntad tiene a la hora de apreciar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor.*"

⁸⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 50. De la misma opinión VELA SÁNCHEZ, pág. 70. LETE ACHIRICA, pág. 1192. AGUILERA RODERO, pág. 1231. GONZÁLEZ VICENTE (1998), pág. 117.

⁸⁵ UREÑA MARTÍNEZ, pág. 56.

⁸⁶ ECHARTE FELIÚ, pág. 31.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 176/ 2008 de 22 de Diciembre. Recurso 4595/ 2005 (SP/ SENT 437649) " En materia de relaciones paternofiliales , el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable. (Sentencias 141 / 2000, de 29 de mayo, 124 / 2002, de 20 de mayo, 144/ 2003 de 14 de Julio, 71 / 2004, de 19 de abril, 11 / 2008 de 21 de enero).

Sentencia del Tribunal Constitucional 71 / 2004 de 19 de abril (RTC 2004/71), referente al supuesto de la reinserción de una menor con su madre biológica. En este supuesto, se decantó por el interés de la menor para rechazar el retorno con su madre biológica, al considerar el Tribunal que en la situación de concreción actual, era más conveniente para la menor que continuara en su situación.

que el interés de los progenitores si bien no será prioritario, deberá ser tenido en cuenta, puesto que abre la puerta a una nueva consideración del interés del menor. En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo 169/2006, de fecha 23 de febrero del 2006, argumentaba, *“La tesis casacional mantenida en este motivo radica en afirmar que debe prevalecer el derecho de protección de los intereses de un menor -los de la hija para fijar el derecho de visita- sobre la intimidad de la madre. Esto es inadmisibile, ya que con ello se está elevando a la categoría de derecho fundamental un derecho, muy apreciado, pero que no está dentro del elenco de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española. Por ello, decir "que el interés del propio menor debe prevalecer sobre el derecho al honor de la madre que se dice infringido" (sic) no deja de ser una incorrección jurídica, por cuanto el interés del menor se ha de buscar por todos los medios que no sean infringir derechos fundamentales u ordinarios de tercero*⁸⁸.

El tercer factor en consideración, es el relativo a procurar que en todos los aspectos que le afecten al menor, se escuche su voluntad. Para hacer realidad este principio es fundamental que se realice la audiencia para expresar su opinión delante de todos aquellos que tienen en última instancia que resolver sobre su propio interés⁸⁹. Otra cuestión será el valor que haya de atribuírsele a su opinión⁹⁰. Los progenitores deben ser conscientes que el periodo de tiempo que abarca la minoría de edad, es a todos los efectos un periodo de aprendizaje permanente hasta alcanzar la mayoría. Deben potenciar que haga un uso correcto de su autonomía como preparación para el momento en donde tenga que pensar, actuar por si sólo y

Sentencia de 19 de septiembre 2000 (TEDH 2000/ 438), caso Glasser contra Reino Unido. Sentencia de 16 de noviembre de 1999 (TEDH 1999/ 57), caso E.P. contra Italia. En esta última Sentencia, los intereses contrapuestos son los del menor y los de los abuelos. Prevaleciendo los del menor.

⁸⁸ STS 23/ 2/ 2006 (LA LEY 19.4633/2006).

⁸⁹ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 396. RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 189 y ss.

⁹⁰ MONTERO AROCA (2001), pág. 100, postula que lo imperativo es la audiencia al menor, su existencia misma, otra cosa será lo que manifieste, teniendo presente que la opinión del menor no debe de vincular al juez, por lo menos, en el tema del derecho de visita.

responsabilizarse de los actos cometidos ante la sociedad⁹¹. En esta misma línea el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en Sentencia 141/2000 de 29/5/2000 (RTC 2000,141) considerando en relación al interés que éste implica para los padres “*garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad le persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad*”⁹².

2.7.El interés del menor en el ámbito jurídico de la protección de menores, en relación al derecho a ser retornado a su familia de origen.

Toda actuación de la Administración en cualquiera de sus tres niveles, relativa a la protección de los menores, se fundamenta en el principio que los actos jurídicos referentes a menores, tienen como punto de arranque el interés del menor y como finalidad el desarrollo efectivo y real de este principio⁹³.

Las medidas de protección de menores, son de orden público y están por encima del deseo de las partes, en este caso los progenitores, tutores e incluso en algunos casos, del propio menor⁹⁴. Por tal motivo, las medidas de protección han de desarrollarse siempre en función del interés y han de abarcar no solamente las cuestiones personales o materiales, sino que deben de ampliarse a la protección de los derechos fundamentales. Lo realmente importante se circunscribe a determinar si las medidas que se adopten son realmente eficaces para el menor⁹⁵.

⁹¹ De la misma opinión CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, pág. 632.

⁹² BOE, nº 156 de 30 de junio del 2000.

⁹³ ESPINOSA CALABUIG, pág. 31. MORENO-TORRES SÁNCHEZ (2005), pág. 86. DE LA OLIVA VÁZQUEZ, pág. 232. El Tribunal Constitucional en Sentencia 141/ 2000 de 29 de mayo , BOE nº 156 de 30 de junio del 2000, manifiesta “ Los poderes públicos y muy en especial, sobre los órganos judiciales , pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser deben de postergarse ante el “ superior “ del menor.”

⁹⁴ MORENO TORRES-SÁNCHEZ (2005), pág. 93.

⁹⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, págs. 52 y 53, defiende la autora la teoría de que en relación con los menores inmigrantes, que llegados a España, son declarados en desamparo, as medidas establecidas de protección de menores no son las más idóneas si tenemos en cuenta el principio del interés del menor.

Dado que la Administración tiene encomendado por el ordenamiento jurídico una facultad tan traumática para el menor, consistente en poder apartarlo de su familia y entorno en situaciones de desamparo y riesgo, es conveniente, destacar que un exponente del interés consiste en el derecho a ser retornado a su familia de origen, una vez que ha desaparecido el motivo que justificó la separación de su familia y entorno.

Se desarrolla en el artículo 11.2 b de la Ley Orgánica 1/1996, en donde se preceptúa como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos *“el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés”*. De igual forma se puede encontrar en el artículo 172.4 del Código Civil al disponer *“que se procurará cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia”*. El reconocimiento de este derecho tanto del menor como de sus padres aparece sancionado en el ámbito del Derecho Internacional que proclama el interés del menor a ser educado por sus padres naturales. Así la Declaración de la Asamblea General de la Naciones Unidas de 3 de septiembre de 1986, dispone en su artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20-11-1989, y ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que *“Los Estados partes velarán porque el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.”* Este principio ha sido reconocido en relación con los derechos de los padres biológicos por el Tribunal Constitucional a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,298).

Este principio se fundamenta en la realidad de que el menor donde mejor puede desarrollarse evolutivamente es en su familia y si por circunstancias determinadas tiene que ser objeto de los mecanismos establecidos para la protección de menores, una vez que éstos han dejado de cumplir la misión para la que fueron creados, debe retornar de nuevo a su familia, objetivo fundamental, recogido en las

Considera que la acogida indiscriminada en los Centros de protección de las CCAA, no es una medida adecuada, porque la protección que dichos Centros ofrecen no es la más interesante para los menores inmigrantes, de ahí que muchos se escapen y queden sin ningún control. Para solucionar el problema se decanta la autora, por la creación de Centros de acogida, o mediante los hogares asistenciales.

normas jurídicas⁹⁶. Otra cuestión será que ante la imposibilidad de reintegrar al menor en su familia de origen, sea necesario continuar con el mecanismo establecido, o bien, adoptar cualquier otro en aras de su beneficio⁹⁷. En este supuesto el interés a retornar a su familia de origen puede verse superado porque su beneficio aconseje lo contrario.

En primer lugar, para garantizar este principio por parte de la Administración se deben adoptar las medidas necesarias (entiéndase de índole económico, social, asistencial), para que no se aparte al menor de su familia. La doctrina se refiere a estas medidas como “preventivas” y destaca que la intervención de la administración se desarrollará bajo el principio de subsidiariedad progresiva, por lo que la intervención pública vendrá determinada por el mayor o menor grado de desprotección que sufra el menor⁹⁸. Dentro de éstas, deben de introducirse todas aquellas que sean posibles de realizar, en apoyo a la familia antes de optar por las traumáticas para el menor.

Si las medidas preventivas no son suficientes, previa declaración de desamparo, la administración iniciará el procedimiento de protección que supondrá separar al menor de su entorno familiar hasta que la situación negativa desaparezca definitivamente.

En relación con el interés del menor y teniendo presente la potestad que se le atribuye a la Administración para poder retirar a un menor, también se articula en el ordenamiento jurídico, a sensu contrario, el artículo 8 del Convenio de 1989. Este

⁹⁶ Este principio es aceptado por la mayor parte de la doctrina. Entre otros, ALONSO CRESPO, pág. 15. DE LA OLIVA VÁZQUEZ, pág. 232.

⁹⁷ Así en el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga n1 40 / 2000 (Sección 5ª) de 11 de febrero (JUR 2000, 195272), se establece la imposibilidad de reinserción en la familia de origen. “ *Y es que sin desconocer que es vinculante para la autoridad judicial antes de acordar, en este caso, el acogimiento, el comprobar si se ha intentado la integración del menor en su propia familia, por el interés de éste a ser mantenido en el medio familia de origen, salvo que sea perjudicial e inconveniente para el mismo, en el caso enjuiciado, deviene improsperable el presente recurso de apelación, ya que acreditado en autos la incapacidad de ambos progenitores para atender y responsabilizarse de su hija...* ”

Y de igual forma en el Auto de la Audiencia Provincial de la Rioja nº 134/1999 de 9 de marzo (AC 1999, 4749), se acuerda “ *pero en cualquier caso, valorando el expediente y los datos que obran en el mismo, en este momento, la inserción familiar de la niña junto a su madre y al parecer un hermano de ésta, no parece conveniente ni adecuado al expresado interés superior de la menor...* ”

⁹⁸ MORENO TORRES-SÁNCHEZ (2005), pág.135.

precepto garantiza un desarrollo familiar, amplio, extensivo a los progenitores, y a otros parientes con los que desarrolle la vida el menor, sin perturbaciones externas, entre ellas la intervención administrativa⁹⁹. Los Estados, están obligados a no inmiscuirse en la vida familiar de los ciudadanos, salvo que existan razones que justifiquen la intervención o injerencia¹⁰⁰. Llegados a este punto para no confundirnos, es conveniente que podamos diferenciar entre lo que es una injerencia y una interferencia, y para ello, nada mejor que la diferenciación de los dos términos de BONNICI MIFSUD, “*interferencia implica una acción en virtud de la cual alguien se interpone o interviene el algo, sin tener derecho a hacerlo. Intervención es aquella acción merced a la cual alguien se implica en un asunto para prevenir o evitar hacer un daño que de otro modo tendría lugar*”¹⁰¹. Por esto es por lo que hablamos de intervención o injerencia, no de interferencia. Para que la intervención o injerencia no vulnere el derecho de respeto de la vida familiar recogido en el artículo 8 del Convenio de 1989 es necesario que se cumplan tres requisitos. En primer lugar, que la intervención esté recogida en la Ley en el sentido más amplio, no solamente en la norma escrita, sino en el Derecho no escrito e inclusive en disposiciones de rango inferior a la Ley. En segundo lugar, que la norma que ampara la injerencia o intervención tenga una finalidad legítima, en este caso, el deber de protección enmarcado dentro del interés del menor, pero determinado en cada caso concreto. En tercer y último lugar, que la separación se produzca en una sociedad democrática. Con la posibilidad de intervenir el Estado en la protección de los menores, pero

⁹⁹ Este precepto dice, “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.*”

¹⁰⁰ En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Venema contra el Reino de Holanda, en sentencia de 17 de diciembre del 2002 (TEDH 2002, 75), se dictaminó que las autoridades holandesas, habían violado el art. 8 del Convenio, porque las autoridades habían decidido y sin haber informado a los padres, la declaración de acogida en un centro de acogida, de una menor, por considerar que la madre sufría el síndrome de Munchhausen. Las autoridades se extralimitaron a juicio del Tribunal, puesto que debían de haber informado a los padres de tal circunstancia para que hubieran podido alegar lo que estimasen conveniente.

¹⁰¹ Citado por SALANOVA VILLANUEVA (2003), pág. 1954.

también con la oposición por parte de quienes no están de acuerdo con la intervención¹⁰².

En sentido contrario a lo expuesto, nos preguntamos, ¿Se perjudica el interés del menor si no interviene la Administración en supuestos en los que se debe hacer? La respuesta solamente puede ser en sentido afirmativo. La cuestión planteada introduce un segundo aspecto referente a la actuación no diligente por parte de la administración en tales supuestos, en claro perjuicio del interés del menor.

Existe un precedente jurídico bastante conocido, el denominado “*Caso Z*”, que fue llevado al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, Sentencia 2001/332. En este caso, los menores llevaron a los Tribunales al Reino Unido por haber faltado al compromiso de erradicar los tratos inhumanos o degradantes de su jurisdicción, con la agravante que estos daños, fueron sufridos por los sujetos más débiles de la sociedad. En la demanda se alegó infringido el artículo 8 y el 3 de la Convención, por considerar que la Administración inglesa no actuó diligentemente en su momento, permitiendo por omisión que la situación de los menores continuara hasta que por último y solamente a instancias de la madre (autora de los malos tratos), la Administración actuó en consecuencia. Reino Unido se allanó a la demanda, aunque estimó que su actuación fue debida precisamente a su respeto al artículo 8 de la Convención, para evitar una intervención precipitada y contraria al derecho de los padres como de los hijos de que su vida familiar fuese respetada. Por su parte, la Comisión resolvió que los servicios sociales ingleses no actuaron, aún conociendo la situación para poder poner término a la misma, y cuando lo hicieron, se había producido un daño irreparable en los menores. El Tribunal condenó por violación del artículo 3º, al no haber protegido adecuadamente a los demandantes del trato denigrante e inhumano y reconoció que, “*los servicios sociales se enfrentan a decisiones difíciles y delicadas, y admite la importancia del principio de respeto y preservación de la vida familiar. No obstante en el presente caso no hay duda alguna de que el sistema no cumplió con su deber de proteger a los niños*

¹⁰² SALANOVA VILLANUEVA (2003), págs. 1957 y ss, realiza un interesante estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en base a este, desarrolla los tres requisitos establecidos por la Jurisprudencia europea, para que se permita la intervención e injerencia de los Estados en la vida familiar, sin que pueda ser considerada dicha intervención como violación del artículo 8 del Convenio. Considero que pueden extrapolarse los tres requisitos establecidos por la Jurisprudencia europea, al ordenamiento jurídico español en referente a la intervención.

demandantes del descuido y de los graves abusos sufridos durante un largo periodo de tiempo”¹⁰³.

Con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto dos casos similares, lo que demuestra, que la no actuación de los Estados cuando deben de hacerlo, genera reclamaciones de los afectados, contra la pasividad de la administración, fundamentada en que al igual que existe derecho a que el menor no sea separado de su familia, también existe a que sea separado de ella, por la Administración, cuando su interés así lo determine¹⁰⁴.

La decisión de separar a un menor de su familia, es una decisión difícil, y complicada, no exenta de equivocaciones y precipitación en algunos casos. Se debe ser muy garantista de los derechos y respetuoso con los derechos de la familia en su conjunto, pero no podemos olvidarnos que por encima de los derechos aludidos, se encuentra el derecho del menor a ser separado de su familia si con ello, se evita un perjuicio, en algunos casos irreparable. Lo mismo que existe el de retornar a su familia, cuando la situación que provoca la adopción de la medida de separación ha finalizado¹⁰⁵.

¹⁰³ El denominado “ Caso Z y sus hermanos”, tiene su origen en la historia de 4 hermanos, dos niñas nacidas en 1982 y 1988, respectivamente y dos niños nacidos en 1984 y 1986. En Octubre de 1987, los servicios sociales locales tuvieron noticias de la situación de la familia, por medio de la enfermera de zona, que les hizo saber que los padres de los menores no se llevaban bien, y que los menores estaban desatendidos, destacando el hecho de que la menor de 5 años, la habían sorprendido robando comida. Los servicios sociales, durante cinco años, desde el conocimiento de los hechos, mantienen 15 reuniones con los padres, donde se adoptan únicamente medidas de monitorización, consistentes en visitas por parte de la asistente social y un enfermera al domicilio familiar. Por testimonios de los vecinos los menores eran cotidianamente encerrados en la casa, conviviendo con excrementos y basura, carecían de los más elementales hábitos de higiene y civismo. Se les veía rebuscar entre la basura buscando comida y en las papeleras del colegio, las citas con los médicos eran reiteradamente desatendidas. Los niños según los estudios realizados, presentaban signos palmarios de malnutrición y trauma psicológico, así como evidentes indicios de maltrato físico, sexual y psicológico. Todos estos hechos, fueron denunciados, por enfermeras, trabajadores sociales, directores del colegio de los menores, el médico de cabecera, abuelos maternos, y la propia policía. En enero de 1991, transcurridos tres años, de la primera denuncia, se decide convocar una reunión formal con los padres, en donde se plantea la posibilidad de que los menores sean tutelados por la administración. El presidente del Comité de los Servicios Sociales, declinó tal posibilidad, argumentando que no existían pruebas suficientes que respaldasen ante los Tribunales la petición. Además consideraba que los padres, estaban haciendo todo lo que podían para paliar la deficitaria situación de los menores. Fue el 10 de junio de 1992, cuando la madre, la cuál se encontraba divorciada, solicitó que los menores fueran tomados a cargo de la administración, porque de lo contrario los apalearía. En 1993, de forma definitiva se concedió la tutela de los menores a la administración.

¹⁰⁴ Nos referimos a los casos, DP y JC contra Reino Unido, Sentencia de 10 de octubre de 2002 (TEDH 2002,54), en donde se denunció por parte de los menores al Reino Unido, por violación del artículo 3 al no haber intervenido para evitar los repetidos abusos sexuales a los que fueron sometidos.

¹⁰⁵ ALONSO CRESPO, pág. 17.

El Tribunal Constitucional, sobre esta cuestión se pronuncia por vez primera en la Sentencia 221/2002 de 25 de noviembre (RTC 2002,221)¹⁰⁶. El Tribunal Constitucional resuelve en el caso de la niña de Benamaurel, porque se habían interpuesto recursos de amparo, por el Fiscal y los acogedores, argumentando que no se podía ejecutar el Auto recurrido que mandaba el reintegro de la menor a su familia de origen, debido a las circunstancias nuevas, dado que dicho reintegro supondría un deterioro psicológico de la menor. Se plantea la existencia de dos derechos e intereses encontrados, por un lado el de la familia de origen a reanudar los lazos con la menor, y el de la menor a defender su integridad moral manteniéndose en acogida. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo a los recurrentes, por haberse violado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 14 de la Constitución. No obstante en el último fundamento de la sentencia, se reconoce que existe un riesgo para la integridad moral de la menor, si ésta cambiaba su situación, es decir retornaba. De todas formas, alguna doctrina considera que el entrar el Tribunal Constitucional en esta cuestión, constituye una extralimitación, puesto que la determinación del riesgo para

¹⁰⁶ El caso de la niña de Benamaurel, se basa en que la menor hija de una prostituta, es adoptada por un matrimonio de Bormujos en Sevilla. En 1989 el padre, denuncia a la madre por presuntos malos tratos a la menor. La Administración cuatro años después de conocerse los presuntos malos tratos, declara la situación de desamparo de la menor. La madre adoptiva se opuso a la declaración de desamparo que fue revocada por el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla por Auto de 28 de junio de 1994 al considerar que no existían los malos tratos denunciados. Por su parte la Administración había ingresado a la menor en un centro de acogida, y posteriormente dada en acogida en 1993. La Administración apeló el Auto y continuó con el acogimiento. La Audiencia de Sevilla confirmó el Auto en 1995, pero no se llegó a ejecutar porque la Administración desplegó una feroz oposición mediante la declaración de suspensión, retrasos en el acercamiento de la niña a su familia etc. Ante la situación en el año 1997, el Juez de Familia determinó que era de imposible ejecución el retorno de la menor con su familia adoptiva, debido a que dicho retorno podía suponer un perjuicio grave para la menor. Se dio audiencia a la menor, la cual contaba con 12 años, y manifestó su deseo de seguir con la familia de acogida. La Audiencia Provincial insiste en la ejecución de la medida, argumentado que la menor no tiene suficiente madurez, y el Juez de Familia se opone a ello, lo que origina un esperpento judicial, al ser denunciado el Juez de Sevilla ante el Tribunal Superior de Justicia por incumplimiento de la orden de devolver a la niña, y éste a su vez denuncia a todos los miembros de la Sección de la Audiencia Provincial de Sevilla ante el CGPJ por falta de intromisión en su potestad jurisdiccional. Se recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, tanto por los acogedores, el Ministerio Fiscal, y la administración, la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla de ordenar que la menor vuelva con sus padres adoptivos. El Tribunal Constitucional reconoce el derecho de los acogedores de poder recurrir la resolución judicial, aunque el interés de la resolución del Tribunal Constitucional se basa en lo referente a la integridad moral del menor. En definitiva el Tribunal Constitucional considera que la menor, debería de haber sido oída, por lo que revoca la resolución de la Audiencia Provincial, debiendo de repetirse todo el procedimiento. Se escucha a la menor, que en este momento tiene ya 14 años, y en virtud de su opinión y de los informes psicológicos contrarios al retorno, se reconoce el derecho de la menor a no reintegrarse en su familia de origen.

integridad moral de la menor correspondía a los Tribunales ordinarios, por ser ésta una cuestión de legalidad común¹⁰⁷.

2.7.1. El retorno del menor a su familia biológica a partir de la STS de 31 de Julio del 2009.

Con respecto al derecho a retornar a la familia biológica, la Jurisprudencia de nuestro país se ha visto influenciada por dos maneras de interpretar el interés del menor, que ha originado distintos mecanismos para resolver la cuestión. Ambas posturas han coexistido hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio del 2009¹⁰⁸. La primera, minoritaria, defendía que para retornar el menor a su familia biológica era necesario solamente, una evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo, dado que la directriz de las medidas de protección en relación con el interés del menor, es que éste mantuviera los lazos con su familia biológica. Por el contrario, las mayoritarias, argumentaban que no bastaba una evolución positiva de los padres biológicos con el loable propósito de poder desempeñar el rol paterno o materno, sino que era necesario de forma objetiva que esta evolución fuera suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones de eliminar las causas que motivaron la declaración inicial de desamparo. El Tribunal Supremo en la sentencia referida dirime la controversia y casa la doctrina en el sentido siguiente, *”Esta Sala sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y*

¹⁰⁷ CABEDO MALLOL, pág. 117.

¹⁰⁸ Efectivamente existen multitud de resoluciones judiciales que responden a ambas posturas. A modo de ejemplo y con respecto a la primera postura, (SAP Toledo de 21 de noviembre de 2006, RA n.º 245/2006; SAP Castellón, Sección 2.ª, 25 de noviembre de 2008, RA n.º 79/2008; SAP Sevilla, Sección 2.ª 31 de octubre de 2006, RA n.º 5467/06). En relación a la segunda ,(SAP Sevilla, Sección 6.ª 12 de junio de 2000, RA n.º 3044/1999, SAP Valencia, Sección 10.ª, 29 de noviembre de 2002, RA n.º 781/2002, SAP Sevilla, Sección 2.ª, 11 de julio de 2008, RA n.º 3919/2008; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, 21 de abril de 2008, RA n.º 515/07; SAP León, Sección 1.ª, 30 de enero de 2008, RA n.º 373/07; SAP Barcelona, Sección 18.ª, 15 de mayo de 2007, RA n.º 74/07; SAP Alicante, Sección 6.ª, 21 de febrero de 2007, RA n.º 16/07; SAP Barcelona, Sección 18.ª, 25 de enero de 2007, RA n.º 551/06; SAP Orense, Sección 1.ª, 27-07-06, RA n.º 26/06; SAP Cádiz, Sección 2.ª 20 de enero de 2006, RA n.º 119/05).

con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”.

La nueva línea Jurisprudencial sobre la cuestión establece que para restablecerlo a su familia biológica, desde la óptica del interés del menor, no basta solamente con que los padres lo reclamen alegando que han solucionado el problema, sino que realmente se ha debido producir un cambio tan profundo, que justifique sacar al menor de su familia de acogida y retornarlo a su familia de origen¹⁰⁹. Hay que tener presente que el menor que se encuentra en otro entorno familiar, se ha integrado de forma positiva, y separarlo también le puede suponer un perjuicio considerable. Se antepone el beneficio del menor nacido de su permanencia en una familia de acogida, con el de retornar a su familia de origen.

Este criterio del Tribunal Supremo a partir de la sentencia comentada, se reitera no solamente en los supuestos de retorno a la familia biológica, sino también en los supuestos de conflicto entre los progenitores en violación del régimen de visitas. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero del 2013, se adopta la decisión de desestimar una modificación de custodia a instancias del padre, debido a que la madre se trasladó a los EEUU con el hijo y nunca cumplió el régimen de visitas a favor del progenitor¹¹⁰. En este supuesto, aunque el Alto Tribunal reconoce la actitud negativa de la madre, desestima la pretensión para que retorne con su padre, porque prevalece el interés del menor a continuar con su madre al encontrarse integrado en el país de origen y no haberse

¹⁰⁹ Diversas Sentencias del Tribunal Supremo en donde se sigue la línea marcada por la Sentencia aludida. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de noviembre del 2011 (RJ/ 2012/3390). Sentencia de fecha 13 de junio del 2011, (RJ/2011/4526). Sentencia de fecha 17 de febrero del 2012 (RJ/ 2012/ 3924).

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero del 2013 (ROJ.STS/ 373/ 2013.)

acreditado el beneficio que le supondría el retornar con el padre a España, dado que ello supondría obligarle a convivir con una persona, a quien por determinadas circunstancias desconoce.

En todas las situaciones anteriores confluyen diversos intereses que pueden estar en colisión¹¹¹. Por un lado, el interés de los padres biológicos opuestos al abandono del hogar familiar, o a que retorne al hogar del cual fue separado. El de los padres de acogida, en el supuesto que existan, o de la Administración, de mantenerlo fuera del entorno familiar biológico, por considerar que es lo mejor. Por último el del propio menor, el cuál, puede dividirse en no abandonar a su familia, querer retornar a la de origen, o permanecer alejado de ésta, bien en una nueva familia o en un Centro tutelado de la Administración. Ante la disparidad de intereses, por coherencia con lo expuesto hasta el momento, el interés que deberá de prevalecer será el del menor.

Podemos apartarnos del criterio mayoritario si consideramos que el verdadero interés del menor, es que retorne a su familia de origen aunque pueda encontrarse perfectamente adaptado a su familia de acogida. Este posicionamiento se ampara en el hecho que la vida del menor debe desarrollarse en su entorno familiar original a pesar de encontrarse en una situación de beneficio material en su nueva situación. Pero para revocar el criterio actual de la Jurisprudencia deberemos demostrar que el retorno a la familia de origen supondrá al menor un beneficio mayor que el permanecer en la familia de acogida, lo que indudablemente será complicado, porque se reduce el interés del menor a una cuestión exclusivamente material. Considero que la resolución aún pudiendo ser adecuada al caso concreto, no ha tenido en cuenta el verdadero interés. Sigo defendiendo que el retorno a su familia de origen una vez desaparecidas las causas que motivaron la protección de la Administración, esta más en sintonía con el interés del menor, que el permitir que siga en su familia de acogida. Porque aunque este mejor desde una perspectiva material en su familia de acogida, el mantenimiento de la separación sin causa que realmente lo justifique, supone una vulneración del derecho fundamental de convivir con su verdadera familia. En definitiva nos encontramos con que la determinación del verdadero interés en estos casos siguiendo la línea jurisprudencial, dependerá de

¹¹¹ MORENO –TORRES SÁNCHEZ (2005), pág. 93.

criterios subjetivos que hacen inclinar la balanza a un concepción del interés del menor exclusivamente dede la óptica del sentido material.

CAPITULO II.- EL INTERÉS DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

1. LA PATRIA POTESTAD

1.1. Concepto.

El conjunto de las facultades y deberes que les han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico a los padres por haber engendrado o adoptado a sus hijos no emancipados o mayores de edad incapacitados, para el cumplimiento de las funciones de asistencia, educación y cuidado ,incluyendo la adopción de decisiones trascendentales y asunción de responsabilidades, con independencia de las circunstancias por las que pueda atravesar la relación personal de dichos progenitores entre sí, se conoce como patria potestad¹¹². La relación jurídica que constituye la relación paterno-filial no desaparece nunca, salvo con la muerte de alguno de los sujetos. La relación existente entre ambos producirá determinados efectos jurídicos y personales en función de las determinadas circunstancias por las que atraviesen a lo largo de toda su vida¹¹³.

El Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias ha definido la patria potestad como el “*Conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto a los hijos...*”¹¹⁴, o por el contrario no hace referencia a derecho sino

¹¹²CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, pág. 621. RAGEL SÁNCHEZ, pág. 547. PÉREZ ÁLVAREZ, pág. 158. CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 53, postulan que la patria potestad surge de la existencia de un vínculo de filiación ya sea por naturaleza o por adopción. AGUILERA RODERO, pág. 1229. PUIG BRUTAU, pág. 245, señala que “no se trata de un derecho subjetivo sino de un complejo de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres como un medio para desempeñar una función derivada del cuidado personal del hijo...”. CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 61, también habla de que la patria potestad es un medio “de realizar la función natural” de proteger y educar a la prole. Por su parte ALBADALEJO, pág. 280, se inclina por el concepto de un poder global otorgado a los padres sobre los hijos, con un contenido patrimonial y personal.

¹¹³ SERRANO ALONSO, pág. 433.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª 630/ 1994, de 25 de junio. (SP /SENT/ 93093).

la considera una función, *“La patria potestad tiene una indudable función tutelar que la configura como una institución a favor de los hijos”*¹¹⁵.

La Patria Potestad aparece regulada en el Código Civil en los artículos 154 a 171, debiendo tener presente las modificaciones que se han llevado a cabo con respecto a la patria potestad y que por orden cronológico aparecen en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción; Ley 11/1990 de 15 de octubre, en virtud de la cuál se reforma el Código Civil para establecer los principios de no discriminación por razón de sexo. La Ley 1/1996, de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor, La Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre sobre sustracción de menores; Ley 42/2003, de 21 de noviembre sobre relaciones familiares de los nietos sobre los abuelos, Ley 13/2005 de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia matrimonial, y la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

La institución ha sufrido en España una notable transformación a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 en dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, ha dejado de ser considerada un derecho de los progenitores, a ser catalogada como una función o deber para con los hijos¹¹⁶. Función que supone el nacimiento de un conjunto de deberes que la ley impone a quien la ejerce, en beneficio de los sometidos a ella¹¹⁷. En el sentido de obligación no de facultad tal y como así lo recoge la propia Jurisprudencia¹¹⁸.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1, nº 720/2002, de 9 de julio del 2002. (RJ 2002/5905).

¹¹⁶ RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág. 13. La promulgación de la Constitución de 1978, supuso el tener que adaptar al nuevo texto constitucional muchos preceptos, no solamente en relación a la patria potestad sino en todo el campo del Derecho de Familia. Para ello se realizó una labor correctora de las distintas normas para ajustarlas a la nueva realidad social y jurídica.

¹¹⁷ CARDENAL RAFAEL, pág. 435. CRUZ GALLARDO, pág. 207.

¹¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña Sección 3ª de fecha 28 de enero del 2011, (RDF nº 53, pág. 175) *“El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular-como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que un adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales-en este caso de interés familiar- que le hacen especialmente preciado para el orden jurídico.”*

La mayor parte de la doctrina considera que la patria potestad no es un derecho subjetivo sino una función, un deber que se atribuye a los padres biológicos o adoptivos para con los hijos menores de edad. Ese deber o mejor dicho esa función, les ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico al haber adquirido la condición jurídica de padres en sus dos vertientes, la biológica y la adoptiva¹¹⁹. La dicotomía entre deber y derecho tiene en la patria potestad uno de su más elocuentes ejemplos¹²⁰. Los padres, como titulares de la patria potestad, tienen la obligación de actuar en defensa del interés del hijo frente a terceros, e incluso frente a las opiniones de los mismos cuando éstas sean claramente contrarias a su interés. Entendiendo el término función como un mandato u obligación hacia los progenitores por parte del ordenamiento jurídico, para que cumplan con las funciones inherentes a la patria potestad¹²¹. De ahí que deba considerarse la patria potestad, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible¹²².

¹¹⁹ GARCÍA VILARDELL, pág. 236. PUIG BRUTAU, pág. 170. ASENSIO SÁNCHEZ, pág. 56. DÍAZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, pág. 285. CASTÁN TOBEÑAS, pág. 204. MAGAZ SANGRO, pág. 100. ECHARTE FELÍU, pág. 27. MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 3. ALGARRA PRATS, pág. 22. PÉREZ ÁLVAREZ, pág. 352. DELGADO DEL RIO, pág. 229. CARDENAL RAFAEL, pág. 434. IZQUIERDO TOLSADA, pág. 51. CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 55. ALFONSO DE COSSÍO, pág. 483. CRUZ GALLARDO, pág. 407.

La consideración de la patria potestad como función, la podemos encontrar entre otras en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo. 23 de febrero de 1987, 24 de abril de 1990, 11 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7447), 12 de julio de 1992, 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478).

¹²⁰ DE TORRES PEREA, pág. 102, considera citando para ello a ROCA I TRIAS, que en la actualidad la patria potestad, además de ser considerado un derecho subjetivo, se encuentra conformada por dos conceptos, por un lado las potestades y las funciones. Por lo tanto, se entiende como un poder conferido para poder desempeñar correctamente las funciones encomendadas, no es un derecho arbitrario sino claramente un derecho otorgado para poder cumplir eficazmente con una función que es la de prestar debida atención a los hijos.

¹²¹ MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 2003. La Jurisprudencia considera que la patria potestad tiene un marcado carácter social, que la hace situarse por encima del ámbito privado. De tal forma, que su ejercicio se constituye no como algo facultativo para el progenitor, sino como algo obligatorio. De tal manera que se conciben las facultades de la patria potestad de forma irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles.

¹²² IZQUIERDO TOLSADA, pág. 50. CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 70, con respecto a las características de la patria potestad señala las aceptadas de forma unánime por la doctrina, irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad. Con respecto a la irrenunciabilidad señala que dado que la patria potestad es una función y un deber al mismo tiempo, si se admitiera la posibilidad de que se renunciara, supondría el incumplimiento del deber de protección a él atribuido. Acompaña a su argumento una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de octubre de 1891, en donde se rechaza la posibilidad de que se pueda renunciar porque en tal caso se perjudicaría a los menores y el orden familiar. Y apunta con gran acierto que el consentimiento facilitado por el padre en la emancipación del hijo, no debe de entenderse como una renuncia de éste a la patria potestad sino como una afirmación de que no es necesario el instituto protector de la patria potestad respecto a un menor que no reúne una determinadas condiciones, siendo por lo tanto la aceptación del padre un mero requisito tipificado. CASTÁN TOBEÑAS, pág. 220. DÍAZ PICAZO Y GULLÓN, pág. 256.

No obstante, existe en la doctrina, aunque de forma minoritaria, una corriente de opinión que defiende la patria potestad como un derecho de los progenitores que, sin perder su componente social, les faculta para desempeñar sus funciones parentales¹²³. Si se considera la patria potestad como un derecho atribuido a los padres más que una obligación, se está defendiendo que el ejercicio de tal derecho no debe estar supeditado a un contenido concreto que viene establecido por el ordenamiento jurídico. De tal forma, si es un derecho de los padres, éstos respetando unos principios mínimos como alimentos, educación y estancia, pueden en virtud de tal derecho establecer otros contenidos al ejercicio de la patria potestad. Cuestión muy relacionada con la dicotomía existente entre los partidarios del intervencionismo del Estado en la formación y educación de los hijos frente a los defensores de la libertad de formación de los padres. Si bien es minoritaria esta corriente de pensamiento, hay que tener presente que cada vez es más frecuente que ante los cambios que se están produciendo en el ámbito de la concepción de la familia, como fenómeno social, existan partidarios de considerar la patria potestad como derecho subjetivo de los progenitores, frente a un cierto o excesivo intervencionismo del Estado¹²⁴. DÍEZ GARCÍA, defiende que los padres tienen la posibilidad de excluir

¹²³ Partidario de la consideración de que la patria potestad es un derecho subjetivo de los padres, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pág. 505 y 506, afirma que los padres tienen un derecho supeditado al beneficio del menor, pero un derecho al fin y al cabo, de ahí, que no deba de considerarse como una función atribuida por el ordenamiento jurídico sino un derecho que surge desde el momento en el que se adquiere la condición de padre. De igual forma RUÍZ-RICO RUIZ (2002), pág. 63, postula que la patria potestad es un derecho, cuyo objeto no es el hijo, aunque en otros tiempos si se consideraba que lo era. Hace referencia el autor a los momentos históricos en los cuales se identificaba al padre con un dios, con poderes omnímodos sobre sus hijos. Y señala que el hijo tampoco puede ser considerado un sujeto “vinculado”. Por lo tanto, considera que la cuestión a determinar es frente a quien se ejercita el derecho paterno. La respuesta no puede ser otra que a los terceros, cuando éstos nieguen las facultades paternas o se opongan de alguna forma a las decisiones que se tomen en relación a los hijos. PÉREZ ÁLVAREZ, pág. 352, se muestra partidario de considerar a la patria potestad como una función que debe de ser ejercitada por los progenitores, lo que conlleva que se le atribuyan a éstos el ejercicio de los derechos para poder desarrollarlo. SANTOS BRIZ, pág. 307, defiende que la patria potestad es una función, pero al mismo tiempo un “derecho subjetivo de los padres”. ZURITA MARTÍN (2007), pág. 268, se muestra partidaria de considerar la patria potestad como un oficio en beneficio de los hijos.

¹²⁴ Los partidarios de esta consideración, consideran que el Estado en algunas materias, entiéndase educación, o formación moral, esta en cierto modo invadiendo el natural espacio que les corresponde a los padres en estas materias. Si bien puede ser cierta dicha apreciación, hay que circunscribirla en el natural deseo de toda sociedad de formar a los menores en los mismos valores que dicha sociedad defiende. Esta cuestión más sociológica que jurídica, hay que posponerla a otro escenario, porque la

cualquier injerencia pública en el ámbito del ejercicio de su potestad, con el único límite del interés del menor y el respeto a su personalidad, en consonancia con el artículo 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²⁵.

Al atribuirse a la patria potestad la condición de función, su ejercicio práctico no depende de la voluntariedad de su titular sino que es algo obligatorio, lo que impide que se pueda abandonar voluntariamente el cumplimiento de las finalidades que persigue¹²⁶. De ahí que el Estado, como último garante de los derechos de los ciudadanos, tenga la obligación de sustituir en el ejercicio, a los progenitores que de forma voluntaria o accidental, incumplan con sus obligaciones para con sus hijos. Toda esta cuestión ha dado lugar a la importante legislación existente en nuestro ordenamiento jurídico reguladora de los mecanismos de protección de los hijos por parte de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, a raíz de la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación de la Filiación Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, se ha producido una equiparación jurídica que afecta a la patria potestad puesto que desde hace más de treinta años, tanto el padre como la madre son titulares de la misma¹²⁷. No se excluye a la madre como sujeto activo de la patria potestad sino que se refuerza su papel¹²⁸. La patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en el

patria potestad no es en definitiva, sino un conjunto de obligaciones que tienen los padres por el mero hecho de serlos para con sus hijos, siendo indiferente si tales obligaciones nacen de la consideración de función o de derecho, lo que por otra parte solamente supondría un debate semántico más que práctico.

¹²⁵ DÍEZ GARCÍA, pág. 1558.

¹²⁶ MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 2003.

¹²⁷ SERRANO ALONSO, pág. 435. PUIG BRUTAU, pág. 246, defiende la función dual de la patria potestad por ser una función ejercida de igual manera por el padre y la madre.

¹²⁸ La Ley 11 /1981, de 13 de mayo (RCL 1981/ 1151), suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad. Sobre la importancia de esta norma, ZURITA MARTÍN (2005), pág. 265, argumenta que se ha llevado a cabo “*La renovación institucional de la patria potestad mas importante llevada a cabo hasta el momento por nuestra legislación tuvo lugar mediante la Ley 11 / 1981*”. Señala que la reforma se ha fundamentado en la existencia de tres consideraciones, las cuales se han llevado a la práctica de forma progresiva. Así la primera, es la relativa a la estructuración de la patria potestad como una función dual tanto del padre como de la madre. La segunda, consiste en el interés legislativo por incrementar la intervención o vigilancia del Juez en el ejercicio de la patria potestad, justificando este intervencionismo en el interés del menor. Por último la tercera, se sustenta en la consideración del menor como sujeto de derecho, debiendo de ser respetada su personalidad.

artículo 156 del CC no es patrimonio exclusivo del padre, tal y como venía siendo habitual desde el Derecho Romano, ni tampoco de la madre, aunque fuera subsidiariamente, sino que se constituye en un ejercicio conjunto¹²⁹. La evolución del ejercicio de la patria potestad por el padre hacia la madre aún de forma subsidiaria, ha seguido un camino no exento de problemas que ha tenido como fundamento el cambio de mentalidad del varón hacia la consideración de la mujer y su papel activo e igualitario¹³⁰.

La patria potestad se ejercerá sobre los hijos cualquiera que sea su filiación. Se produce una interpretación extensiva del ejercicio de la patria potestad que afecta a ambos progenitores y que se ha de producir en cualquier situación, tanto si existe

¹²⁹ LASARTE ÁLVAREZ (2009), pág. 334. En el mismo sentido SANTANA PAÉZ, pág. 685. CARDENAL RAFAEL, pág. 439.

¹³⁰ ECHARTE FELIÚ, págs. 16 y 17, destaca que el Código Civil de 1889, en su artículo 154, reguló un sistema de patria potestad subsidiaria en favor de la madre, la cual, la ejercería en defecto del padre. Con posterioridad, doctrina y jurisprudencia, se fueron acercando a los postulados del Derecho Comparado, partidario de un sistema igualitario entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. En nuestro país con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se hizo más necesario una modificación en el ordenamiento jurídico tendente a la igualdad. La Ley 11 / 1981 de 13 de mayo, concretó y positivizó la igualdad de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad.

Con respecto a los países cercanos al nuestro, el sistema es prácticamente el mismo. En Portugal, el Código Civil de 1966 declara en su artículo 1879 que el poder paternal compete a ambos padres. En Francia, la Ley de 4 de junio de 1970, reformadora de la patria potestad, consagra coparticipación al proclamar a través del nuevo texto del artículo 372 del Código Civil que durante el matrimonio, el padre y la madre, ejercen en común su autoridad. Recientemente en Francia la Ley 2002.305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, elimina del Código Civil el concepto de “custodia”, y establece el principio general de ejercicio conjunto de patria potestad. En Italia, la Ley de 19 de mayo del 1975, reformadora de todo el Derecho de Familia, regula la cuestión en el nuevo artículo 316 del Código Civil, al proclamar que la potestad se ejercita de común acuerdo por ambos progenitores. Más recientemente en Italia la disposición del año 2006 de febrero, ha operado reformas referentes a las disposiciones en materia de separación de los progenitores y guarda conjunta de los hijos, estableciendo el ejercicio conjunto de la patria potestad y la posibilidad de que la guarda le quede confiada a ambos progenitores. Con respecto a la patria potestad, realiza un interesante recorrido por la evolución legislativa de la medida, tanto dentro de nuestro país como fuera. Destaca que en Europa, la medida surge a partir de los años 60, mediante un movimiento que tiene su punto de partida en las distintas normativas introducidas por las Constituciones Europeas. Aunque se reconoce que los movimientos asociativos de hijos ilegítimos se constituyen como grupos de presión en diferentes países para dar una respuesta al problema. La diferencia con respecto a nuestro país se concreta en el hecho de que en los demás países europeos apareció en primer lugar la novedad de la igualdad de la filiación que apareció en las Constituciones, y años más tarde, aparecen los grupos de presión. Por su parte en nuestro país, los movimientos de presión actuaron con anterioridad a la norma constitucional y ésta supuso la cristalización jurídica de la reforma.

una situación normal o por el contrario se ha producido una ruptura matrimonial o de pareja¹³¹.

SERRANO ALONSO incide en la idea que hoy día la patria potestad es una institución “tuitiva” que se ha modificado y adaptado a una función de servicio de los propios menores, que ha sido pensada para su desarrollo personal¹³². Si la patria potestad era un derecho del padre para con los hijos, se transforma en una obligación. Esta fusión hace que se modifique sustancialmente la naturaleza jurídica de la patria potestad, y desde la ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, hasta la actualidad, se han cambiado los cimientos de la institución. DÍEZ GARCÍA, señala que la reforma de la Ley 11/1981 consiguió que se pasará “*del padre dictatorial al progenitor democrático*”¹³³.

Las líneas fundamentales que fueron introducidas en la reforma, y que continúan en la actualidad, son las siguientes; en primer lugar, la patria potestad no es un poder de los padres sobre el menor, sino una función. En segundo lugar, dicha función se ejerce conjuntamente entre ambos progenitores, sin exclusión. En tercer lugar, siempre se ejercerá en beneficio del menor de acuerdo a su personalidad, y teniendo como fundamento y límite su interés¹³⁴. En cuarto lugar, los padres deberán oír al menor en todas las cuestiones que le afecten. En quinto y último lugar, la patria potestad se convierte en materia de orden público, en el sentido que no es una cuestión que afecte únicamente a los miembros de la familia, sino que el Estado interviene de forma activa en que se cumpla eficazmente la función que ella conlleva¹³⁵.

¹³¹ AGUILERA RODERO (2012), pág. 2, afirma que se mantiene con independencia del vínculo conyugal.

¹³² SERRANO ALONSO, pág. 435.

¹³³ DÍEZ GARCÍA, pág. 1557.

¹³⁴ DELGADO DEL RIO, pág. 229. PUIG BRUTAU, pág. 247, se refiere a que el ejercicio de la patria potestad ha de ser ejercido con respeto a la personalidad de los hijos. En la misma línea DÍEZ GARCÍA, pág. 1558.

¹³⁵ ASENSIO SÁNCHEZ, pág. 56.

1.2. Contenido.

El artículo 154 del Código Civil recoge los deberes y facultades que comprende el ejercicio de la patria potestad.

En primer lugar, el deber de velar por los hijos, que informa a todos los demás y se traduce en la obligación de vigilar y controlar a los hijos, aunque no se ostente la patria potestad sobre ellos¹³⁶. Este deber comporta proteger a los hijos en cuanto a los riesgos que puedan amenazar su desarrollo evolutivo tanto en el aspecto físico como psíquico, vigilar sus propios actos y dirigirles en cuanto a su conducta¹³⁷. Tiene un límite temporal, porque se va atenuando con la edad del menor.

En segundo lugar, el tenerlos en su compañía. Implica el mantener a los hijos menores en el domicilio familiar, facilitando la convivencia entre el menor y los padres, que permita el cumplimiento de las funciones de la patria potestad, lo que favorece su desarrollo evolutivo¹³⁸. Se señala por la doctrina que este derecho implica algo más que la “inmediación física y la identidad del techo; entraña una comunicación efectiva, intelectual y, respecto de los padres, exige buen ejemplo y cariño ambiental”¹³⁹. Por lo tanto no se exige que necesariamente el hijo tenga que convivir siempre con sus progenitores. Los padres pueden en interés del menor y de forma temporal decidir que se le interne con una finalidad educativa sin que ello implique el abandono de las funciones inherentes a la patria potestad. Al ser un derecho-deber, los padres pueden recabar el auxilio de la autoridad para obligar al menor a retornar al hogar familiar en los supuestos de abandono voluntario¹⁴⁰.

En tercer lugar, el deber de alimentarlo que subsiste desde el nacimiento hasta que por sí mismo pueda mantenerse, comprendiendo todo lo que es indispensable

¹³⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, pág. 692. DIÉZ GARCÍA, pág. 1571.

¹³⁷ SANTOS BRIZ, pág. 314. DIÉZ GARCÍA, pág. 1571, señala que existen opiniones doctrinales referidas a que este derecho implica un deber de vigilancia que se traduce en la exigencia de una especial diligencia que puede dar lugar a la culpa leve o levísima.

¹³⁸ AGUILERA RODERO, pág. 1233, indica que este deber no debe de entenderse de forma restrictiva, de tal modo que no permita ningún tipo de separación de los hijos del propio domicilio familiar.

¹³⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, pág. 693.

¹⁴⁰ DIÉZ GARCÍA, pág. 1573.

para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica¹⁴¹. Este deber se extingue al cesar la patria potestad, salvo que por causas no imputables a los hijos, sea necesario seguir prestando la asistencia. El Tribunal Supremo considera que la obligación de alimentos subsiste aún en el supuesto que no los necesite al tener cubiertas sus necesidades por sus propios medios¹⁴². También que no cabe aplicar la norma del artículo 145 del Código Civil, que faculta para atribuir en exclusiva el pago de los alimentos a uno solo de los padres, aun cuando se alegue por uno de ellos que se carece de ingresos¹⁴³. El incumplimiento integra el delito de abandono de familia tipificado en el artículo 226.1 del Código Penal.

En cuarto lugar, el deber de educar a los hijos. Comprende la formación y educación de los hijos, y supone que los padres procurarán una formación según sus inclinaciones, facilitando que los menores accedan a ésta. El Tribunal Constitucional en la sentencia 133/ 2010, de 2 de diciembre, sostiene que la no escolarización de los hijos no puede encontrar justificación en razones de índole moral o religiosa. Por lo que hay que distinguir que una cuestión es el modelo de educación que deben de recibir los hijos que es decisión de los padres, y otra muy distinta es la no escolarización de éstos¹⁴⁴. El derecho a la educación es un derecho fundamental recogido en la Constitución de 1978 en su artículo 27. Este derecho no acaba cuando finaliza la enseñanza obligatoria sino que debe extenderse hasta la completa formación del hijo. En coherencia con el respeto a la personalidad del hijo, los padres, una vez que el menor tenga madurez suficiente, y en virtud del artículo 162. 2.1ª, no podrán imponer una opción educativa contraria a la voluntad del mismo¹⁴⁵. De igual forma implica el que los padres deban de transmitir una sólida formación

¹⁴¹ AGUILERA RODERO, pág.1236, entiende que el derecho de alimentos para los hijos tiene un aspecto claramente extensible a cuantas necesidades alimenticias, médicas, residenciales, de ocio, económicas, se deriven del cuidado y atención de los hijos, incluyendo dentro de este derecho las obligaciones de educación e instrucción. CASTÁN PÉREZ-GOMEZ, pág. 695.

¹⁴² Sentencia de 24/10/ 2008 (TOL 1393347).

¹⁴³ Sentencia de 5/10/1993 (RJ 1993, 7464).

¹⁴⁴ Sentencia 133/ 2010, de 2 de diciembre (TOL 2007388). El modelo educativo es de libre elección de los padres, siempre y cuando reúna las condiciones y parámetros exigidos por las autoridades educativas.

¹⁴⁵ Así lo considera DIÉZ GARCÍA, pág. 1576.

moral y personal que permitan que observen un correcto comportamiento cívico¹⁴⁶. Sobre esta cuestión es importante tener presente como señala DÍEZ GARCÍA, que el Tribunal Constitucional en la sentencia 141/2000 de fecha 29 de mayo, reconoce que la libertad de creencias de los padres debe tener como límite tanto la propia libertad de creencias del menor, como otros derechos fundamentales, especialmente el desarrollo de la libre personalidad de éste, por lo que cualquier conflicto que acontezca debe de resolverse teniendo presente el interés del menor.

En quinto lugar, el artículo 154 del CC, les otorga a los padres el deber de representar y administrar los bienes de los hijos. La obligación de los padres de representar a los hijos es consecuencia directa de la falta de capacidad de éstos. Esta desarrollada esta obligación en los artículos 162 y 163 del CC. El ejercicio de la representación de los hijos se desarrolla de forma general para todos los actos que no puedan desarrollar ellos mismos. No puede estar sujeto a modulación o renuncia teniendo un carácter eminentemente legal según la doctrina¹⁴⁷. Hay que tener en cuenta las disposiciones civiles que regulan la capacidad de los menores. Por lo tanto en determinados actos los padres actuarán como representantes de los hijos, en otros podrán los menores realizarlos por si mismos al permitírseles la Ley directamente, o bien por sus condiciones de madurez, y otros serán realizados por los hijos pero con la asistencia de los padres¹⁴⁸. Las excepciones a esta representación paterna se establecen en el artículo 162 del CC, en concreto para los actos relativos a derechos de personalidad u otros, que se puedan realizar de acuerdo con las leyes y con las condiciones de madurez. Los derechos de personalidad son consustanciales con la persona y les corresponden por su condición como tal. Por este motivo se excluye completamente de la representación paterna todo acto del hijo menor no emancipado que haga referencia a su personalidad, siempre que la ley lo permita por haber alcanzado determinada edad o por entenderse que su madurez es suficiente. De igual forma se establece una excepción a la representación paterna para aquellos actos en donde pueda existir una oposición de intereses entre aquellos y los del menor. Entendiendo que esta exclusión de la representación del menor por los padres, solamente se referirá al supuesto concreto de conflicto, y siempre que el conflicto

¹⁴⁶ AGUILERA RODERO, pág. 1237.

¹⁴⁷ AGUILERA RODERO, pág. 1243.

¹⁴⁸ CASTÁN PÉREZ- GÓMEZ, pág. 707.

afecte a ambos progenitores. Porque de lo contrario el progenitor que no se vea afectado por la confrontación, representará a su hijo. Por último, excluye el Código Civil la representación paterna para todos aquellos actos referidos a los bienes del menor y de cuya administración han sido excluidos los padres. En este supuesto la representación del menor corresponderá a la persona designada en el acto de donación o en el testamento en virtud del cual se le ha transmitido al menor la propiedad de los bienes o, en su defecto del defensor judicial.

Los deberes y facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad, tienen como límite y fundamento el interés del menor, y éste ha de concretarse en cada supuesto concreto.

2. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad, en todas sus vertientes y con todos sus contenidos, deberá realizarse siempre en beneficio de los hijos, tal como se ha considerado siempre en nuestro ordenamiento jurídico desde el Siglo XVIII y se recoge en la actualidad en el artículo 154 del Código Civil, cuando dispone “*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos*”¹⁴⁹. La Jurisprudencia de forma reiterada considera que la patria potestad es una institución a favor de los hijos¹⁵⁰. Cuando se habla de beneficio de los hijos, se debe entender como una consecuencia del principio fundamental del interés del menor¹⁵¹.

¹⁴⁹ CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 65, remite a Jordán de Asso y Rodríguez, en su obra Instituciones del Derecho Civil de Castilla, en donde se menciona que el beneficio de los hijos es un principio de la patria potestad que se recoge desde el Siglo XVIII.

¹⁵⁰ El Tribunal Supremo así lo considera entre otras, en las sentencias de 23/7/1987 (TOL1739927), 30/4/1991 (RJ 1991,3108), 18/10/1996 (TOL 1659038), 23/27/1999 (TOL 2171), 24/4/ 2000 (TOL 170618).

¹⁵¹ RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág. 33. ZURITA MARTÍN (2007), pág. 268. CAZORLA GONZÁLEZ, pág. 204. CARDENAL RAFAEL, pág. 437. CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, pág. 384. CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 67, incide en el hecho de que el interés del hijo debe de ser un principio que debe encontrarse en el primer plano de toda la política legislativa en materia de filiación y patria potestad.

El interés del menor, como se ha expuesto con anterioridad, se ha convertido en un principio fundamental o como lo califica el Tribunal Constitucional en un “estatuto jurídico indisponible”¹⁵².

El ejercicio de la patria potestad, al tener como pilar fundamental el beneficio del menor, esta sujeto a unos límites que garantizan que la actuación de los progenitores vaya encaminada a su consecución. Así la propia ley, las buenas costumbres y el orden público, Tratados internacionales, los Convenios sobre la materia que hayan sido ratificados por el Estado, y los valores constitucionales. De estos valores se destacan el respeto a la personalidad del menor y a la integridad física y psicológica. Estos límites condicionan la actuación de los padres en su ejercicio de la patria potestad, y al mismo tiempo la de los poderes públicos en el ejercicio de la protección del menor en situaciones de desamparo o riesgo.

Los padres, para la correcta satisfacción del principio, deben conducir su actuación hacia dos aspectos, por un lado, el de garantizarle al menor un desarrollo en un ambiente sano, lo que implica la imposibilidad de adoptar medidas que pueden ser perjudiciales para el desarrollo y la salud de los hijos; de otro, la obligación de mantenerlo en relación con su familia¹⁵³. Para la consecución de los objetivos referidos es necesario que los padres respeten la personalidad de su hijo, por lo que el ejercicio de la patria potestad debe adaptarse a las cualidades del menor, orientando la educación y formación con respeto a sus derechos. Facilitando según su edad, la posibilidad de ser oído en todos aquellos asuntos que le afecten en el ámbito de la patria potestad. Todas estas premisas, han de estar presentes en el ejercicio de la patria potestad con independencia de su realización de forma conjunta o separada, o, en situación de crisis matrimonial o de pareja¹⁵⁴.

¹⁵² STC 141/ 2000, de 29 de mayo (TOL 2779), y 185/ 2012, de 17 de octubre (TOL 2675044).

¹⁵³ DÍEZ GARCÍA, pág. 1570.

¹⁵⁴ RAFAEL CARDENAL, pág. 437.

2.1.Ejercicio de la patria potestad en situaciones de convivencia de los progenitores.

El artículo 154 y 156 del Código Civil respectivamente consagran que el ejercicio de la patria potestad se realizará habitualmente de forma conjunta por los progenitores. SEISDEDOS MUIÑO destaca, siguiendo a la doctrina, que el legislador para flexibilizar el sistema y evitar complicaciones ha “matizado el principio del ejercicio conjunto con numerosas y extensas excepciones de origen legal, judicial e incluso convencional”.¹⁵⁵ Lo que ha originado una clasificación consistente en cuatro supuestos referidos a la patria potestad y su ejercicio. El primero, que se puede considerar como básico, en donde existe una cotitularidad con ejercicio conjunto, que supone que ambos progenitores son titulares y ejercitan de forma conjunta las funciones inherentes a la patria potestad. Un segundo supuesto, consistente en la actuación individual de la funciones de la patria potestad por parte de uno de los progenitores con consentimiento del otro, dentro de la cotitularidad y ejercicio conjunto. Un tercer supuesto, el ejercicio individual de unos de los padres, sin consentimiento del otro, dentro de una cotitularidad, en supuestos de padres separados, o atribución judicial del ejercicio a uno sólo en supuestos de desacuerdos. Y un cuarto y último supuesto consistente en la titularidad y ejercicio individual de la patria potestad por uno sólo de los padres en supuestos de extinción de la patria potestad por fallecimiento, privación por sentencia, determinación de la filiación respecto de uno de los padres o, por exclusión ab initio de la titularidad.

2.1.1. Distinción entre la titularidad y el ejercicio.

La existencia de los conceptos jurídicos autónomos, de la titularidad y el ejercicio, de la patria potestad, se ha convertido en una cuestión controvertida. La distinción teórica entre la titularidad de la patria potestad y el ejercicio efectivo de la misma, es cuestión que aún permanece en la doctrina. Esta distinción se produce, según la doctrina, porque el legislador de 1981, a través del artículo 156 del CC intentó resolver los problemas surgidos en el desenvolvimiento efectivo de esta

¹⁵⁵ SEISDEDOS MUIÑO (1988), págs. 23 y 24.

potestad, aunque no consiguió tal propósito¹⁵⁶. La titularidad y el ejercicio de la patria potestad solamente “caminan al unísono” cuando ambos progenitores viven juntos, desapareciendo dicha unidad cuando se produce la falta de convivencia¹⁵⁷.

La titularidad, entendida como la tenencia legítima de un derecho, corresponde a los progenitores por la filiación, a excepción de lo dispuesto en el artículo 111 del Código Civil¹⁵⁸. No puede ser objeto de pactos entre los progenitores, al ser indisponible e irrenunciable, solamente puede ser privada la titularidad, en virtud de sentencia judicial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Penal¹⁵⁹.

La privación de la titularidad implica, el apartamiento de los deberes y facultades recogidas en el artículo 154 del Código Civil, para el progenitor privado, pero subsiste la obligación de velar por los hijos y prestarles alimentos en virtud de lo dispuesto en los artículos 110, y 111, último párrafo, y de la misma forma se mantiene la posibilidad de comunicarse con el menor. Como efectos añadidos, la no necesidad de asentimiento del progenitor privado en el procedimiento de adopción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 177.2 del CC, causa de desheredación o, en su caso, de indignidad para el progenitor privado, tanto por su hijo como por el cónyuge en base de lo dispuesto en el artículo 854 y 855 del CC¹⁶⁰.

El ejercicio de la patria potestad viene, determinado por la realización material por parte de los progenitores de las funciones inherentes a la patria potestad recogidas en el Código Civil¹⁶¹. El ejercicio, para la doctrina, es concebido como el

¹⁵⁶ DÍEZ GARCÍA, pág. 1588. SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 25, incide en el hecho de que con anterioridad a la reforma de 1981 no existía este problema, porque se atribuía la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores, reservando en exclusiva el ejercicio al padre. Solamente en casos de suspensión de la patria potestad, era cuando se podía producir cierta distinción, porque la suspensión afectaba al padre que conservaba la titularidad pero se le suspendía del ejercicio.

¹⁵⁷ ZURITA MARTÍN (2007), pág. 266.

¹⁵⁸ MORENO VELASCO, pág. 1. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2009), pág. 79.

¹⁵⁹ ZURITA MARTÍN (2003), pág. 867, se inclina por considerar que lo más normal es que la privación de la patria potestad se produzca en el marco de un procedimiento judicial ad hoc iniciado al efecto. Lo normal es que la privación de la patria potestad, aunque en cualquier caso, siempre será por un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

¹⁶⁰ ZURITA MARTÍN (2003), pág. 868, equipara los efectos de la privación de la patria potestad a los de la exclusión de la misma.

¹⁶¹ MAGAZ SANGRO, pág. 103.

factor que absorbe prácticamente todos los contenidos relacionados con la patria potestad¹⁶². Se diferencia de la titularidad en la posibilidad de pactos entre los progenitores con respecto a los hijos. El artículo 156 del Código Civil permite que los progenitores puedan, siempre que vivan separados, distribuir las funciones inherentes a su ejercicio. A modo de ejemplo se puede pactar en documento privado, público, o incluso en capitulaciones matrimoniales al amparo del artículo 1325 del CC, que uno se ocupe de los asuntos escolares y el otro de la administración de los bienes.

La doctrina distingue entre la titularidad y el ejercicio, considerando que la titularidad es conjunta pero el ejercicio puede serlo o no¹⁶³. La diferencia entre titularidad y ejercicio es objeto de discusión doctrinal en el sentido de aceptar su propia existencia¹⁶⁴. De ahí que existan autores que afirman que no existe la diferencia entre titularidad y ejercicio y por el contrario otros si la consideran. Los primeros, utilizan el argumento de que sin la posibilidad de ejercitar la patria potestad es innecesaria la titularidad. Si no se puede ejercitar un derecho, de nada sirve tenerlo¹⁶⁵. Sobre esta cuestión SEISDEDOS MUIÑO, formula una reflexión, en la línea de lo expuesto con anterioridad, consistente en que lo verdaderamente importante, es averiguar el contenido concreto que puede tener la titularidad separada del ejercicio.¹⁶⁶

En el sector opuesto, los que consideran que existe la posibilidad de tener la titularidad pero no el ejercicio, se fundamentan en el hecho que la titularidad se adquiere por el mero hecho de adquirir la condición de padres, con independencia del ejercicio del derecho o no¹⁶⁷. Además consideran que el ejercicio puede dissociarse, mientras que la titularidad no. Por consiguiente se puede ostentar la titularidad pero

¹⁶² DÍEZ GARCÍA, pág. 1589. SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 27.

¹⁶³ TAMAYO HAYA, pág. 742.

¹⁶⁴ CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, pág. 398.

¹⁶⁵ RAGEL SÁNCHEZ, págs. 551 y ss.

¹⁶⁶ SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 26.

¹⁶⁷ RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág. 22. CASTILLA BAREA Y CABEZUELO ARENAS, pág. 399.

no el ejercicio por diferentes razones o circunstancias, mientras que si no se tiene titularidad no se puede ejercitar¹⁶⁸. Sobre esto último hay que afirmarlo con ciertas reservas, puesto que en el caso que el ejercicio se atribuya a terceros, éstos no tienen la titularidad pero si el ejercicio, pensemos en los abuelos o en instituciones sociales a las cuales se les atribuya el ejercicio en supuestos de desamparo¹⁶⁹. No obstante existe una opinión mayoritaria en el sentido de aceptar la existencia de la distinción entre la titularidad y su ejercicio tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, al haberse pronunciado el Tribunal Supremo al decantarse por el hecho indiscutible de que la titularidad de la patria potestad se mantiene con independencia de su ejercicio ,existiendo perfectamente una distinción¹⁷⁰.

DÍEZ GARCÍA señala que la titularidad solamente sirve para indicar una situación inactiva o de poder, mientras que el ejercicio supone un mero hecho, lo que implica que el ejercicio no puede tenerse o no tenerse, sino que sólo ser cumplido o no. Defiende la necesidad de la superación de la distinción en el ámbito de la patria potestad, aunque reconoce que la actual legislación mantiene esta errónea diferenciación, lo que ocasiona confusión en la imposible delimitación práctica entre la privación y la suspensión del ejercicio¹⁷¹.

2.1.2. Ejercicio conjunto.

El ejercicio conjunto de la patria potestad aparece regulado en el artículo 156 del Código Civil cuyo párrafo primero dispone, *”La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”*.

¹⁶⁸ CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, pág. 399.

¹⁶⁹ A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 27 de mayo del 2011 (RDF N° 54, pág. 198), dispone que en interés del menor y en casos excepcionales, se puede excluir a los progenitores, en beneficio de los abuelos maternos de las funciones que les atribuye la Ley a éstos.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994/10616).

¹⁷¹ DÍEZ GARCÍA, pág. 1590.

El Código Civil establece que se ejercerá la patria potestad conjuntamente por ambos progenitores, y la doctrina señala que este ejercicio conjunto es un derecho de los propios hijos en el sentido que ambos progenitores deciden sobre las necesidades de los mismos¹⁷².

2.1.2.1. Concepto.

El ejercicio conjunto de la patria potestad en cualquier situación, siguiendo a PEREZ MARTÍN, implica *“la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a su hija, especialmente en el ámbito educativo, sanitario, religioso y social. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo o actividades extraescolares a realizar, en la autorización de cualquier intervención quirúrgica, tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, tanto si entraña gasto como si esta cubierto por el sistema público de sanidad, en la decisión sobre la realización o no de acto religioso o social relevante, así como en el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quien se encontrara el menor en el momento de ser realizado, en el cambio de domicilio siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visita, y en la autorización para la salida del territorio nacional.”*¹⁷³.

El sentido del ejercicio conjunto se fundamenta en la participación y responsabilidad en un plano de igualdad de ambos progenitores¹⁷⁴. Esto se traduce en que deberá concurrir el consentimiento de los titulares de ese derecho conjunto para poder realizar los actos de representación, administración y disposición del derecho

¹⁷² PEREZ MARTÍN (2007), pág. 167. El ejercicio conjunto supone un derecho para los hijos y al mismo tiempo una garantía para evitar abusos por parte de uno de los progenitores frente al otro e inclusive frente a los hijos. No obstante a pesar de que en caso de discrepancia se puede acudir al Juez, en la práctica el ejercicio conjunto de la patria potestad puede ocasionar conflictos entre los progenitores que redundarán en los hijos de forma negativa. CASTILLA BAREA, pág.396, dice que el ejercicio conjunto es la regla general y el exclusivo la excepción. CRUZ GALLARDO, pág. 230. Considera que el ejercicio conjunto de la patria potestad es la regla general y preferente.

¹⁷³ PEREZ MARTÍN (2011), pág. 4.

¹⁷⁴ DÍAZ –AMBRONA BARDAJI, pág. 63. DÍEZ GARCÍA, pág. 1591.

en cuestión. Se presupone que ambos deberán estar de acuerdo en los actos de representación, administración y disposición de los bienes de los hijos menores, y deberán tener presente que serán también responsables de los perjuicios que causen sus hijos a terceros, con independencia de quien de los dos tenga la guarda y custodia, en el momento de ocasionarlo.

Cuando se ejercita la patria potestad de forma conjunta, significa que el ejercicio no es indistinto, porque es necesario el consentimiento de ambos progenitores. Resulta evidente que no puede considerarse la patria potestad como una mancomunidad simple, puesto que no existen obligaciones independientes con distintos sujetos pasivos¹⁷⁵. El progenitor está obligado íntegramente con su hijo, y frente a él, responde por entero de su propio incumplimiento¹⁷⁶. SEISDEDOS MUIÑO, distingue entre ejercicio solidario y ejercicio indistinto. La solidaridad requiere la atribución conjunta del ejercicio para ambos padres, aunque se permita que uno de ellos actúe por los dos, en base al consentimiento. El indistinto implica autonomía e independencia, lo que permite actuar a los progenitores de forma separada en todos los ámbitos de la patria potestad, sin que tenga que existir consentimiento, lo que no concuerda con el sentido de la patria potestad¹⁷⁷. Por lo que el ejercicio conjunto de la patria potestad debe ser considerado como una solidaridad.

¹⁷⁵ CARDENAL RAFAEL, pág. 452, en sentido contrario considera que el ejercicio conjunto deberá de ser mancomunado cuando resulte preciso la actuación de ambos en situaciones que pueden ser consideradas como extraordinarias.

¹⁷⁶ IZQUIERDO TOLSADA, pág. 55, incide en el hecho de que el incumplimiento de los padres no debe ser causa penal por el principio de intervención mínima del Derecho Penal, aunque dicho incumplimiento puede ocasionar privación de la patria potestad de conformidad con el artículo 170 del Código Civil.

¹⁷⁷ SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 35.

2.1.2.2. El ejercicio por uno de los progenitores con el consentimiento del otro.

Dentro del ejercicio conjunto existe en la norma la posibilidad que los padres puedan actuar conjuntamente, de forma directa, ambos al unísono o, indirecta mediante el presupuesto que el progenitor que actúa lo hace con el consentimiento del otro. No existe separación de los progenitores, ni ninguno ha sido apartado del ejercicio mediante resolución judicial, ni estamos ante un caso de ausencia o incapacidad, sino que nos encontramos ante un supuesto calificado por la doctrina de “ejercicio solidario”, porque uno sólo de los padres actúa por los dos¹⁷⁸.

El consentimiento puede ser otorgado con anterioridad al acto que se va a realizar y puede ser expreso mediante el otorgamiento de escritura pública, si la naturaleza del acto así lo dispone, especialmente en los supuestos comprendidos en el artículo 1280.5 del Código Civil. En los demás supuestos, formalizado en documento privado e inclusive como considera la doctrina, de forma verbal¹⁷⁹. De igual forma se entiende un consentimiento tácito el otorgado cuando los actos que se realizan por un progenitor corresponden a los actos habituales que se han desarrollado sin que nunca medie desacuerdo por el otro¹⁸⁰. Sobre la amplitud del consentimiento, la doctrina considera que debe entenderse de una forma general con respecto a la totalidad de las actuaciones que conforman el ejercicio de la patria potestad. De este modo caben distintos supuestos. Que se preste el consentimiento para un acto concreto y determinado, que se haga para una función de la patria potestad, por ejemplo la administración de los bienes del menor, que abarque el consentimiento la totalidad de las funciones de la patria potestad, o que se distribuyan los padres, mediante consentimientos recíprocos la totalidad de las funciones de la patria potestad¹⁸¹. Puede ser revocable el consentimiento dado que la patria potestad es irrenunciable e intransmisible.¹⁸²

¹⁷⁸ SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 38.

¹⁷⁹ SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 45.

¹⁸⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, pág. 356. IZQUIERDO TOLSADA, pág. 65. SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág.42 y 43.

¹⁸¹ SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 42, formula la autora un interesante repaso sobre las distintas posibilidades en relación a la ampliación del consentimiento. Se inclina por el sentido más extenso de

La posibilidad de que ambos progenitores acuerden mediante el consentimiento mutuo que el ejercicio de determinadas funciones de la patria potestad se ejerciten por uno solo, o por ambos, mediante una distribución, no debe de extrañar, puesto que si en situaciones de crisis matrimonial es habitual y hasta aconsejable que se produzcan dichos acuerdos entre los progenitores, en situaciones de normalidad pueden realizarse, sin que ello implique una dejación de la responsabilidad como padres¹⁸³. Los límites a esta práctica se encuentran en que los acuerdos no sean perjudiciales para el interés del menor y que no suponen para ninguno de los padres una dejación voluntaria o abandono de sus funciones.

2.1.2.3. El ejercicio de la patria potestad en los supuestos de uso social o situaciones de necesidad.

Para facilitar el ejercicio conjunto de la patria potestad el artículo 156.1 del Código Civil, otorga validez a los actos que realiza uno de los progenitores cuando estos sean conforme al uso social y a circunstancias o en situaciones de urgente necesidad¹⁸⁴.

La norma, no define lo que debe entenderse por uso social, lo que es cuestionado por la doctrina¹⁸⁵. Por uso social debe entenderse lo que socialmente es aceptado, por la generalidad de la colectividad. A modo de ejemplo si el menor esta enfermo, el progenitor que tenga al menor en custodia, en el caso que se encuentren separados, puede sin consentimiento del otro progenitor, ingresar al hijo en un centro médico donde recibirá tratamiento, y viceversa. Distinto es el hecho que el

este consentimiento, fundamentado en que el otorgamiento del consentimiento puede ser revocado, y que no tiene porque implicar una dejación de la patria potestad.

¹⁸² DÍEZ GARCÍA, pág.1592.CRUZ GALLARDO, pág.231. CARDENAL RAFAEL, pág.452.

¹⁸³ IZQUIERDO TOLSADA, pág. 67, se remite a sectores doctrinales en donde se cuestiona dichos acuerdos en función de que los mismos pueden llevar implícita una renuncia al ejercicio de determinadas funciones de la patria potestad. De igual forma existe en el derecho comparado, no así en el patrio, la posibilidad de que dichos acuerdos se lleven a cabo con terceros, de tal forma que se pueda delegar en terceros el ejercicio de determinadas funciones inherentes con la patria potestad.

¹⁸⁴ SEISDEDOS MUIÑO (1988), pág. 65.

¹⁸⁵ PÉREZ SALAZAR RESANO (2009), pág. 3.

progenitor no haya informado al otro progenitor de tal circunstancia¹⁸⁶. Resulta evidente que el legislador no ha querido, sobre todo en interés de los hijos, que se produzca un intercambio de consentimientos en situaciones normales de conformidad al uso social, o en caso de urgente necesidad. DÍEZ PICAZO, considera que el uso “*es social, lo que excluye los usos concretos de la concreta familia..., no son usos de un concreto grupo, sino usos del grupo social genérico*”¹⁸⁷.

El problema puede surgir cuando uno de los progenitores, tiene un concepto de uso social distinto de la generalidad. Por ejemplo, el hecho que uno de los progenitores de una determinada etnia, tenga como uso social, que la decisión sobre si la hija de catorce años, debe continuar en el colegio, es exclusiva del padre, sin que la madre tenga nada que opinar al respecto.

Para evitar situaciones como la referida debe interpretarse lo establecido en el Código para actos que puedan ser indistintamente realizados por uno o por otro progenitor de forma frecuente o intrascendente, sin que pueda entenderse como diferenciación de roles entre los progenitores. Es decir actos sin trascendencia y realizados de forma frecuente, que no implica que deba darse un consentimiento expreso o tácito por parte del otro progenitor

No obstante existen límites jurídicos de orden público, para evitar que la actitud de los progenitores en relación al uso social pueda revertir en perjuicio del interés del menor, aunque hay que reconocer que la validez de la actuación de un progenitor realizada al amparo del uso social es absoluta, resultando inimpugnable por el otro progenitor¹⁸⁸.

No existe controversia con respecto al concepto de “*urgente necesidad*”. Se entiende que ante situaciones de necesidad, y sobre todo, cuando éstas, son de cierta urgencia, no se puede andar con cuestiones o requisitos de legalidad. Hay que destacar que el concepto de urgencia entra dentro de los conceptos jurídicos

¹⁸⁶ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de fecha 27 de enero del 2006 SP/ AUTRJ/ 93537. Se condena a la madre para que abone los gastos médicos del menor al no haber sido consultado el padre sobre el tratamiento de la hija común.

¹⁸⁷ DÍEZ PICAZO y GULLÓN (2003), pág. 156.

¹⁸⁸ DÍEZ GARCÍA, pág. 1594. En este sentido el Ministerio Fiscal puede actuar de oficio en defensa del interés del menor si se comprueba que la decisión de los progenitores amparada en el uso social, conlleva un evidente perjuicio para el interés del menor.

indeterminados, en el sentido que no existe una concreción con respecto a lo que abarca o no dicho concepto. En cualquier caso en situaciones de urgencia médica y ante el riesgo de la salud del hijo, no será necesario requerir el consentimiento del menor con madurez suficiente, ni tampoco la autorización de ambos progenitores, resulta obvio, que con el consentimiento de uno sólo de los padres será suficiente. No obstante, nada impide, que dicha necesidad, deba ser correctamente acreditada y demostrada, para evitar que bajo el paraguas de la urgente necesidad puedan esconderse otros intereses que no son los que la norma protege.

De todas formas debe tenerse presente que las cuestiones anteriormente mencionadas se refieren a cuestiones de naturaleza personal como material o patrimonial¹⁸⁹. En cualquier caso, es requisito ineludible de las mismas, que todas las actuaciones estén motivadas por la defensa de los intereses de los hijos menores o de las personas que se encuentren sometidas a la patria potestad.

2.1.2.4. Ejercicio exclusivo por uno sólo de los progenitores.

El artículo 156 del CC regula que también puede ser ejercitada por uno sólo de los progenitores en ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro. También en el artículo 92.4 del CC nos encontramos desde la modificación de La Ley 15/2005 que los padres, pueden acordar en el convenio regulador, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores, por lo que se le atribuye a éstos, la capacidad de decidir que se pueda ejercitar por uno sólo de ellos.

Con respecto a la ausencia y la incapacidad, deberá ser una resolución judicial, inscribible en el Registro Civil, la que declare la existencia de las mismas con respecto a uno de los progenitores. Será en la resolución judicial, en supuestos de incapacidad, donde se establezca, el grado y la extensión del ejercicio de la patria potestad, en función de la incapacidad del progenitor, de conformidad a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 29/4/ 2009 (TOL 1514778).

¹⁸⁹ DÍEZ GARCÍA, pág. 1593.

Se puede otorgar el ejercicio en solitario de la patria potestad en el supuesto de suspensión, por resolución judicial, por desacuerdos reiterados o causas que entorpezcan gravemente el ejercicio de la patria potestad, y en los pleitos de nulidad, separación o divorcio, cuando el Juzgador atribuya total o parcialmente la patria potestad a uno de los progenitores. De igual forma por la comisión de faltas o delitos relativos a la familia de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal, y así mismo, en virtud de la amplia prerrogativa que se concede al Juzgador en aplicación del artículo 158 del Código Civil.

2.1.3. Desacuerdos de los padres en el ejercicio de la patria potestad.

El artículo 156 del Código Civil dispone *“En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.”*

Se regula la posibilidad que se produzcan divergencias o diferencias entre ambos progenitores con respecto a cuestiones que afecten al menor. Los desacuerdos pueden ser ocasionales o por el contrario reiterados. En ambos casos, y dentro de la flexibilidad y buena fe que debe imperar en el ejercicio conjunto en situaciones normales y de crisis, se deberá en primer lugar atender al interés del menor como principio básico, y procurar para ello, si el menor tiene suficiente juicio, que se pronuncie el mismo sobre la cuestión con la finalidad que sea escuchado su opinión sin que ello tenga que suponer que será vinculante para ambos progenitores. Si nos encontramos ante un desacuerdo ocasional, el Juez lo que resolverá será a quien de los dos progenitores le atribuirá la facultad de decidir¹⁹⁰. En cualquier caso, si la divergencia persiste se deberá acudir al Juzgador quien, después de oír al menor si tuviera suficiente juicio y en todo caso si fuere mayor de doce años, y ambos progenitores, resolverá sobre el desacuerdo¹⁹¹. SEISDEDOS MUIÑO expone que

¹⁹⁰ IZQUIERDO TOLSADA, pág. 74. CRUZ GALLARDO, pág. 229, se muestra partidario de que los progenitores acudan al Juez cuando se produzca un abuso o extralimitación de la patria potestad.

¹⁹¹ SANTANA PÁEZ, pág. 689, defiende que llegado el extremo de tener que acudir a la vía jurisdiccional el cauce procesal correcto será a través de las normas de la jurisdicción voluntaria, dado que no es conveniente la presentación de una demanda ejecutiva puesto que no se pretende la solicitud

para la solución de los desacuerdos entre los progenitores pueden existir “remedios” internos o externos¹⁹². Dentro de los primeros tenemos en primer lugar, el dejar la solución al acuerdo de los padres, aunque como reconoce la autora este remedio no es tal, porque cuando se produce el desacuerdo es porque ha fallado el acuerdo previo entre ambos. En segundo lugar, que se determinara por ley quien de los dos progenitores tendría la facultad decisoria. Este método garantiza la unidad de actuación, pero puede conducir a situaciones de desigualdad entre los padres, por lo que en aras de la igualdad entre los progenitores no debe ser aceptado. En tercer lugar y en relación con el anterior, permitir que el padre asuma la facultad decisoria, pero otorgando a la madre una posibilidad de recurrir la decisión. No es un método positivo, porque no solamente se fomenta la desigualdad, sino que se crea conflicto al recurrir la decisión del padre, aparte de tener que soportar la madre dicho recurso en todos sus aspectos. En cuarto y último lugar, atribuir la facultad decisoria a uno u otro de los progenitores pero en función de la naturaleza del desacuerdo y la edad o el sexo de los hijos. Si hemos rechazado los anteriores métodos se debe de descartar este.

Con respecto a los remedios externos, señala la autora tres posibilidades, el arbitraje de equidad, los denominados Tribunales domésticos o Consejo de Familia, y la solución judicial. El arbitraje es un remedio que presenta ventajas como el presumible conocimiento que de los asuntos en discordia pueda tener el árbitro, y desventajas como el tener que recurrir al procedimiento arbitral en el sentido de la retribución a los árbitros. Con respecto a la segunda posibilidad debe ser rechazada por la parcialidad que pueden tener los componentes de dichos mecanismos, y el riesgo nada desdeñable de extender el conflicto a otros elementos familiares.

Dentro de los elementos externos pero con mención aparte a los anteriormente expuestos se encuentra la solución judicial. La autora recoge las ventajas e inconvenientes de este método, en primer lugar y como una desventaja el hecho de que acudir al mismo supone el reconocimiento de un fracaso de entendimiento por parte de los padres, quienes al no ser capaces de ponerse de

de la tutela judicial efectiva, sino que el juez faculte a uno de los padres para que decida en un supuesto concreto y determinado. CARDENAL RAFAEL, pág. 453, incide en que el desacuerdo debe de ser grave e importante, para evitar que por cualquier nimiedad se este acudiendo al Juez.

¹⁹² SEISDEDOS MUIÑO (1988), págs. 69 y ss.

acuerdo tienen que acudir a un método que afecta a la estabilidad de la familia. En segundo lugar que rompe el principio de igualdad al decidir a favor de uno de los dos, y supone en cierto modo una injerencia en la autonomía de la familia. En tercer lugar, la falta de capacitación del Juez para conocer en cada caso concreto la complejidad de cada núcleo familiar hace que la solución que pueda adoptarse no sea la más beneficiosa para el menor. Por último que se acostumbren los padres a acudir ante el Juez para la resolución de sus conflictos lo que supone la renuncia a intentar llegar a acuerdos basados en el diálogo y la tolerancia. Los argumentos a favor se fundamentan en la necesidad de adoptar una decisión que parece imposible de adoptar por los padres, y en la igualdad de ambos ante el Juzgador a la hora de adoptar la decisión. Habría que añadir la ventaja del carácter de cumplimiento obligatorio que para todo el mundo tiene una resolución judicial.

Cuando los desacuerdos en un ejercicio conjunto de la patria potestad se convierten en reiterados ,o bien, que por ambos progenitores o por uno de ellos se estuviera adoptando una actitud que entorpeciera el normal desarrollo de la patria potestad, podrá el Juez en el procedimiento correspondiente atribuir total o parcialmente a uno de los padres de conformidad a lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil la función de la patria potestad, o distribuir entre los mismos las funciones, con un plazo máximo de dos años. De todas formas si transcurrido el plazo de dos años, los progenitores persistieran en su actitud y no existiera separación legal, lo más acertado sería siguiendo a la doctrina, la prórroga del plazo o bien el inicio de un nuevo expediente que culminaría de la misma forma al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil¹⁹³. SERRANO ALONSO al respecto considera que en caso de desacuerdo, el Código Civil concede al Juzgador no la capacidad de resolver directamente, *“sino únicamente de decidir cuál de las dos posturas, la del padre o la de la madre resulta más conveniente para los intereses del hijo. La solución se adopta para cada caso concreto, y no implica variación alguna ni de la titularidad ni del ejercicio global de la patria potestad”*¹⁹⁴. Los desacuerdos reiterados pueden ser el comienzo de lo que con posterioridad será

¹⁹³ Así lo considera IZQUIERDO TOLSADA, pág. 75, en referencia a BERCOVITZ.

¹⁹⁴ SERRANO ALONSO, pág. 439.

una ruptura de los progenitores, lo que llevará inexorablemente al ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.

2.2.El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores.

La no convivencia de los progenitores en supuestos de ruptura de la pareja, va a suponer el nacimiento de una nueva situación en donde el ejercicio de la patria potestad no va a desarrollarse de la misma manera que cuando existía la convivencia. El ejercicio de la patria potestad en su aspecto práctico no se realizará de forma conjunta, aunque la titularidad continúe compartida. GODOY MORENO formula una reflexión referente a que cuando sucede la ruptura de los padres, es cuando éstos descubren realmente lo que supone el ejercicio de la patria potestad, dado que al no poder disfrutar con normalidad de los hijos, se aprecia en todo su sentido el concepto¹⁹⁵. Es asumido por todos que para el interés del menor se deben articular los mecanismos jurídicos para que en esta situación de ruptura, los menos perjudicados sean los hijos. Para evitar este perjuicio, hay que partir de la opinión doctrinal, relativa a que cuando se produce la ruptura de los progenitores y estos disuelven su relación conyugal, no por ello disuelven su relación con los hijos, sino que la patria potestad sigue plenamente en vigor con independencia de la situación de los progenitores¹⁹⁶.

El ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad aparece regulado en la norma para ser desarrolladas por los progenitores en situaciones de convivencia. En otras situaciones especialmente cuando se ha producido la ruptura de los padres, el ejercicio se dificulta y en ocasiones va a afectar de forma negativa al interés del menor. El ejercicio se verá condicionado sin duda alguna en función del

¹⁹⁵ GODOY MORENO, pág. 1.

¹⁹⁶ CASTILLA BAREA, pág. 413, afirma que la guardia y custodia “coexiste con la patria potestad”. AGUILA RODERO, pág. 2. BERROCAL LANZAROT (2006) pág. 701. DELGADO CORDERO, pág. 712. DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 3. También se constata este sentido en GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 127. MORÁN GONZÁLEZ, pág. 79. GODOY MORENO, pág. 5. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 5. HERRERA DE LAS HERAS, pág. 2. GONZÁLEZ VICENTE, pág. 4.

modelo de guarda y custodia que se adopte. Aunque en la teoría la situación de los progenitores no tiene porque afectar al ejercicio por estos de la patria potestad, en la práctica no puede negarse que esta afectación se produce. La patria potestad cuando existe ruptura no se pierde ni se abandona, solamente se transforma. Determinadas funciones inherentes a la patria potestad se van a modificar en cuanto a la forma de realizarlas, en comparación a cuando existía la convivencia. Estas modificaciones afectarán principalmente al progenitor que no ostente la guarda y custodia de los hijos. De tal forma para el no custodio el derecho de tener a los hijos en su compañía en situaciones de convivencia se transformará en el derecho de visita. La obligación de sostener económicamente a los hijos se transforma en la pensión por alimentos.

Aparte de las modificaciones surgen otros problemas que aparecen sin duda relacionados con el ejercicio de la patria potestad en estas situaciones y que son consecuencia directa de la situación de no convivencia como la atribución del uso de la que hasta entonces ha sido la vivienda familiar o la realización de actos que predisponen a los hijos contra el otro progenitor.

2.2.1. Derecho de visita.

2.2.1.1. Concepto.

El derecho de visita se configura como el derecho más significativo que ostenta el no custodio, y su implantación en el ordenamiento jurídico es relativamente reciente¹⁹⁷. Aparece regulado en el artículo 94 del Código Civil al disponer que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados

¹⁹⁷ ECHARTE FELÍU, pág. 111, realiza un repaso por la evolución histórica del derecho de visita. El Derecho de visita nació debido a la Jurisprudencia Francesa, al reconocerle el derecho de visita a los abuelos. En nuestro país fue recogido por primera vez en la Ley de Divorcio de 1932, en su artículo 20.2, pero luego al derogarse la norma, desaparece el derecho. Tuvo que ser en 1958, cuando se introduce en el Código Civil, en los supuestos de nulidad y separación, puesto que el divorcio no era legal. Por lo tanto, se hubo de esperar hasta la Reforma de 1981, cuando se aprobó la Ley del Divorcio, para que el derecho de visita aparezca tal y como hoy lo conocemos en nuestro ordenamiento jurídico. MONTERO AROCA (2002), pág. 40, nos ilustra sobre la primera resolución que tuvo lugar en nuestro ordenamiento jurídico en relación al derecho de visita, concretamente en una resolución del Tribunal de Menores de Valencia de fecha 15 de diciembre de 1939, donde se reconoce el derecho que tiene los padres a comunicar con los hijos así como los abuelos .

gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Con respecto a su razón de ser, RIVERO HERNÁNDEZ fundamenta su existencia en dos premisas, por un lado, al considerarlo como un derecho natural debido a que no se puede negar a ningún progenitor que se relacione y se comunique con su hijo, aunque no vivan juntos. La segunda consistente en la relación de afectividad que debe de unir a un hijo con su progenitor que convierte a este derecho en algo más que una norma jurídica, puesto que afecta al desarrollo integral de la personalidad del menor, con un componente afectivo y emocional entre el progenitor y su hijo¹⁹⁸.

No es necesario que hagamos referencia al significado del derecho de visitas, aunque sobre la cuestión terminológica existe una controversia, que no debería existir, dado que lo menos importante es la terminología con la que queramos definir los conjuntos de actuaciones mediante las cuales, el progenitor no custodio puede visitar y relacionarse con su hijo¹⁹⁹. Actualmente se están utilizando dos conceptos al respecto, por un lado el derecho de visita, que hace referencia exclusivamente a la relación entre el no custodio y los hijos, y el término relaciones personales, que hacen referencia a las relaciones de los hijos con otros familiares o parientes, en especial con los abuelos. El legislador en el Anteproyecto de Ley sobre responsabilidad parental en separación, nulidad y divorcio, pretende modificar el concepto de derecho de visita por el de “régimen de estancia, relación y comunicación”.

Este derecho se caracteriza porque sus efectos para el no custodio surgen en el momento en el cuál la separación, divorcio o nulidad es una realidad jurídica, siendo independiente del modo o manera en la que se haya producido. Su existencia como derecho es innegociable, irrenunciable y desde luego imprescriptible, otra

¹⁹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 220. De la misma opinión CRUZ GALLARDO, pág. 282.

¹⁹⁹ Esta discusión sobre la terminología, esta fundamentada en el hecho de que algunos autores como RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 21. MONTERO AROCA (2002) ,pág.12, postulan que el término utilizado de forma frecuente referido al derecho de visita, es demasiado pobre, puesto que no recoge en su definición toda la amplia gama de aspectos y posibilidades que encierra el denominado “derecho de visita”. Señala por lo tanto el autor, que el derecho de visita no solamente se refiere al hecho de la visita en sí, sino que encierra otra formas de comunicación, tales como por vía telefónica, o cartas, etc. Por tal motivo sería aconsejable que se emplearan expresiones más “ *amplias y comprensivas*”- GUILARTE MARTÍN CALERO (2009), pág. 151. Se inclina por suprimir el término derecho de visitas por el de régimen de comunicación y estancias.

cuestión será el modo de ejercitarlo, pero no la tenencia en sí del derecho²⁰⁰. Es personal, no puede delegarse a terceros y tiene una doble finalidad, por un lado, que el progenitor no custodio se pueda relacionar con sus hijos, y a su vez, éste pueda cumplir con los deberes y obligaciones que tiene en su condición de padre o madre²⁰¹. SANTANA PÁEZ defiende que la diferencia realmente importante y fundamental entre el progenitor custodio y no custodio no radica en las funciones que desarrollan sino en los tiempos de estancia del menor en su compañía²⁰².

Hay de destacar que este derecho tiene una doble dirección. Por un lado, en beneficio del progenitor no custodio y por otro y más importante en beneficio del menor mediante el derecho fundamental a estar y convivir con el progenitor no custodio²⁰³. Es un derecho que en esta segunda dirección pretende que la relación del menor con su progenitor sea un enriquecimiento para el hijo desde el punto de vista personal y contribuya al desarrollo evolutivo del menor²⁰⁴.

El derecho de visita no es derecho que haya que establecerse únicamente al finalizar el proceso de separación o divorcio, sino que se puede adoptar en la medidas provisionales, cuya temporalidad viene determinada hasta la resolución

²⁰⁰ De esta manera lo manifiesta SALANOVA VILLANUEVA (1995), pág.492, al afirmar que este derecho se introduce en lo que se denomina “orden público familiar”. Es cierto, el derecho de visita es mucho más que un derecho del progenitor a relacionarse con sus hijos, supone sin lugar a dudas un derecho fundamental para mantener un principio básico en la sociedad, el que los hijos deben de relacionarse con sus progenitores. La propia sociedad debe darse cuenta que este derecho bien ejercido facilita sin lugar a dudas que los hijos que por determinadas circunstancias han padecido una ruptura matrimonial, recompongan más fácilmente su relación con sus progenitores, y que continúen aún en la distancia, pero recibiendo lo positivo que es la tenencia de unos progenitores, que aunque no hayan podido entenderse entre sí, no están dispuestos a perjudicar a sus hijos. CRUZ GALLARDO, pág. 283.

²⁰¹ FERNÁNDEZ RAMALLO, pág. 5, incide en el hecho de que el derecho de visitas es un derecho-deber de los padres para con los hijos, los cuales no pueden verse afectados por la ruptura de la pareja. CRUZ GALLARDO, pág. 281, señala que la aportación de esta figura es permitir la continuidad de las relaciones personales y familiares de los hijos con el progenitor no custodio, y demás familiares.

²⁰² SANTANA PÁEZ, pág. 771.

²⁰³ PÉREZ SALAZAR RESANO (2010), pág. 249, refiere que tanto en la declaración de los derechos del niño del año 1959 como en la Convención Europea sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, se tiene muy claro que para que el menor tenga un desarrollo armónico deberá siempre que sea posible crecer junto a sus padres. Lo que por otra parte es evidente se ha de intentar mantener en los regímenes de visita de ahí que seán altamente beneficiosos para el menor.

²⁰⁴ ROMERO COLOMA (2011), pág. 2, considera que el menor es la parte más débil de la ruptura entre otros motivos porque no está totalmente formado y por ello sufre más la nueva situación provocada. Por ello es claramente contraproducente que se vean en el centro de disputas entre los progenitores, porque en muchas ocasiones se ven como sujetos responsables de las disputas.

donde se aprueben las definitivas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil y por supuesto en las medidas definitivas que regularán como su propio nombre indican una vez finalizado el procedimiento de separación o divorcio. De igual modo, aunque no es objeto de este capítulo, existe un derecho de visita reconocido para los progenitores con respecto de los menores sometidos al acogimiento, tal y como se establece en el artículo 161 y 173.2 respectivamente del Código Civil.

Será establecido por el Juzgador en caso que no exista acuerdo entre los progenitores, pudiendo disponer aquel régimen que considere más adecuado para el menor. Esta discrecionalidad del Juzgador se justifica al dejarle margen para que establezca un régimen de visitas que garantice el derecho del menor a relacionarse con el progenitor no custodio. La única limitación es que la resolución que se adopte no puede dejar de estar debidamente motivada²⁰⁵.

2.2.1.2. Sujetos.

El derecho de visita afecta por un lado a los menores y por el otro al no custodio, por lo que ambos son sujetos que intervienen en el ejercicio de este derecho. Pero no solamente afecta este derecho al no custodio y al menor, sino que se extiende a los parientes y allegados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil.

En dicho precepto se regula que no solamente los progenitores tienen el derecho a relacionarse con los hijos menores, sino que los abuelos y los parientes y allegados también son titulares del mismo.

Con respecto al régimen de visitas existe desde el año 2003 un nuevo frente abierto, el derecho de visitas que tienen los abuelos²⁰⁶. Por eso no se puede concluir

²⁰⁵ En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de fecha 10 de octubre del 2000 (DER, 2000/ 55192) determina que la obligatoriedad de motivar la resolución que se adopte, excluye la discrecionalidad del Juzgador, quien tendrá que razonar el porque de la adopción de esa medida y no las otras que hayan sido objeto del procedimiento.

²⁰⁶ LETE ACHIRICA, págs. 1187 a 1197. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, pág. 25. FERNÁNDEZ RAMALLO, págs.5 a 10. GONZÁLEZ PILLADO, págs. 403 a 413. RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág.185.

esta cuestión, sin hacer mención a la existencia de la problemática surgida a raíz de la Ley 42/2003 denominada Ley de los Abuelos. Esta norma, regula el derecho que tienen para relacionarse con los menores, fundamentándola en la importancia que para el desarrollo evolutivo del menor tiene relacionarse con su familia de la forma más extensa posible²⁰⁷. DÍEZ GARCÍA destaca que los abuelos son los parientes más próximos en grado del menor en línea recta y por este motivo habrá desarrollado el menor una “corriente de afecto” que sin duda debe de mantenerse²⁰⁸. El Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 27/7/2009 (TOL 1594293) ha considerado que este derecho esta justificado en el afecto que nace del estrecho contacto personal, y resultan beneficiosas y necesarias. Este beneficio se fundamenta, según la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23/11/1999 (RJ 1999/8278) en el sentido de que la relación influye positivamente en el desarrollo de la personalidad del menor. Pero existe un límite tal y como se establece en la misma Sentencia y en el Auto del Tribunal Supremo de fecha 3/5/2000 (RJ 2000/3573), consistente en que la relación se lleve a cabo con normalidad y alejada de cualquier conflicto. No obstante PÉREZ ÁLVAREZ, es partidario que el menor se relacione aún en situaciones de conflicto entre los progenitores y los abuelos, dado que éstos en muchas ocasiones pueden desempeñar un papel que contrarreste las situaciones de hostilidad entre los mismos progenitores y para dotar al menor de referentes necesarios y seguros en situaciones de conflicto entre sus padres²⁰⁹. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 24 de mayo del 2013 (RJ/2013/3393), reconoce que aún en supuestos de hostilidad entre los padres y abuelos, deben primar las relaciones con los menores, siempre que no se acredite de forma concreta que se perjudica su interés. Esta es la línea Jurisprudencial recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo 576/2009, de 27 de julio (RJ 2009/4577); 632/2004, de 28 de junio (RJ 2004/4321); 904/2005, de 11 de noviembre (RJ 2005/9476), y 858/2002 de 20 de septiembre (RJ/2002).

²⁰⁷ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 1ª de fecha 16-10-2006 se resuelve a favor de establecer un régimen de visitas de los abuelos hacia el nieto, al considerar sobre este derecho “ no es tanto un derecho de los abuelos como del menor, porque su derecho constitucional art 39 a una formación integral comprende un equilibrado desarrollo de sus facetas no solo sociales y culturales sino también familiares y emocionales, siendo para estas dos últimas aconsejable una adecuada relación con sus abuelos.”

²⁰⁸ DÍEZ GARCÍA, pág. 1641.

²⁰⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, pág. 362. De la misma opinión, MORÁN GONZÁLEZ, pág. 91.

DÍEZ GARCÍA, con respecto a los parientes y allegados, defiende el derecho a relacionarse con el menor, siempre que exista una vinculación afectiva entre ambos, sin que sea determinante el grado de parentesco sino la conexión emocional. Asimismo el concepto de allegado ha de tener una interpretación extensiva con el único límite que exista una conexión afectiva con el menor, por lo que corresponderá al Juzgador determinar en cada caso concreto y teniendo presente el interés del menor, si éste puede relacionarse con el allegado, sin que ello suponga un perjuicio para él y para los progenitores, al ser éstos los que tendrán que facilitar dicha relación. En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo del 2011 (RJ/2011/3280), en un supuesto donde se discute el derecho de visita de la pareja del mismo sexo de la madre para con la hija biológica de ésta, se admite este derecho al considerar el Alto Tribunal que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, y en aras del derecho del menor a tener relación con las personas próximas humana y afectivamente, por lo que en interés del menor se reconoce el derecho de relaciones personales de la solicitante con respecto al hijo biológico de la que había sido su pareja. Hay que señalar que en esta Sentencia se considera conveniente para estos casos no utilizar la expresión “derecho de visita”, al deber reservarse este concepto para la relación de los menores con su progenitor, sino definirlos como “relaciones personales”.

2.2.1.3. Contenido.

El derecho de visitas implica el relacionarse con los hijos, durante el período temporal que se ha establecido, bien en el Convenio Regulado o resolución judicial. Se articulan tres posibilidades en la práctica, la visita, estancia y comunicaciones, aunque para la doctrina, el contenido ideal de este derecho sería el establecimiento de un régimen lo más amplio y profundo posible, que pudiera asimilarse a una convivencia con el hijo sobre el que no se tiene la custodia²¹⁰. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 16/7/2004 (TOL 483511) ha establecido que no rige en esta materia el principio dispositivo propio de los procesos civiles, sino que será el interés del menor el factor a tener en cuenta a la hora de determinar el modo, tiempo y

²¹⁰ ROGEL VIDÉ, pág. 260.

demás circunstancias que afectarán al ejercicio de este derecho. Y el mismo Tribunal en Sentencia de fecha 20 de octubre del 2011 (RJ/ 2011/6843) determina que el único interés protegido en relación con el derecho de visita es el de los menores y no el de los progenitores.

2.2.1.3.1. La visita.

La primera, la expresión mínima, consiste en poder visitar a los hijos normalmente durante unas horas una tarde o dos a la semana, recogiendo normalmente del colegio y estando con ellos hasta que en hora prudente los reintegre al domicilio del custodio²¹¹.

Estas visitas en caso de conflicto entre los progenitores, podrán desarrollarse en los Punto de Encuentro Familiar, siempre que así sea determinado por resolución judicial, sin posibilidad de sacarlos del lugar.

La visita no faculta al visitante para la entrada en el domicilio del custodio salvo que éste lo permita, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Española tal y como así se ha establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30/4/1991(RJ 1991,3108)²¹². En sentido contrario, lo esencial de la visita es que el no custodio pueda relacionarse con el menor sin la presencia del otro progenitor, puesto que de esta manera se estaría vulnerando la relación entre el menor y el no custodio. Es lógico que el no custodio no quiera compartir el periodo de visitas con el custodio, precisamente porque ello puede ser fuente de problemas que redundarán en perjuicio del menor. Así se ha manifestado la Jurisprudencia y la doctrina²¹³. Otra cuestión será en los supuestos en los cuales el menor se encuentre enfermo y se halle en el domicilio del custodio o, en actos sociales de relevancia para el menor y para ambos progenitores, en estos supuestos se deberá de atener a la buena relación que exista entre los progenitores.

²¹¹ CRUZ GALLARDO, pág.296. RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 99. ROGEL VIDÉ, pág. 260.

²¹² DÍAZ GARCÍA, pág. 1643.

²¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1991 (RJ 1991,3108). CASTILLA BAREA Y CABEZUELO ARENAS, pág. 449.

2.2.1.3.2. Las estancias.

La segunda posibilidad es la de las estancias, partiendo de una edad determinada, que cada vez se acerca más a la finalización del periodo de lactancia. Se recogerá a los menores normalmente el viernes por la tarde y se estará con ellos hasta el domingo cuando serán retornados al domicilio del custodio²¹⁴. Durante este periodo temporal, el no custodio debiera cumplimentar las obligaciones de alimentación, ocio y asistencia sanitaria que implica el tener a los hijos bajo su responsabilidad.

Dentro de las estancias, se engloba lo que se conoce como períodos vacacionales, que comprenden el tiempo de vacaciones escolares. Durante esta época normalmente se dividirá el tiempo por mitad entre ambos progenitores. Es aconsejable que durante los períodos vacacionales, el progenitor que en ese período no tenga a los hijos, pueda por lo menos una vez a la semana tener un contacto con los hijos en el lugar donde se encuentren, con la finalidad que estos no pierdan el contacto con el progenitor²¹⁵.

²¹⁴ CASTILLA BAREA, Y CABEZUELO ARENAS, pág. 454, considera que en base al interés del menor, los jueces determinan para poder conciliar los intereses en juego, los de los progenitores y los de los menores, un determinado tiempo durante el cuál se pueda relacionar el menor con el no custodio.

²¹⁵ Hay que tener presente, que estas normas o condiciones no están establecidas en ninguna norma sino que dependerán de lo que los progenitores hayan podido acordar en el Convenio Regulador, o en caso de desacuerdo haya establecido en resolución judicial el Juez. Es conveniente que ambos progenitores sean generosos en cuanto a facilitar la relación de los hijos con ambos progenitores con independencia de si ostenta la condición de custodios o no. De ahí que también sea labor de los abogados el aconsejar a sus clientes que acepten condiciones establecidas en los Convenios que faciliten la relación de los progenitores. Así como el tener el valor de solicitar en caso de desacuerdo a los Jueces que se pronuncien sobre Convenios Reguladores, bien confeccionados, y amplios en cuanto a las cuestiones de relación de los hijos con los progenitors.

2.2.1.3.3. Las comunicaciones.

Por último, tenemos las denominadas “comunicaciones”. Estas son las formas mediante las cuales el progenitor no custodio, puede ponerse en contacto con su hijo, simplemente para poder hablar con él o comunicarle cualquier cuestión, sin que para ello, tenga que esperar a tener la visita o la estancia. Hoy día y dado que existen multitud de mecanismos técnicos, se pueden desarrollar mediante el teléfono, Internet, fax o la tradicional correspondencia. Lo que si es importante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la L.O. 1/1996, es que el custodio deberá de respetar el derecho del menor al secreto de tales comunicaciones.

LLORENTE PINTOS clasifica las posibilidades anteriormente enunciadas en función de su amplitud o restricción, para establecer que el régimen de visitas puede ser ordinario o bien restringido²¹⁶. Se entiende que el primero, hace referencia a cuando las tres posibilidades, son ampliamente establecidas sin limitaciones salvo circunstancias determinadas. Así, en un sentido amplio, las comunicaciones con los hijos, se llevan a cabo de forma diaria, incluso a determinadas horas fijas, siempre que no entorpezcan la vida normal del menor. Con respecto a las visitas, una vez a la semana, el no custodio puede ir a ver a los hijos, y estar con ellos normalmente durante dos o tres horas. Y con respecto a las estancias, los fines de semana alternos y los periodos de vacaciones divididos por la mitad. Este sentido amplio puede dar lugar a que determinados progenitores pretendan ampliar tanto el derecho de visitas en sus distintas modalidades, que al final ocasionen un trastorno al menor, lo que dará lugar a enfrentamientos que acaban en los Tribunales²¹⁷. En sentido contrario el restringido se limita básicamente a la división de los periodos vacacionales por mitad entre los progenitores, y fines de semana alternos. Es indudable que este sentido restringido reduce la relación del menor con el no custodio, pero que se reduzca el tiempo no tiene que implicar necesariamente que la relación del menor con su progenitor tenga que ser negativa para su interés.

²¹⁶ LLORENTE PINTOS, pág. 28 y ss. De igual forma lo califica ROMERO COLOMA (2011), pág. 1. Así mismo SANTANA PÁEZ, pág. 772.

²¹⁷ A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de Fecha 24 de julio del 2008 (Revista Derecho de Familia Nº42. marzo 2009) en donde el padre pretendía poder llevar a diario al colegio a los menores, a lo que se opuso la madre, por considerar que la medida podía ocasionar interferencias en la organización doméstica de la familia, que en nada beneficiaría a los hijos. la Audiencia desestimo la petición del padre.

2.2.1.4. Modificación, suspensión y supresión.

Los acuerdos o resoluciones adoptadas dentro del ámbito del Derecho de Familia en general y del filial en particular, pueden ser modificados si los progenitores lo deciden de mutuo acuerdo, o bien a instancias de uno de ellos mediante el oportuno incidente de modificación de medidas, si las circunstancias sobrevenidas hacen aconsejable dichos cambios²¹⁸. Lo que se requiere en tal situación por parte de los Tribunales, es que cuando se pretenda una modificación en el establecimiento de un régimen de visitas, que éste se fundamente en causas surgidas imprevisiblemente o en circunstancias sobrevenidas que hacen aconsejable dicha modificación, la cual deberá concederse siempre teniendo presente el interés del menor. No es aconsejable que de forma periódica los progenitores cambien dicho régimen, porque crearían una inseguridad en los hijos, no sabiendo a que modelo atenerse²¹⁹.

De igual modo, este derecho puede ser suspendido mediante resolución judicial y mediando circunstancias graves, durante un tiempo. Puede ser denegado o suprimido una vez establecido cuando la práctica del mismo haya determinado que es claramente perjudicial al interés del menor²²⁰. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 11/2/2011 (TOL 2048040) ha establecido que este derecho puede limitarse o suspenderse si existe peligro real para la salud física o psíquica del menor, o tal y como se recoge en la Sentencia de fecha 25/4/2011 (TOL 2125260), cuando la conducta del progenitor hace aconsejable esta suspensión en supuestos de abusos sexuales contra el mismo. De igual forma en Sentencia de fecha 20 de octubre del 2011 (RJ/2011/6843), dispone la posibilidad de suspender la relación de la abuela

²¹⁸ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 4ª de fecha 23 de marzo de 1999 (AC 1999/ 386) reconoce que el régimen de visitas esta sujeto a cambios, condicionados no por la voluntad exclusiva de los progenitores, sino por las propias necesidades del menor. Explica en la misma, las distintas edades del menor, que lógicamente puede hacer que en cada uno de estos periodos temporales, haya que establecer un régimen de visitas adaptado a las necesidades del menor.

²¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 184 y ss, argumenta que la modificación puede ser calificada de cuantitativa, referente a la ampliación de horas o días, y cualitativa si nos atenemos a la introducción de nuevas posibilidades o la ampliación de la existentes.

²²⁰ CASTILLA BAREA, pág. 455, para que se pueda suspender es necesario que se produzcan graves circunstancias que así lo aconsejen, como por ejemplo un incumplimiento reiterado de los deberes impuestos.

con su nieto si se advierte una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre.

El Tribunal Constitucional en Sentencia nº 176 de fecha 22 de Diciembre del 2008 (TOL 1416108) señala que el riesgo para el menor que justifica la suspensión consiste en la alteración de la personalidad, causado por una conducta indebida del padre. Este comportamiento indebido según el Tribunal Constitucional se produce por la transmisión de valores negativos de naturaleza social y por ser víctima de los actos violentos o degradantes de la dignidad ocasionados por el progenitor. No se consideran motivo de suspensión las circunstancias personales del no custodio, en especial las referidas al problema de la drogadicción o el alcohol, dado que se ha comprobado que el régimen de visitas supone un estímulo para la recuperación de éste como persona, siempre y cuando esta situación personal del progenitor no afecte negativamente su interés²²¹. DÍEZ GARCÍA considera que la decisión de suspender el derecho de visita debe descansar únicamente en el interés del menor, pero ponderándolo con los intereses de las demás partes. Es importante esta observación puesto que no se debe olvidar que el derecho de visita no solamente afecta al menor y al titular del mismo, sino que vincula, sobre todo en los supuestos de abuelos y demás parientes, a los progenitores que son los que a la larga deben facilitar que se pueda realizar. No debe de entenderse, que si los progenitores se oponen a que el menor mantenga un derecho de visita con los abuelos y demás parientes o allegados, deba suspenderse este derecho únicamente por esta oposición. Pero puede suceder que los progenitores consideren que esta relación afecta de forma negativa, por lo que estarán legitimados para oponerse a la misma con los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece. En esta línea el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 29 de mayo del 2013 (RJ/2013/3393), estima el recurso de casación presentado por los abuelos contra la sentencia que les impedía relacionarse con su nieta, fundamentándolo en que no se debe privar las relaciones con sus abuelos únicamente porque existan conflictos entre los padres y los abuelos, debiendo determinarse en concreto si las relaciones son perjudiciales para el menor y no deben suspenderse

²²¹ ECHARTE FELÍU, pág. 126. En sentido contrario a lo planteado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria Sección 1ª de fecha 10 de diciembre de 2009 / SP/ SENT/ 496921. No procede ampliar el régimen de visitas para el padre a pesar de la mejoría, siendo necesario un mayor periodo de análisis de su conducta para garantizar que está en condiciones en el ejercicio de la patria potestad sin que suponga un peligro para los hijos. El padre era toxicómano.

únicamente por un razonamiento en abstracto. Confirma esta Sentencia entre otras cuestiones que el interés del menor no puede determinarse en abstracto, sino que hay que determinarlo en cada caso concreto.

En cualquier caso debe el Juzgador motivar de forma razonada su decisión de suspender mediante argumentos, legítimos, necesarios y proporcionados.

Con respecto a la supresión, la doctrina se encuentra dividida porque esta decisión tan restrictiva, no se contempla legalmente²²². MARTÍNEZ DE AGUIRRE, no es partidario de la supresión, por considerar que por muy terribles que puedan ser las circunstancias, lo correcto es modificar el régimen para adaptarlas a ellas, pero nunca acudir a esta medida que restringe un derecho sobre el cual, se ha dicho que es imprescriptible²²³.

Las tres situaciones, responden al ejercicio del mismo, no a la tenencia, puesto que como hemos comentado no cabe la posibilidad de que este derecho no se tenga, otra cuestión, tal y como se ha visto es que se suspenda temporalmente, se suprima o simplemente no se establezca ante el riesgo para el menor, cuestiones éstas que personalmente considero que deben ser adoptadas de forma restrictiva, con todas las garantías procesales y siempre teniendo presente el beneficio del menor.

2.2.1.5. La responsabilidad de los hijos.

Sobre la responsabilidad de los hijos durante el derecho de visita, existe una divergencia en la doctrina, entre los partidarios de que el progenitor no custodio, es responsable de éstos durante el tiempo que permanezcan con él, y los que consideran, entre los que me incluyo, que la responsabilidad la tienen ámbos progenitores por el mero hecho de serlos, con independencia de quien ostenta la guarda en el momento

²²² ECHARTE FELÍU, pág. 128, se opone a la supresión porque la medida no esta contemplada en el ordenamiento jurídico y porque de admitirse esta medida se estaría vulnerando el carácter de inalienable que tiene el derecho de visita.

²²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), pág.5. En sentido contrario RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 350. ROMERO COLOMA (2011), pág. 5, no es partidario de la supresión del ejercicio del derecho de visitas.

de suceder la causa que origina la responsabilidad²²⁴. No obstante, los Tribunales han considerado en algunas sentencias que la responsabilidad civil de los daños será atribuida de forma exclusiva al progenitor custodio. Así se considera por parte de los Tribunales al manifestar, “*Inexistente responsabilidad del padre, puesto que estaba separado y la guarda y custodia del hijo la tenía la madre*”²²⁵. O “*Responde la madre de los daños causados por la hija en el vehículo de la actora por ser quien tiene la guarda y custodia*”²²⁶. Este planteamiento contribuye a que se piense que la relación del progenitor no custodio solamente debe referirse al periodo que abarca el régimen de visitas en sus distintas modalidades. Es un error que afecta al interés del menor, porque la responsabilidad del progenitor no custodio abarca en todo momento al menor sin que pueda admitirse una relajación de las obligaciones parentales, ni una desidia en las responsabilidades como progenitor. Siendo ello así porque la responsabilidad es un componente indiscutible de la patria potestad, y ésta no se pierde ni se abandona cuando se atribuye la custodia a uno de los progenitores.

2.2.1.6. La opinión del menor en el derecho de visita.

Hasta ahora nos hemos centrado básicamente en el derecho de visita como un derecho otorgado por el ordenamiento para que el no custodio pueda desarrollar una de las funciones de la patria potestad en situaciones de no convivencia y solamente nos hemos referido al menor desde una posición de sujeto pasivo y claro beneficiario de este derecho²²⁷. Beneficiario porque es evidente que se persigue con el establecimiento de un régimen de visitas, es la protección del interés de los menores

²²⁴ ROGEL VIDÉ, pág. 266, cita dentro de los primeros, a ROCA TRÍAS y en los segundos se incluye y a RIVERO HERNÁNDEZ. CRESPO ALLUE, pág. 69, es firme partidario de que la responsabilidad en situaciones de crisis matrimoniales es de ambos progenitores con independencia de quien sea el custodio en el momento de los hechos.

²²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de León. Sección 2ª de fecha 21 -4-2004 (SP/ SENT/ 57691).

²²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres. Sección 1ª de fecha 14-4-2004 (SP/ SENT/ 57397).

²²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 150, rechaza la consideración de que el menor pueda ser sujeto pasivo de este derecho. Y el motivo de esta oposición se encuentra en el hecho de que al menor no se le puede exigir algo, porque la suya no es una posición de ser titular de un deber jurídico. Por lo que no se puede afirmar que sea sujeto pasivo del derecho de visita.

facilitando la relación con el progenitor no custodio²²⁸. Pero también es conveniente tener presente que puede ocurrir que el menor no quiera que el no custodio le visite. Partimos de la premisa inicial consistente en que el menor con madurez suficiente tenga derecho a ser oído en todos los asuntos que le afectan, por lo tanto siendo coherentes, no podemos oponernos a que en esta cuestión manifieste su opinión. La opinión puede no ser relevante, si esta viciada por agentes externos que no hagan que se manifieste con sinceridad²²⁹. Hay que diferenciar entre el derecho a manifestar su opinión sobre esta cuestión y otra muy distinta que se tenga que hacer caso a lo manifestado por el menor²³⁰. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, afirma que el derecho de visita no puede estar a disposición del menor, y que no se debe confundir su voluntad con su interés, puesto que ésta puede estar mediatizada²³¹. La Jurisprudencia sobre esta cuestión ha mantenido criterios diversos en atención sobre todo a la edad, madurez y a las circunstancias añadidas al caso²³². Por tal motivo, podemos encontrar sentencias en donde la voluntad manifestada por el menor, en contra del establecimiento de un régimen de visitas con respecto al progenitor no custodio, consigue que el Tribunal suspenda o simplemente no autorice su

²²⁸ VERDERA IZQUIERDO, pág. 71, la finalidad del derecho de visita no es sino el cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en su beneficio y dentro de su desarrollo. GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 151 y ss. Reconoce que el derecho de visita es un instrumento que fomenta la relación humana del padre con el hijo, permitiendo además poder ejercitar al no custodio la patria potestad durante el tiempo que los hijos se encuentran con él. De igual modo as lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha 4 de mayo del 2006 (SP/ SENT/ 92741).

²²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), pág. 6, se refiere al hecho de que la voluntad del menor puede estar “fácilmente mediatizada por el progenitor con quien convive”. Por lo que a veces no coincide sus deseos con su interés.

²³⁰ En la misma línea, ECHARTE FELÍU, pág. 170, manifiesta que no se debe de obligar al menor a tener un régimen de visitas porque puede ser claramente contraproducente, pero de igual modo también reconoce que no se puede dejar al criterio de lo manifestado por el menor, partiendo del hecho de que el menor, puede tener o no madurez. MONTERO AROCA (2002), pág. 103, se muestra partidario de que el menor manifieste su opinión al respecto, e incluso aporta un elenco de sentencias de distintos tribunales, donde un función de la edad del menor, se acepta que éste decida libremente sobre la conveniencia o no de las mismas. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Sección 5 de fecha 10 de octubre del 2001. SP/ SENT/ 33155 se establece que es imposible dejar al arbitrio de la menor la suspensión total de las visitas del progenitor no custodio.

²³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), pág. 6. De la misma opinión CASTILLA BAREA Y CABEZUELO ARENAS pág. 458, cuando afirma que si bien es un derecho para el menor, no puede quedar el mismo a disposición de éste.

²³² En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección, 22 de fecha 17 de febrero del 2005, SP/ SENT/ 87668. se suspenden las visitas del progenitor no custodio debido a que los hijos rechazaban este contacto y tras examinarlos se comprobó que no existía manipulación alguna por parte de la madre.

celebración²³³. Para un amplio sector de la doctrina e inclusive de la Jurisprudencia se considera que con una edad superior a los quince años no se puede imponer un régimen de visitas, dado que dicha imposición supone una falta de respeto al libre desarrollo de su personalidad²³⁴.

De igual modo y en sentido contrario, nos encontramos con sentencias que no se inclinan por respetar la voluntad contraria de no tener régimen de visitas, y acuerdan mantenerlo por el propio interés del menor²³⁵.

Más reciente en el tiempo, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 20 de octubre del 2011 (RJ/2011/6843) emite una resolución favorable a que la abuela se relacione con su nieto, pero con una matización importante “*sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto cuando tenga edad para ello y que habrán de hacerse en este caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas*”. Condiciona la

²³³ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona Sección 2 de fecha 17 de septiembre del 2008, (SP/ SENT/ 439937), que suspende las visitas del menor con su padre, hasta que las actuaciones terapéuticas aconsejen adoptar otra medida, debido a la oposición el menor, la cual no se debe a factores externos. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 3ª de fecha 13 de mayo de 2008, / SP/ SENT/ 172447), decide en virtud de lo manifestado por el menor de 16 años de edad. que se supediten las visitas a la voluntad del menor. Más significativa y a ella nos hemos referido dada la corta edad del menor 4 años, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22 de fecha 15 de septiembre de 2008 (SP/ SENT/ 426017) de rechazar las visitas solicitada por el abuelo por la oposición del menor. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1ª de fecha 15 de julio del 2008 (SP/ SENT/ 182843), acepta la decisión de la hija, de 16 años, para que sea ella la que decida sobre la ampliación del régimen de visitas que solicita el padre. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª de fecha 19 de julio del 2007 (SP/ SENT/ 149172), admite la decisión del hijo, pero para que se mantengan la visitas a pesar de la oposición de la madre.

²³⁴ CASTILLA BAREA Y CABEZUELO ARENAS, pág. 459.

²³⁵ En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 3ª de fecha 16 de marzo de 2006 (SP/ SENT/ 91736) se argumenta por la parte apelante, la madre, que se debe de respetar la voluntad del hijo de no querer continuar con las visitas de su padre. El Tribunal después de oír al menor, a pesar de que éste se ratifica en lo manifestado por la madre, decide que no puede quedar al arbitrio del menor el ejercicio de este derecho, en función de su propio interés. De igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª de fecha 30 de junio del 2009 (SP/ SENT/ 491199) no se tiene en consideración la voluntad del menor de 15 años que se opone al régimen de visitas con su padre, dado que como se ha demostrado, el mismo, no es contraproducente, ni nocivo, ni perjudicial. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña Sección 4ª, de fecha 18 de febrero del 2009 (Derecho de Familia nº 44. Septiembre 2009), no se tiene en consideración la opinión del menor de 15 años a pesar de su abierta hostilidad hacia las visitas de su padre. No obstante se acuerda un régimen de visitas restringido. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 22 de 29 de enero 2010 (*Revista Derecho de Familia nº 48, 2010.*) Los rechazos del hijo a la relación con la figura paterna carecen de argumentos válidos, fundándose en los sufrimientos de la madre, por lo que en su propio interés se acuerda establecer el régimen de visitas con el padre, recomendando que toda la familia reciba atención psicológica.

continuidad de la relación, a que el menor en su momento sea oído sobre la misma y manifieste su opinión sobre si es partidario o no de mantenerla.

Dados los cambios producidos en la sociedad, trasladados al ámbito del Derecho de Familia, tales como el matrimonio entre personas del mismo sexo, es útil reflexionar sobre el supuesto que puede darse en relación al derecho de visitas cuando el progenitor que ostenta dicho derecho ha declarado su orientación sexual homosexual o se ha cambiado de sexo y el que era hombre ahora es mujer o viceversa. La cuestión estriba en si es beneficioso para el menor que exista un régimen de visitas en esas circunstancias. ¿Puede el menor negarse con madurez suficiente a tener un régimen de visitas con su padre homosexual y permanecer en su casa en compañía de la pareja de su padre?. ¿Podemos obligar al menor en contra de su voluntad a que tenga que convivir con esa relación? Todas estas cuestiones no habían surgido con anterioridad a la reforma existente al respecto por eso, cada vez es más frecuente estos interrogantes. Hay que destacar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal 176/ 2008 de fecha 22 de diciembre, se ha pronunciado al respecto. Esta resolución judicial se produce a raíz de que un padre decide seguir un tratamiento hormonal dada su condición de transexual para cambiarse de sexo. La madre solicita la privación de la patria potestad, cuestión esta que no fue estimada, con buen criterio desde mi opinión por el Juzgado de Instancia. De igual forma solicita la suspensión del régimen de visitas dadas las circunstancias del padre. El Juzgado, da la razón a la pretensión de la madre y decreta una restricción al régimen de visitas las cuales, se desarrollarán en el Punto de Encuentro con presencia de los progenitores y especialistas. La argumentación del Juzgado no fue la condición sexual del progenitor sino que la solución era lo más beneficioso para el menor, dado que tenía que adaptarse a la situación. El padre recurre en Apelación siendo desestimado su recurso en base al interés del menor. Consiguientemente el padre recurre en amparo al Constitucional alegando que el motivo de la restricción del régimen de visitas no es el beneficio del menor sino su condición sexual. Al respecto el Tribunal Constitucional resuelve denegando el amparo al considerar, que la restricción no se produce por su orientación sexual sino porque se ha creado en el menor una situación de inestabilidad emocional debido al cambio de sexo de su progenitor, y esto puede repercutir negativamente en su estabilidad emocional y afectiva. De la sentencia es destacable la consideración que el interés del menor

actúa como contrapeso entre los derechos de los progenitores y por lo tanto la autoridad judicial tiene que resolver ponderando todos los intereses pero priorizando el del menor. Es destacable que la madre solicite la privación de la patria potestad, aunque esta opción no es ajustada a Derecho, y responde a la confusión existente entre guardia y custodia y patria potestad. No es de recibo pretender privar al padre de la patria potestad, porque con independencia de su orientación sexual, las funciones que supone ésta pueden y deben ser perfectamente desarrolladas por él en todo momento. Otra cuestión será el régimen de visitas que no se le suprime en su totalidad sino únicamente se le restringe y se le condiciona a una práctica razonable. ROBERTO COLOMA, afirma en relación con esta sentencia que lo que el ordenamiento jurídico le exige al padre es un “sacrificio” de sus derechos en aras del beneficio del hijo²³⁶.

2.2.1.7. Incumplimiento del régimen de visitas.

Las medidas judiciales relativas al régimen de visitas, son las que más incumplimientos producen, con el considerable problema en los procesos de ejecución²³⁷. La actitud contraria al cumplimiento de las medidas, bien por la negativa del hijo a relacionarse con el progenitor no custodio, bien la del custodio que dificulta la relación con el otro progenitor, negándose de forma sistemática a las mismas, supone un perjuicio para el menor. Esta cuestión, afecta de forma considerable al interés del menor, dado que éste se satisface, cuando se propicia por ambos el normal desarrollo de aquel con ambos progenitores²³⁸. La doctrina, aunque no de forma unánime, considera que los incumplimientos del régimen de visitas pueden ser considerados como un delito de maltrato psicológico de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código Penal²³⁹. Discrepo de esta opinión

²³⁶ ROBERTO COLOMA (2011), pág. 7.

²³⁷ SANTANA PÁEZ, pág. 790.

²³⁸ GARCÍA GARNICA (2009), pág. 218, reconoce que el interés del menor obliga para que sea adecuado el desarrollo del menor, que salvo que existan circunstancias que entrañen riesgo o peligro para el menor, éste se relacione manteniendo un contacto fluido tanto con el padre como con la madre, al margen de la ruptura. SÁNCHEZ LÓPEZ, pág. 36.

²³⁹ VERDERA IZQUIERDO, pág. 72.

porque se estaría introduciendo en el complicado mundo de las relaciones paterno-familiares el orden penal, lo que se contradice con el conocido principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Se puede concretar que los incumplimientos del régimen de visitas o estancias se pueden realizar por ambos progenitores, el custodio y el que no lo es, mediante dos formas de comportamiento.

La primera, causada por el custodio mediante la creación de obstáculos que hagan imposible su normal ejercicio. Se han dado casos de custodios que matriculan al menor en clases de música la tarde que tenía asignada el no custodio para visitar al menor. O bien, las repentinas enfermedades de los hijos sin justificación médica, justo el fin de semana que se tiene para estar con los hijos. O la intransigencia del custodio con respecto a la hora de recogida o entrega del menor, de tal manera que acuda a denunciar cada retraso, esté o no justificado²⁴⁰. El no facilitarle al hijo ropa de muda, cuando se va con el no custodio, lo que origina que tenga que tener éste en su domicilio ropa adaptada para el menor ante la carencia con la que se entrega²⁴¹.

La segunda, originada por el no custodio, mediante situaciones que podemos considerar perturbadoras, tales como acudir tarde sin justificar a recoger al menor, de tal manera que se le ocasiona un perjuicio al custodio. O no acudir a recogerlo el fin de semana que le corresponde, sin que haya avisado con antelación, con lo cuál, ocasiona un problema al custodio al haber programado el fin de semana sabiendo que no iba a tener a su cargo al menor.

Ante estos comportamientos, el ordenamiento jurídico tiene mecanismos de actuación, que deben ser utilizados de forma decidida por el progenitor que se vea afectado, principalmente en defensa del interés del menor a relacionarse con el no

²⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), págs. 270 y ss.

²⁴¹ A modo de ejemplo la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Baleares Sección 4ª de fecha 10 de marzo del 2009, (SP/ SENT/ 457708), en donde se dispone textualmente lo siguiente “ Con relación a la petición apelatoria de que se declare que el padre deberá tener un conjunto de prendas de vestir permanentemente en su casa, para el momento en que ejercer el régimen de visitas el menor, petición que se fundamentaba en unas pretendidas pérdidas constantes de ropa durante el traslado del niño los fines de semana; considera la Sala no susceptible de estimación, al no probarse ni las continuas pérdidas de ropa, ni la necesidad de que exista una duplicidad de avíos para vestir al niño cuando se traslada para el régimen de visitas.”

custodio²⁴². La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone el procedimiento de ejecución forzosa atribuible a estos supuestos y reguladas en el artículo 776.2 y 3 de la LEC ²⁴³. Este procedimiento se aplica al incumplimiento del régimen de visitas, sin que exista a juicio de la doctrina una regulación específica procesal lo que supone una inseguridad jurídica que debe ser subsanada por la variada casuística jurisprudencial de la Audiencias Provinciales²⁴⁴. Como nota destacable con respecto a la ejecución forzosa, señalar que será preciso oír al menor implicado en el conflicto que ha originado el procedimiento de ejecución, aunque siguiendo la actual línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en la Sentencia 163/09 de 29 de junio del 2009, no será necesario que la exploración se haga judicial bastando para ello que la opinión haya sido recabada por otros medios, como puede ser en los Equipos Técnicos.

En las ejecuciones forzosas se suele esgrimir con bastante frecuencia por el progenitor incumplidor el interés del menor como fundamento de su oposición. Se utiliza en estos casos como criterio o principio que, de ser estimado, puede anular el derecho que tiene el progenitor a relacionarse con el mismo menor. Aunque deberá ser probado que en aras del interés del menor se debe admitir su oposición al cumplimiento de un régimen establecido de visitas y estancias. De igual forma, se suele apoyar la oposición al incumplimiento en la supuesta negativa del menor a relacionarse con el no custodio. En estos supuestos hay que determinar si realmente existe una oposición o bien simplemente se utiliza dicho motivo de oposición por el custodio sin que exista fundamento alguno²⁴⁵. Porque en sede de ejecución no puede sustentarse la suspensión del régimen de visita en la negativa del menor sin que

²⁴² GARCÍA GARNICA (2009), pág. 207, afirma que nuestro ordenamiento jurídico ante los supuestos de incumplimiento tiene una “ respuesta clara y contundente”-

²⁴³ Ambos preceptos se han visto modificados por la Ley 13 /2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la aplicación de la oficina judicial, estableciendo que la sanción para el caso de incumplimiento de las obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo y las derivadas del régimen de visitas deberán de ser aplicadas por el Tribunal.

²⁴⁴ SÁNCHEZ LÓPEZ, pág. 40.

²⁴⁵ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid , Sección 22 de fecha 29 de enero del 2010, (*Revista de Derecho de Familia N° 48. 2010, pág. 187*) se reconoce que los rechazos del hijo a relacionarse con su padre, alegados por la madre carecen de fundamento alguno, y su existencia se debe a la solidaridad del hijo para con el sufrimiento de la madre por la ruptura. Se recomienda tratamiento psicológico en caso de que la relación con el padre no se normalicen.

realmente exista un perjuicio real²⁴⁶. Deberá el Juzgador utilizar por un lado los servicios del Equipo Técnico encaminados a informar sobre la cuestión en los términos de averiguar si está influenciado negativamente por el custodio o si por el contrario nos encontramos en supuestos de Síndrome de Alienación Parental, cuestión que será tratada más adelante. Es conveniente que se realice la audiencia por parte del Juzgador para que de forma personal perciba su opinión y la valore en consecuencia. No obstante, hay que tener presente que el interés puede en esta ocasión no ser del todo concluyente, porque si es beneficioso que se relacione con su progenitor, también lo es, que no se vea obligado a relacionarse con el no custodio de forma obligatoria²⁴⁷. Evidentemente, el adoptar actitudes coactivas para obligarlo a relacionarse no es muy adecuado, dado que puede afectar de forma negativa su desarrollo evolutivo. Cuando los menores han alcanzado una edad en donde la madurez está plenamente desarrollada, difícilmente se puede ir contra la voluntad de éstos de forma coactiva²⁴⁸. Otra cuestión será que se articulen mecanismos para que de forma progresiva se relacionen con el no custodio en aras del desarrollo de su verdadero interés, debiendo ser flexibles y otorgar más libertad a los hijos para que opten voluntariamente por los momentos que consideren más oportunos para relacionarse con el no custodio. De ahí la necesidad que se escuchen sus opiniones de forma general al respecto y en particular sobre el momento más oportuno²⁴⁹.

En cualquier caso, y con independencia de la causa, el progenitor que incumple debe ser requerido, para que proceda al cumplimiento en los términos establecidos de forma personalísima, siéndole concedido un plazo para cumpla sin

²⁴⁶ GARCÍA GARNICA, (2009), pág. 244.

²⁴⁷ Así se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de 30 de abril del 2009 (*Revista de Derecho de Familia*, Nº 45, pág. 169 y ss. En esta resolución judicial se reconoce que la utilización de medios coactivos para obligar al menor de 11 años a relacionarse con su progenitor no custodio pueden ser contraproducentes, por lo que se resolvió que se procediera de forma paulatina a iniciar contactos con el padre en el punto de encuentro y bajo la supervisión de los psicólogos. En términos parecidos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de 17 de junio de 2008 (*Revista de Derecho de Familia* Nº 42 .pág. 245 y ss. En este caso el Tribunal suspende el régimen de visitas al no poder serle impuesto a la menor de catorce años de edad, un régimen que rechaza y que le causa perturbación desde el punto de vista psicológico.

²⁴⁸ GARCÍA GARNICA (2009), pág. 209, se pregunta si en estos supuestos se debe salvaguardar el interés del menor obligándolo a relacionarse con el progenitor no custodio a pesar de la oposición del menor. Incluso habla de la posibilidad de considerar como maltrato psicológico la actitud del progenitor obstruccionista, en referencia a la utilización que se hace del menor.

²⁴⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), pág. 7.

perjuicio de formular oposición a la ejecución en el tiempo y forma establecido. Las consecuencias del incumplimiento pueden acarrear como efecto más perjudicial la suspensión o extinción del régimen de visitas o estancias, y en caso del custodio la modificación de la custodia a favor del otro progenitor²⁵⁰. El ordenamiento jurídico dispone en su artículo 776.2 de la LEC que se podrán imponer multas coercitivas y la responsabilidad penal al haberse incumplido una resolución judicial clara y acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 556 y 622 del Código Penal. De las distintas posibilidades que existen para evitar el incumplimiento del derecho de visita, la que sin duda es más discutible es la referente a la posibilidad de modificar la custodia en el sentido de atribuirla al progenitor que padece las consecuencias del incumplimiento al no poder relacionarse con su hijo. Esta medida no debe ser vista como un castigo al incumplidor y un premio al perjudicado, sino que es producto de la necesidad de defender el interés del menor a relacionarse con sus progenitores, cuestión ésta que es fundamental para entender esta medida. Lo que es innegable es que la medida, de adoptarse, supondrá un cambio importante en el propio menor y que afectara su desarrollo evolutivo, cuestión esta que deberá ser valorada por el Juzgador con carácter previo a la adopción de la medida, para evitar precisamente causarle un perjuicio, estableciendo un sistema progresivo que permita el desarrollo de la misma. Este cambio en la guardia y custodia no tiene que suponer un perjuicio, sino todo lo contrario, puesto que permitirá la relación con ambos progenitores, lo que es de vital importancia para su desarrollo evolutivo, constituyendo un reflejo de su interés.

No obstante el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 31 de enero del 2012 (RJ/ 2013/927) no lo ha entendido en estos términos. En esta resolución, se estima el recurso de casación interpuesto por la madre de un menor, a quien por un procedimiento de modificación de medidas, se le había retirado la custodia, otorgándola al padre, dado que la madre se había trasladado a los Estados Unidos con el hijo, lo que dificultaba la relación existente entre el hijo y su padre. El Juzgado de

²⁵⁰ SANTANA PÁEZ, pág. 794, formula como medidas a adoptar por el Juzgador en un supuesto de incumplimiento del régimen de visitas las siguientes; La suspensión temporal o definitiva o la limitación al régimen de visitas, la imposición de multas coercitivas mensuales, la modificación del régimen de custodia, el condicionar las visitas al seguimiento por parte del progenitor incumplidor de tratamiento psicológico o psiquiátrico en su caso, e imponer terapia familiar a todos los miembros de la familia, y adoptar la decisión de la privación de la patria potestad.

Primera Instancia había admitido parcialmente la estimación del padre y le había otorgado la custodia del menor, estableciendo un régimen temporal para que el menor se adaptara a convivir con su padre, sin perder la relación con la madre. La madre recurrió en apelación, siendo desestimada su pretensión. Por su parte el Tribunal Supremo reunido en Pleno dictó la Sentencia nº 823/2012, en donde se estima el recurso de casación interpuesto por la madre, con el argumento siguiente:

1. El Tribunal reconoce el incumplimiento de la madre, quien se trasladó a los Estados Unidos de forma unilateral, dejando cumplir los compromisos asumidos en orden a facilitar la relación del hijo con el padre, pese a las múltiples actuaciones judiciales que se llevaron con tal finalidad desde el año 2006 en que se evitó cualquier contacto con su padre.

2. El menor de 10 años de edad, pasó seis con la madre en Estados Unidos sin contacto alguno con su padre. En dicho país estaba integrado plenamente con amigos y con un fuerte vínculo afectivo hacia su madre.

3. En base al interés del menor y a pesar de reconocer que para el desarrollo del menor es conveniente que mantenga relación con ambos progenitores, se estima el recurso de casación de la madre. Se justifica esta resolución con el argumento que dado los vínculos afectivos con esta el cambio de custodia que exigía un cambio de residencia del menor y un traslado de la madre y del hijo a España, *“supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con otra persona(su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce”*.

La argumentación de la Sentencia, permite realizar determinadas reflexiones.

En primer lugar, es notorio que la resolución contradice lo dispuesto en la norma que posibilita la modificación de la medida inicial de atribución de la custodia, cuando se produzcan incumplimientos por parte del custodio. Aunque en la propia Sentencia para justificar esto se argumenta que *”esta posibilidad no debe ser entendida como una sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben de ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador.”*

En segundo lugar, el Tribunal Supremo aunque hace referencia en su Sentencia, omite la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce que la relación del menor con el no custodio representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8º del Convenio.

En tercer lugar, el argumento definitivo de la resolución se fundamenta en el interés del menor, concretando que éste es que continúe con la madre dado el vínculo afectivo y el tiempo transcurrido sin tener relación con el padre. Por lo tanto, el Alto Tribunal considera en este caso concreto, que para el menor que tiene diez años, el regresar a España con su padre de forma progresiva tal y como recoge la Sentencia casada, sin que ello suponga perder la relación con la madre, es contrario a su interés. Por el contrario, permanecer fuera de España, con su madre y sin relación con su padre, es beneficioso para su interés. Es difícil compartir esta argumentación jurídica, que contradice el principio aceptado de forma general, que para el desarrollo del menor es conveniente tener relación efectiva con ambos progenitores, con independencia de la ruptura de éstos. De igual forma el Alto Tribunal, no fundamenta su resolución en estudios psicológicos del menor, ni en pruebas periciales, sino únicamente en la consideración que se formula en su fundamento tercero. Es innegable que esta resolución judicial teniendo presente los argumentos en los que se fundamenta, transmite, aunque no sea esa la intención del Alto Tribunal, un mensaje negativo en el sentido que si el progenitor custodio traslada al menor fuera de España durante un periodo de varios años sin que mantenga contacto con el no custodio, la legítima pretensión del padre deberá ser rechazada por los Tribunales españoles en interés del menor al mantener un vínculo afectivo con la madre, lógico por otra parte, teniendo presente que con su conducta ha evitado la relación del hijo con éste. No obstante y en aras de la objetividad, la resolución no impide que el padre se relacione con el hijo, porque el Alto Tribunal solamente casa la Sentencia de la Audiencia y por ende de la Primera Instancia, sin que ello suponga que se invalide la Sentencia original donde a la madre se le atribuye la custodia y se establece un régimen de visitas a favor del padre. Otra cuestión será que los antecedentes que fundamentaron la batalla judicial del padre, hagan pensar que la madre no este

dispuesta a permitir dicho contacto entre ambos, sin olvidar que la distancia geográfica entre los dos domicilios no hace muy factible una relación fluída.

De igual forma se ha considerado por el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala Primera de fecha 30 de junio del 2009 que existe una responsabilidad susceptible de indemnización por daños morales, atribuible al custodio que dificulta la relación del hijo con el no custodio, al disponer “ *hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor* ”. Esta posibilidad indemnizatoria no ha sido bien acogida por algún sector de la doctrina que considera que no es adecuado la indemnización económica ante un incumplimiento porque el progenitor no custodio no genera un derecho económico al verse privado de su relación con el menor, sobre todo porque de generalizarse esta posibilidad indemnizatoria habría que determinar el grado de culpabilidad del progenitor custodio y ello daría lugar a abrir otro frente en esta problemática²⁵¹.

En el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, se pretende añadir un nuevo artículo el 92 bis del CC, en donde en su apartado 8 se regula “*Las medidas establecidas en los artículos anteriores (entre las que se incluye el derecho de visita , que ahora se llama estancia, relación y comunicación) se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor*”. De igual forma se pretende modificar el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al regular en su apartado 3º en coherencia con lo anteriormente expuesto que ante un incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones emanadas del ahora llamado régimen de estancia, relación y comunicación, el Tribunal podrá modificar o suspender dicho régimen. Apuesta el legislador por la posibilidad, siempre que así lo aconseje el interés del menor, de suspender o modificar en caso de incumplimiento reiterado y grave de los deberes referentes a las obligaciones y derechos que se incardinan

²⁵¹ ROMERO COLOMA (2011), pág. 3, cita a Andrés Joven para exponer la doctrina que no es partidaria de la indemnización en supuestos de incumplimiento de derecho de visitas. En sentido contrario si es partidaria de la indemnización SANTANA PÁEZ, pág. 808.

dentro del derecho de visita en sus tres versiones, la estancia, la relación y comunicación.

2.2.2. El derecho a la información del progenitor no custodio.

Una de las consecuencias del ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia es la pérdida por parte del progenitor no custodio de la relación permanente con los hijos. Por lo que adolece de información continua sobre la marcha de éstos. Esta situación origina que se transforme el derecho a conocer permanentemente todo lo relativo a los hijos, en un derecho a ser informado por el custodio de los aspectos más importantes de la vida del menor, tales como la educación, sanidad y demás informaciones relevantes.

Otro de los derechos que se suele incumplir en detrimento del interés del menor y del progenitor no custodio, es el disponer de información sobre la salud, educación o el lugar donde se encuentra el menor. Dicha información debe ser facilitada por el custodio, sin perjuicio de ser adquirida directamente del colegio, centro sanitario, etc. Si el progenitor no custodio no pierde su condición de sujeto titular de la patria potestad, que permanece inalterable, corresponde reclamar el derecho a ser informado de todo lo que le acontece al menor. Este derecho a la información, se sustenta en la obligación que sigue teniendo el no custodio de conocer todo aquello que afecta a su hijo. No es un derecho a ser informado solamente por curiosidad, sino que el ser informado lleva implícito un deber de vigilar el desarrollo del menor. Y esta vigilancia genera la posibilidad de actuar al respecto en beneficio del menor²⁵². Además esta obligación-derecho a ser informado, genera que el no custodio tiene, si el caso lo requiere, posibilidad real de prestar la ayuda necesaria para que el problema en caso de haberlo con el menor, se solucione de la mejor manera posible. No es beneficioso para el interés que el no custodio reclame el derecho a ser informado sobre la enfermedad de su hijo y una vez informado, se oponga al gasto que pueda suponer el tratamiento de la enfermedad, o se niegue a ayudar en el cuidado y atención del menor. Es destacable que, dada la

²⁵² ECHARTE FELÍU, pág. 104.

importancia de este derecho para el desarrollo del menor, no este regulado en nuestro ordenamiento civil. Efectivamente no se encuentra regulado el derecho a ser informado en el Código Civil, puesto que en su artículo 94, no se habla del derecho de solicitar y prestar información sobre el menor, por parte de ambos progenitores²⁵³. Tampoco el legislador en ninguna de las modificaciones posteriores ha incluido este derecho en la norma tal vez por considerar que se encuentra subsumido dentro de otras más generales, los derivados de la patria potestad. En cualquier caso parece que tendrá más oportunidades el legislador de introducir el derecho en nuestro ordenamiento de forma clara, puesto que es una necesidad que cada vez se hace presente en el día a día de las relaciones surgidas de situaciones de crisis matrimonial. El derecho a ser informado en estas cuestiones puede ser introducido a nivel particular en los Convenios Reguladores o inclusive en las medidas definitivas adoptadas en un procedimiento contencioso por parte del Juez. De hacerlo así vincularía al progenitor custodio de tal manera que su incumplimiento daría lugar a que se pudiera iniciar el correspondiente mecanismo establecido en nuestro ordenamiento para hacer cumplir las obligaciones establecidas en cuanto a las relaciones paterno-filiales.

La carencia de este derecho, en la práctica más habitual, se da en el ámbito educativo. Lo normal es que las autoridades académicas de un centro escolar, a quien informen habitualmente de la marcha del menor es al custodio. No obstante, el Centro Escolar tiene la obligación de informar al no custodio, puesto que este derecho viene recogido en el Reglamento de Organización y Funcionamiento (ROF). Así pues, salvo orden judicial en contrario, las instituciones públicas o privadas deberán facilitar la información sobre la marcha educativa de los hijos a ambos progenitores, sin distinción de quien es el custodio o no²⁵⁴. Pero no solamente es una

²⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 198, elogia que en el ordenamiento jurídico alemán este regulado este derecho a recibir información por parte del custodio.

²⁵⁴ El marco normativo del ROF esta delimitado por la LODE, Derechos Orgánicos de Gobierno de los Centros, por el Real Decreto sobre Derechos y Deberes de los alumnos Decreto 85/ 1999, de 6 de abril, la LOGSE, las Ordenes de comienzo de curso, y las Resoluciones sobre organización y funcionamiento de los centros. Salvo orden judicial en contrario, el procedimiento para que el progenitor no custodio pueda obtener información directa sobre los resultados escolares de sus hijos es el siguiente:

1. Solicitar por escrito al Centro dirigido a la Dirección, a la que acompañaran copia fehaciente de la sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad, que desean recibir información sobre el proceso de evaluación de sus hijos.

cuestión de obtener una información, sino que esa información debe llevar aparejada la actividad relacionada con la misma. De tal forma que si el no custodio no recibe información de la educación de sus hijos por parte del propio Centro, difícilmente podrá acudir a reuniones con los profesores, tutores o inclusive a la asistencia de eventos deportivos importantes para el menor. Esta cuestión que puede parecer baladí, no lo es porque el hecho de que no se acuda por parte del progenitor no custodio a reuniones con los tutores es entre otro, uno de los elementos para denegar la petición de la custodia para el padre en apelación por los Tribunales²⁵⁵.

Si el progenitor no custodio, decide o considera que debe cambiar la situación lo único que le queda es acudir al Juzgado y solicitar al Juez que obligue al custodio a facilitar información sobre los temas relativos a su hijo. Para solucionar el problema se debe incentivar la responsabilidad parental y evitar que el custodio se considere como portador de un “cheque en blanco”²⁵⁶. Que ambos progenitores se sientan responsables de la educación y desarrollo personal de sus hijos. Que ninguno de ellos se sienta en exclusividad garante de la vida de los hijos, porque deben de comprender que la educación y desarrollo de los hijos debe ser una tarea de ambos, con independencia de que por determinadas circunstancias se encuentren separados el uno del otro. De actuar así se estará garantizado que el interés del menor que todos los progenitores dicen defender se haga una realidad efectiva.

-
2. Si el fallo de la sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad contuviera declaración expresa sobre el particular, el Centro se atenderá estrictamente a lo que en ella se disponga.
 3. Si el fallo de la sentencia no contuviera declaración sobre el particular, el Centro deberá remitir información sobre el rendimiento escolar de su hijo al progenitor que no tiene encomendada la custodia del alumno, siempre que no haya sido privado de patria potestad.
 4. El Centro no entregará notas al progenitor privado de patria potestad, salvo por orden judicial.

²⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, Sección 4, 342/ 2008, de fecha 16 de julio 2008 (RDF nº 25, 2008) En la misma se deniega la custodia al padre, entre otros razonamientos, por el hecho de “*que es la madre la que asiste a las reuniones que se llevan a cabo en el Colegio, así como a las convocatorias por las respectivas tutoras de sus hijos a fin de dialogar sobre el desarrollo integral de los mismos, asistiendo con los niños a las salidas culturales recreativas. Por otra parte consta que la madre lleva a sus hijos a las distintas competiciones deportivas en las que participan...*”.

²⁵⁶ TOVAR ESCUDERO, pág. 117.

2.2.3. La vivienda en situaciones de no convivencia.

La protección de la vivienda familiar en nuestro ordenamiento jurídico se regula tanto en situaciones de normalidad, como en situaciones de crisis de la pareja y la finalidad no es otra que la protección de la familia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución de 1978²⁵⁷. En situaciones de normalidad, la protección se concreta en el artículo 1320 del CC, que establece que la disposición de los derechos de la vivienda, aunque la vivienda sea de uno sólo de los cónyuges, requerirá del consentimiento de ambos o de resolución judicial.

En los procesos de ruptura, el Juez, salvo que exista acuerdo de los progenitores, determinará la atribución del uso con respecto a la vivienda familiar, no a las segundas viviendas, salvo que en un Convenio Regulador presentado para su ratificación se haga referencia en su caso a éstas. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo del 2012 (ROJ 3057/2012), dispone “*En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.*”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, en caso de desacuerdo de los progenitores, el uso de la vivienda familiar junto con los objetos de uso ordinario le corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Se entiende que el derecho de uso abarca tan solo la posibilidad de la utilización material de la vivienda, no amparando la posibilidad de la realización de todas o algunas de las posibilidades vinculadas a la titularidad dominical²⁵⁸. Por lo que existiendo hijos, el no custodio estará obligado a abandonar la vivienda familiar, y deberá de instalarse en otra donde recibirá y convivirá con los hijos, cuando se inicie su periodo de guarda.

El fundamento de lo dispuesto en el artículo 96 del CC en torno a la atribución del uso de la vivienda a los hijos es garantizar, como interés más

²⁵⁷ FERNÁNDEZ RAMALLO, pág. 54.

²⁵⁸ PÉREZ UREÑA (2008), pág.49.FERNÁNDEZ RAMALLO, pág. 56. CERVILLA GARZÓN (2003), pág. 22.

necesitado de protección, la necesidad de disponer de una vivienda en donde alojarse en el mismo entorno en que se ha desarrollado su convivencia hasta producirse la crisis familiar²⁵⁹. El mantenimiento de los hijos en la vivienda familiar tras la ruptura es un elemento muy importante en relación con el interés del menor y por lo tanto no puede separarse del mismo²⁶⁰. SALAZAR BORT postula que el hecho que se atribuya el uso de la vivienda al menor es una consecuencia práctica y real de la defensa del interés. El menor con anterioridad a la ruptura de sus progenitores ha desarrollado su vida en un entorno concreto constituido por la vivienda familiar. Si tras la ruptura tiene que abandonar la vivienda, también lo hace del entorno en donde ha desarrollado su evolución, por lo que claramente se le perjudica. El desarrollo evolutivo es, a juicio del autor, una cuestión que el ordenamiento jurídico debe proteger, por lo que el mantenimiento en la vivienda familiar tras la ruptura es fundamental para garantizar este desarrollo²⁶¹. En el Derecho comparado también se protege este interés del menor a permanecer en la vivienda familiar. En el Derecho Francés, siguiendo a SALAZAR BORT, se protege incluso cuando la propiedad no sea de ninguno de los progenitores o sea arrendada. En el Derecho alemán se considera la medida como un instrumento para que los menores puedan permanecer en el entorno que le es conocido. El cambio del entorno y la consiguiente pérdida de amigos, compañeros de escuela, profesor, etc es un perjuicio que debe ser evitado. En el Derecho Inglés, la protección del menor, se concreta en ser contrarios al cambio de residencia²⁶².

Es destacable, como señala la doctrina, que el verdadero titular del derecho de uso son los hijos, destinatarios directos de tal asignación, y no el progenitor custodio, a quien se le atribuye el derecho indirectamente “per relationem”, por haberle otorgado la custodia, si son menores, o de la voluntaria convivencia de los hijos con el mismo, si son mayores de edad²⁶³.

²⁵⁹ ESPINOSA CONDE, pág.2. PÉREZ UREÑA (2008), pág. 58.

²⁶⁰ CERVILLA GARZÓN (2003), pág. 47. ALASCIO CARRASCO (2011), pág.23.

²⁶¹ SALAZAR BORT, págs. 97 y ss.

²⁶² SALAZAR BORT, págs. 86 y ss.

²⁶³ GONZÁLEZ DEL POZO (2010), pág. 3.

Esta concepción proteccionista del artículo 96 del CC ha sido cuestionada en los últimos tiempos. A partir de año 2005 y sobre todo a raíz de la Ley 15/2005, se comenzó a intensificar la crítica a este precepto y la petición al legislador que lo modificara en lo referido a la atribución a los hijos de la vivienda familiar. Así, en el II Encuentro Institucional de jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 23,24 y 25 de noviembre de 2005 se aprobó una conclusión en los siguientes términos *“Hubiera sido deseable la reforma del artículo 96 del CC, en el sentido de que quedara garantizado siempre el derecho de habitación del menor, sin necesidad de que se imponga con carácter rígido la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor con el que resida. La reforma adolece de no haber alterado el sistema anterior para adaptarlo a las nuevas circunstancias sociológicas y a la institución de la custodia compartida, por lo que se reclama una puntual modificación de este aspecto”*²⁶⁴. Esta misma petición se realizó en el III Encuentro celebrado en el año 2008 y en el IV Encuentro celebrado en octubre del 2009, siguiendo la misma línea se reitera la petición de reforma del citado precepto pero con una nueva perspectiva *“Se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender así mismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a tercero o adjudicación a una de ellas”*²⁶⁵.

Si bien es reconocido que el fundamento del artículo 96 del CC es la protección del interés del menor, para cierto sector de la doctrina, no se alcanza a comprender que la protección del menor tenga que pasar de forma exclusiva por la atribución a los mismos del uso exclusivo del domicilio familiar, si es posible cubrir dicha necesidad asegurándoles el derecho a habitar otra de características similares a

²⁶⁴ El II Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia se celebró en Madrid, los días 28,29 y30 de noviembre de 2005 (EDO 2005/187476).

²⁶⁵ . El III Encuentro se celebró en Madrid los días 28,29 y30 de octubre del 2008 (EDO 2009/7627). El IV Encuentro se celebró en Valencia, los días 27,28 y 29 de octubre del 2009 (EDO 2010/ 487).

la que fue su domicilio antes de la ruptura²⁶⁶. Los partidarios de la modificación de lo establecido en el artículo 96 del CC, parecen olvidar que el interés del menor ha de prevalecer sobre el interés de los progenitores. Se defiende una concepción exclusivamente en su aspecto material, sin tener en cuenta que el interés es más complejo que la ubicación temporal en una determinada vivienda.

2.2.3.1. Si existen hijos mayores de edad.

Se ha venido entendiendo que los hijos mayores de edad, si no están independizados, se integran dentro de la protección que se hace a los menores de edad en el artículo 96, aunque el precepto no los menciones²⁶⁷. La Jurisprudencia menor ha mantenido en su sentido mayoritario la interpretación que deben incluirse en la protección de los hijos menores, aunque se ha resuelto en ocasiones en sentido contrario. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 10 de febrero del 2000 (RJ 2000/317) se afirma que el derecho viene referido a los hijos menores de edad, por lo que siendo mayores y si la vivienda es del progenitor que ha de salir de ella, cesa tal derecho.

El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 30 de marzo del 2012 (ROJ 2159/2012), en un caso donde se discute el uso de la vivienda con hijos mayores de edad, determina en consonancia con la Sentencia de fecha 5 de septiembre del 2011, que existiendo hijos mayores de edad, debe aplicarse análogamente lo dispuesto en el artículo 96.3 del CC, puesto que alcanzada la mayoría de edad, la necesidad de habitación del hijo, no debe ser un factor vinculante para concederle el uso de la vivienda, sino que su necesidad debe ser objeto del artículo 142 del CC. Así se recoge en la Sentencia *"Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así*

²⁶⁶ LÓPEZ-BREA MARTINEZ, pág. 3. PÉREZ UREÑA (2008), pág. 62.

²⁶⁷ PÉREZ UREÑA (2008), pág.59.

lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el Art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores. Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el Art. 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.”

2.2.3.2. Límite temporal de uso de la vivienda.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril del 2011(RJ/ 2011/3590), refleja las dos líneas seguidas por la Jurisprudencia menor. La primera, partidaria de que se estableciera una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda, permitiendo que pudiera extinguirse este uso siendo menor y dependiente el hijo. La segunda no admite una limitación temporal del uso y disfrute de la vivienda familiar, que supondría una privación de este derecho de uso a los menores. El Tribunal Supremo, siguiendo la línea Jurisprudencial de la Sentencia de 9 de mayo del 2007(RJ 2007/ 3561), impone que no existe límite temporal mientras los menores lo sean, porque lo que se protege no es el derecho de propiedad sino el derecho que tiene el menor en situación de crisis de pareja.

No obstante, hay partidarios en la doctrina de la posibilidad de atribuir el uso de forma temporal²⁶⁸. Esta posibilidad aparece recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio del 2013 (JUR/ 2013/218703), en donde se atribuye

²⁶⁸ FERNÁNDEZ RAMALLO, pág. 75.

por un periodo de tres años el tiempo de uso de la vivienda familiar, al no precisar el hijo la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, mediante la existencia de otra vivienda alternativa que reúna las condiciones para satisfacer el interés del menor. En esta resolución judicial se adopta esta decisión porque, dadas las particularidades concretas, es posible adoptar esta medida que favorece al no custodio y en principio no altera ni perjudica el interés del menor. Es innegable que esta resolución judicial puede suponer un cambio importante en la concepción de permanencia del uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge con el que conviven los hijos. Sobre todo cuando efectúa la siguiente reflexión *“La atribución del uso al menor y al progenitor, precisan las SSTS de 29 de marzo del 2011 y 5 de noviembre de 2012, se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art 7 del CC”*. Pero hay que tener presente que se produce porque en el asunto concreto se dan las circunstancias necesarias, lo que no suele ser habitual, como la existencia de dos viviendas familiares de similares características, que hacen posible la adopción de la medida sin que la misma suponga en modo alguno un perjuicio para el menor. Y prueba de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo del 2013 (RJ 2013/2174), donde no se acepta la solicitud presentada por el padre para recuperar la vivienda familiar a pesar que los abuelos maternos habían cedido una vivienda de su propiedad para la madre y sus nietos. Argumenta el Alto Tribunal que, a pesar de esta cesión, la misma puede ser revocada por lo que el interés de los menores no está garantizado al ser la vivienda propiedad de un tercero. Por lo que existiendo la posibilidad de dos viviendas, no se acepta el retorno de la familiar al padre, precisamente por el interés del menor al no estar completamente garantizado que su permanencia en la vivienda cedida sería permanente hasta el límite natural de la independencia.

2.2.3.3. En ausencia de hijos.

En caso de que no existan hijos, en principio tanto la doctrina como la Jurisprudencia a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 /11/ 1998 (TOL 2257), que realiza una interpretación extensiva del artículo 96.3 del CC, se muestran mayoritariamente favorables a que se conceda al progenitor más necesitado²⁶⁹. No obstante existen partidarios que, ante la ausencia de hijos, consideran correcto atribuirle la vivienda al cónyuge titular de los derechos de la misma²⁷⁰.

La última Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de fecha 14/1/2010 (TOL 1840576), y 18/1/ 2010 (TOL 1793037), reconoce que el derecho al uso de la vivienda familiar concedida en resolución dictada en proceso matrimonial, no es un derecho real sino de carácter familiar cuya titularidad corresponde al progenitor a quien se le otorgue la custodia de los menores, o aquél a quien se le atribuye por estimarse la existencia de un interés más necesitado de protección. No obstante hay que tener presente que en una Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 5 /9/2011 (TOL 2251711) se ha establecido como Jurisprudencia que se puede atribuir el uso de la vivienda al progenitor que va a vivir sólo tras la ruptura conyugal, aunque los hijos mayores de edad convivan con el otro progenitor, debido a que el interés de la madre era el más necesitado de protección. Por lo que el Tribunal Supremo se muestra contrario a que en casos de hijos mayores de edad, su interés se considere prevalente frente al del progenitor más necesitado. Por lo que la atribución de la vivienda en estos supuestos se llevará a cabo en caso que no exista acuerdo entre los cónyuges teniendo presente, no la existencia de hijos menores, sino la situación del más necesitado.

Puede ocurrir aunque no suele ser habitual, que los hijos se atribuyan a cada uno de los progenitores, en este caso y según la doctrina se deberá tener presente para resolver la cuestión, la edad de los hijos, las discapacidades físicas o psíquicas,

²⁶⁹ CASTILLEJO MANZANARES, pág.367, DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 13. VIÑAS MAESTRE (2012) pág. 12. GUILARTE MARTÍN CALERO (2005), pág. 174. CERVILLA GARZÓN (2009), pág. 61. TAPIA PARREÑO, pág. 238. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 12. DÍAZ MARTÍNEZ, pág.1000. En este sentido Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18, de fecha 21/2/ 2008(LA LEY 227936/ 2008).Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 5 /9/2008(LA LEY 107608/2008).

²⁷⁰ FERNÁNDEZ RAMALLO, pág. 63.

el número de hijos que convivan con cada cónyuge u cualquier otra circunstancia de importancia para el núcleo familiar²⁷¹.

2.2.3.4. La vivienda en el Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental.

El Anteproyecto de Ley en relación con la atribución de la vivienda en supuestos de ruptura, pretende la modificación del actual artículo 96 del CC en los siguientes términos.

En primer lugar el Juez, siempre que lo considere conveniente para la protección del interés del menor, aprobará las medidas adoptadas o pactadas por los progenitores sobre el lugar de residencia de los menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos. Se atribuye al Juzgador la potestad de no aceptar el acuerdo de los padres si éste es contrario al interés del menor, cuestión esta que no es una novedad propiamente dicha, dado que al primar el interés del menor por encima de cualquier otro, cualquier decisión de los padres, aunque sea adoptada de común acuerdo, estará supeditada al control judicial para comprobar que no sea contraria al interés.

En segundo lugar, si no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar se entiende que por los padres, la atribución de su uso será establecido por el Juez en función del interés del menor. Este aspecto es novedoso porque, ante la falta de acuerdo, el uso de la vivienda no será atribuido de forma automática a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, sino que el Juez tiene plena facultad para atribuir su uso teniendo como único límite el interés del menor. Para fijar los criterios en este supuesto, se pretende en la modificación que el Juez atribuya la vivienda al progenitor que tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, siempre y cuando el régimen de guardia y custodia fuera alterna, o bien si los cónyuges no tuvieran hijos o fueran mayores de edad. Por lo tanto se pretende que si no hubieran hijos o estos fueran mayores de edad, se la atribuya en caso de no existir acuerdo, al cónyuge que tenga dificultades en acceder a una vivienda. Lo que debe entenderse como que carezca de vivienda propia o bien que su situación económica le impida acceder a una, no especificando si es en régimen de propiedad o

²⁷¹ DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1005.

arrendamiento. En caso de custodia compartida, la vivienda familiar se atribuirá su uso a quien tenga dificultades de acceso a otra vivienda, no a los hijos, ni tampoco al más necesitado de protección.

En tercer lugar y como excepción, aunque existan hijos menores o incapaces, se le otorga al Juez la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda al no custodio, si es el más necesitado, y el custodio tiene medios suficientes para cubrir las necesidades de vivienda para él y para los menores. Por lo tanto, y como novedad, el tener atribuida la custodia de los hijos no implica la atribución automática de la vivienda familiar en los supuestos que se pretende. Esta excepción modifica la concepción establecida en el Código Civil de quien tuviera la custodia de los hijos también en el lote se quedaba con el uso de la vivienda. Esta es la verdadera modificación que pretende el legislador actual. Se puede considerar que no perjudica el interés del menor, porque el custodio para que no se le atribuya la vivienda tiene que tener medios suficientes para cubrir las necesidades propias y las de los hijos, por lo que en principio estará garantizado.

En cuarto lugar, se fija como límite temporal de uso de la vivienda familiar propiedad de uno de ellos o de ambos, hasta que finalicen las necesidades de prestarle alimentos a los hijos o hasta que se liquide la vivienda. De no existir la obligación de alimentar a los hijos, el plazo será de dos años, prorrogable uno más, hasta que se liquide la vivienda.

En quinto lugar, será un factor a tener en cuenta para fijar la pensión por alimentos y compensatoria la atribución del uso de la vivienda. No se especifica pero se deduce que supondrá una disminución en la cuantía, lo que indudablemente puede afectar al menor.

En sexto lugar, el beneficiario de la atribución de la vivienda, deberá abonar el importe de los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, incluidos los de comunidad, tasas y suministros. Por el contrario el no beneficiario estará obligado a los extraordinarios y al pago de impuestos. De todas formas el Juez si el beneficiario del uso no tiene capacidad económica, podrá acordar que el no beneficiario asuma la totalidad o parte de los gastos ordinarios. Las obligaciones adquiridas por los cónyuges relativas a hipotecas de adquisición de la vivienda o por mejoras, incluidos los seguros serán satisfechos según el título de constitución de las mismas.

Estas medidas no son novedad puesto que prácticamente la totalidad de las mismas se venían acordando por los cónyuges o incluso por decisión judicial. Si es novedad la relativa a que si los cónyuges detentaran la vivienda de un tercero y éste reclamare su restitución, esta situación afectará a la prestación por alimentos y a la compensatoria en caso de existir. Es la respuesta a una situación más frecuente cada día, en la cuál, el progenitor beneficiado con el uso de la vivienda propiedad de un tercero, se ve desahuciado, normalmente por los padres del que no ha sido beneficiado. En esta situación es lógico que el no beneficiado que suele ser el que instiga dicha actuación de los propietarios, asuma un incremento de la pensión por alimentos para paliar la situación en la que se encontrará el que ha sido beneficiario del inmueble. Se pretende paliar esta situación, pero indudablemente poco puede hacerse frente a un derecho de propiedad que tienen los terceros. Se antepone el derecho de propiedad al derecho de uso del domicilio familiar atribuido al progenitor que se quede con la custodia de los hijos. Sobre esta cuestión es interesante reflexionar sobre si el interés de los hijos de permanecer en el domicilio conyugal no es prevalente frente al interés del propietario de la vivienda de disponer de la misma en cualquier momento.

2.2.4. La pensión por alimentos.

La pensión por alimentos es una consecuencia de la obligación que tienen los progenitores de prestar alimentos a sus hijos, derivada de la filiación legalmente determinada. Esta obligación afecta incluso a los que han sido privados de la patria potestad y se extiende en el tiempo mientras los hijos sean menores o los necesiten para vivir. Debe ser entendida en un sentido muy amplio, al comprender no solamente los conceptos que se enumeran en el artículo 142 del CC sino todo aquello que se considere necesario para que el menor pueda seguir viviendo en condiciones similares a las que gozaba mientras no se había producido la ruptura de sus progenitores²⁷².

El derecho a ser alimentado es reconocido como un derecho fundamental de todo menor y aparece recogido en la normativa internacional. Así el artículo 25.1 de

²⁷² PLANES MORENO, págs. 817 y ss.

la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de Diciembre de 1966 (art 11.1), Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art 27.4). La obligación de todo progenitor de facilitar los alimentos a los hijos al derivarse de la relación paterno filial, hace que ésta sea más amplia que la derivada de la prestación de alimentos entre parientes. Esta amplitud permite que el límite de obligación del progenitor alcance hasta la propia subsistencia. Como señala la doctrina, esta obligación no responde a un estado de necesidad sino al de responsabilidad y participación de los propios hijos en las posibilidades personales y materiales de sus progenitores²⁷³. Esta consideración es aceptada por El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 8/11/2012 (ROJ 7072/2012) donde dispone “*Sin duda, los especiales intereses protegidos en estos procesos permiten una interpretación más amplia de las normas que dan sentido al concepto de interés casacional, teniendo en cuenta que la obligación de dar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1.º del Código Civil, y de aquellos otros casos en que, conforme al artículo 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de ineludible necesidad alimenticia.*”

En el ámbito de la situación que surge tras la ruptura, una de las consecuencias que el núcleo familiar padece es la quiebra de la situación económica que existía durante la unión de la pareja. La ruptura ocasiona que los ingresos de ambos progenitores destinados a satisfacer la unidad familiar se dividen, creando una nueva situación en donde los hijos al igual que los progenitores van a experimentar un cambio notable en su estabilidad económica. Por este motivo, el ordenamiento jurídico protege a los hijos para que esta nueva situación no les ocasione un perjuicio en el ámbito económico. Esta protección se concreta en la obligación que se establece de satisfacer el no custodio, el pago de una prestación al custodio, destinada al mantenimiento de los hijos en una situación similar a la que disfrutaban con anterioridad a la ruptura.

²⁷³ PLANES MORENO, pág.826.

Para determinar el importe de la prestación por alimentos debe considerarse la capacidad económica del obligado a prestarlos en toda su amplitud y las necesidades de los hijos, sin olvidar la capacidad y recursos económicos del progenitor custodio. Debido a la complejidad de los factores que han de ser tenidos en cuenta para fijar el importe de la pensión, se ha elaborado por la doctrina el establecimiento de unas tablas de carácter meramente orientativo para facilitar dicha complicada determinación. De igual forma, el Consejo General del Poder Judicial en Julio de 2013 hizo públicas unas Tablas orientativas con la finalidad de unificar criterios jurisprudenciales y para evitar pleitos innecesarios entre las partes por las cuestiones económicas²⁷⁴.

El importe de la pensión por alimentos es de obligado cumplimiento por parte del no custodio, y su incumplimiento dará lugar a un procedimiento penal. Como la situación económica del no custodio puede variar al igual que las necesidades de los hijos, el importe de la prestación estará sujeto a modificación, debiéndose llevar a cabo a través del procedimiento de modificación de medidas. De todas formas hay que tener en cuenta que para que se admita una modificación de medidas es necesario que se haya producido "una alteración seria y sustancial de las circunstancias relativas a la fortuna de uno u otro progenitor o a las necesidades de los hijos, que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, más allá de las variaciones que pudieran considerarse habituales o ordinarias, de acuerdo con la posición socioeconómica de la familia y la realidad social del momento, respecto de la situación fáctica que se tuvo en cuenta en el convenio extrajudicial o en la sentencia"²⁷⁵.

El Anteproyecto de Ley, pretende modificar el artículo 93 del Código Civil atribuyendo al Juzgador la capacidad para determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer las cargas familiares, la forma de pago, periodicidad, bases de actualización y con facultades para adoptar las medidas convenientes para asegurar la efectividad de las prestaciones, adaptándolas en su caso a las necesidades económicas de los hijos.

Se dividen los gastos en dos categorías, por un lado los ordinarios, que son los que se precisen de forma habitual, previsibles y referidos a la alimentación,

²⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 29 /3 / 2007 (ROJ 153/ 2007).

educación, vestido o cualesquiera que se pacten o que hayan estado fijados antes de la ruptura. En segunda categoría, los extraordinarios causados por necesidades imprevisibles y no periódicas de los hijos y en cualquier caso los sanitarios no cubiertos por la sanidad pública o seguro médico. Como novedad importante es que estos gastos serán abonados no al 50% como era habitual, sino pretende el legislador que se abonen en función de los recursos económicos disponibles. En esta categoría se integran los no necesarios, aquellos que no respondan a necesidades de los hijos, con independencia de que sean continuados. Estos gastos se abonarán si han sido asumido por ambos padres en función del acuerdo al que hayan llegado, en caso de que no sea producto del acuerdo, los abonará quien los haya realizado.

Con respecto al cálculo de la prestación se deberá tener en cuenta aparte de las necesidades de los menores y los recursos de cada progenitor, como novedad el tiempo de permanencia de los menores con cada uno, la atribución del uso del domicilio familiar, y el lugar de residencia de los hijos menores. La introducción de estos tres últimos factores supondrá importantes cambios en la cuantía que hasta ahora se venían estableciendo por parte de los Tribunales. Desaparecerá el automatismo que algunos Juzgados venían aplicando con respecto a la cuantía, al tener en cuenta factores que hasta ahora no los eran tenidos.

Se introduce una última novedad en relación a que en el mismo proceso de nulidad, separación o divorcio, en caso de convivir hijos emancipados o mayores de edad carentes de ingresos propios, el Juez fijará los alimentos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 142 del CC.

2.2.5. Síndrome de Alienación Parental.

2.2.5.1. Concepto.

Uno de los efectos que se producen cada vez con más frecuencia, en los supuestos de crisis matrimoniales, cuando éstas han derivado en conflicto entre los cónyuges, es el denominado “*Síndrome de Alienación Parental*”, conocido como S.A.P. Tiene su origen doctrinal en los Estados Unidos y puede definirse como el conjunto de actuaciones realizadas por parte del progenitor custodio consecuencia de un trastorno psicológico con la finalidad de que por parte del hijo, se rechace de

forma categórica su relación con el progenitor no custodio²⁷⁶. Es evidente que lo que se pretende por parte del sujeto activo del SAP es que la relación entre el hijo y el otro progenitor desaparezca o sea nula, lo que implica un ataque frontal contra el ejercicio de la patria potestad por el que provoca la situación. El progenitor no causante de este fenómeno padecerá las consecuencias del mismo lo que afectará sin duda a su ejercicio de la patria potestad en el ámbito de la relación con los hijos.

Con respecto a esta consecuencia de las crisis matrimoniales hay que plantear como primer aspecto, que no se puede hablar estrictamente de síndrome o enfermedad, al no encontrarse recogido en el DSM-IV. No obstante, podemos afirmar con cierto grado de seguridad que ningún especialista, duda de la posible existencia de este problema en algunos supuestos concretos. También es cierto que algunos expertos no lo consideran como posible ni demostrable empíricamente y lo atribuyen a un intento de criminalizar a la madre, por ser ésta la que habitualmente tiene la custodia de los hijos²⁷⁷.

²⁷⁶ El síndrome de Alienación Parental fue descrito por el psiquiatra forense Richard Gardner en 1985 siendo calificado como un “ *proceso que surge en el contexto de las disputas legales de custodia y que se manifiesta en una denigración o rechazo a un padre por parte del niño de forma persistente, que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de la propia contribución del niño*”. De igual forma ha sido considerado por la Asociación Americana de Psicólogos Forenses en el 2001. Aunque con anterioridad rechazó los planteamientos de Gardner por considerarlos “ *poco científicos*”. La discusión surgió al considerar que el SAP solamente era admisible en los supuestos de reacción ante padres violentos. Pero evidentemente también se producía ese rechazo de los hijos frente a padres que no eran violentos. Actualmente se ha admitido de forma general que existen determinadas características que pueden definir y perfilar los síntomas, por lo que se acepta normalmente la existencia del síndrome de alienación parental. Otra cuestión será determinar si en una situación concreta se puede considerar que se está produciendo o no el síndrome.

²⁷⁷ Defensores de que el SAP no existe, nos encontramos a ESCUDERO NAFS, psiquiatra y autor del Informe de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, el cuál puede consultarse en la pág. www.aen.es. En este informe se atribuye la aparición del SAP a diversas cuestiones, entre las que se destaca la aparición de las nuevas normas legislativas, concretamente la Ley Orgánica 1 / 2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, y la Ley 15 / 2005 en donde se recoge la posibilidad de la custodia compartida. Considera el autor que este síndrome no está recogido de manera oficial y que responde a una mala interpretación de las teorías de su autor Gardner, a quien acusa de oportunista e inclusive de poco serio. Así mismo considera que se otorga categoría científica a cuestiones que no pueden revestir tal consideración. Los comentarios del progenitor que ostenta la custodia, contra el otro progenitor no tienen porque considerarse de forma general como elementos que induzcan a pensar que existe o se está produciendo un SAP. Considera el autor que la existencia de elementos discordantes en una pareja que ha roto, no puede extrapolarse hacia los hijos porque de lo contrario se está criminalizando al progenitor custodio, el cual, suele ser siempre la mujer.

De igual forma existen abundantes Asociaciones de Mujeres Separadas, que en sus medios de difusión, consideran que el SAP es un invento machista, que ataca a la madre, y que no está fundado. Así se puede consultar www.amecopress.com, www.nodo50.org. Inclusive en una de ellas se considera

La discusión sobre la existencia o no de este fenómeno no es lo relevante dado que tanto los partidarios de su reconocimiento como los detractores del mismo, tienen argumentos en contra o a favor²⁷⁸. No obstante hay que reconocer que actualmente existe un debate abierto sobre la cuestión, y que en muchos casos se aumenta o disminuye la influencia del problema en función de si es un hombre o una mujer quien tiene la custodia y sobre todo si estamos oyendo a un progenitor no custodio o a uno custodio. En cualquier caso las consecuencias que la existencia del SAP ocasiona en el menor son considerables, porque no podemos olvidar que el destinatario del mismo es claramente el menor. No es cuestión de este trabajo el adentrarse en el proceloso mundo de la psicología para poder concretar sus efectos, causas y su propia existencia. Considero que se debe tratar el tema desde el punto de vista del Derecho y para ello nada mejor que remitirse a lo que sobre el particular establece la doctrina en su caso y sobre todo la Jurisprudencia.

Con respecto a la existencia o no del fenómeno y a su denominación, es necesario hacer referencia a lo que se puede considerar como una de las primeras Sentencias donde sin nombrarlo, se recogen aspectos característicos del SAP. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de junio de 1999. En la misma se reconoce *“la actitud obstruccionista de la madre, cuya actitud egoísta ya sea voluntaria o reflejo de las tensiones o enfrentamientos que quedaron subyacentes tras la ruptura, no terminaron con la Sentencia de divorcio, traspasando del ámbito, estrictamente limitado a los propios progenitores, para afectar su influencia materna a las relaciones paterno-filiales, que los hijos han llevado con la misma agresividad que los padres, con paulatina y constante destrucción de la figura paterna.”*

Si bien es cierto que es hasta el año 2002 cuando no se puede hablar realmente de SAP, no podemos obviar que las características del fenómeno se han producido con anterioridad a la determinación del mismo. En la actualidad la Jurisprudencia no admite dudas, se pueden encontrar Sentencias donde se reconoce

que el autor del SAP, el mencionado Gardner era un pedófilo maltratador de niños, en “www.mujeresporlasalud.com”.

²⁷⁸ GARCÍA GARNICA (2009), pág. 210, reconoce que existen tantos partidarios de la existencia del SAP como aquellos que lo niegan, siendo la discusión motivada principalmente sobre la naturaleza científica del fenómeno y la legitimidad ideológica

de forma clara este Síndrome, denominándolo por su nombre y los efectos perniciosos que ocasiona en el menor²⁷⁹.

Por tal motivo debemos considerar que la existencia del síndrome es una realidad, a nivel psicológico y jurídico, otra cuestión será determinar en un cada caso concreto que actitud es la que origina la aparición de dicho síndrome.

En el ámbito de la justicia europea tenemos la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo de 13 de Julio de 2000, donde se reconoció en base a las declaraciones de un niño de cinco años, que padecía SAP, y condenó al Estado Alemán al pago de una indemnización por los daños causados al rechazarse la verificación de una prueba pericial, que hubiera determinado la existencia del SAP²⁸⁰.

No obstante existe Jurisprudencia menor que niega de forma categórica la existencia del SAP, por un lado tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 3 de mayo del 2006, y la de Segovia de 28 de marzo del 2006²⁸¹. De igual forma nos encontramos con la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya 256/08, sección 6ª de fecha 27 de marzo de 2008, donde no sólo, se niega que se produzca el SAP en el caso concreto, objeto del litigio, sino que lo rechaza como tal por considerar que *“Son cada vez más numerosos los profesionales de la psicología y la psiquiatría que valoran la formulación del síndrome como un modo*

²⁷⁹ Entre otras, tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, de fecha 3/7/2006, SP/SENT/97897 donde se considera *“ La utilización correcta en instancia del materia probatorio adoptado por el progenitor, permite hablar de que se ha provocado en su hijo el síndrome de alienación parental.”* Y la dictada por la misma sección de fecha 27/ 6 /2006,SP/ SENT/ 97988 donde se manifiesta *“ La predisposición del hijo contra el padre no es producida por el síndrome de alienación parental que aduce el progenitor ejercer la madre sobre el menor”*. En la Audiencia Provincial de Asturias Sección 5ª, de fecha 29/9/2005,SP/ SENT/76623, cuando afirma *“El síndrome de alienación parental no debe perjudicar la relación padre e hijo, por lo que se acuerda conceder a aquél la custodia del menor.* En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada Sección 5 de fecha 12 de marzo del 2010 . Ref Euder 167257 / 2010. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares Sección 4 de fecha 9 de abril del 2010, Ref Euder 49583/ 2010. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª de fecha 7 de octubre del 2009. Ref Euder 302704/ 2009.

²⁸⁰ TEDH, demanda N° 25735/ 1994.

²⁸¹ La Ley 131268/ 2006 y 86957/ 2006, respectivamente.

más de violencia contra la mujer... la ambivalencia o el rechazo hacia un progenitor puede estar relacionada con muchos factores diversos, sin embargo, su imputación y formulación está sirviendo para culpabilizar a las madres de conductas “ anormales ” de los hijos”²⁸².

2.2.5.2. Sujetos que intervienen.

El SAP es originado por el progenitor custodio con independencia del sexo del mismo. Podemos encontrar Sentencias referentes al SAP en donde el causante del

²⁸² Por su importancia dado que es la primera vez, que de forma tan categórica por parte de un Tribunal se ataca el SAP, es necesario hacer referencia a esta Sentencia. Hay que manifestar que la misma se deriva de un recurso contra una Sentencia del Juzgado de lo Penal que condenaba a la madre por desobediencia. Hay que hacer referencia al considerando segundo de la Sentencia, de forma textual para que se pueda constatar con toda su literalidad lo manifestado al respecto. “ *El SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en el DSM-IV, por la Asociación Americana de Psiquiatría, y en la CIE-10 de la OMS. Esta y otras instituciones que prima los objetivos clínicos y de investigación, basan la inclusión de una nueva entidad diagnóstica en la existencia de sólidas bases empíricas, no cumpliendo el SAP ninguno de los criterios necesarios. Según una declaración de 1996 de la Asociación Americana de Psicología (APA) no existe evidencia científica que avale el SAP. Esta asociación critica el mal uso, que de dicho término se hace en los casos de violencia de género. En su informe titulado la violencia y la familia, afirma “términos tales como alienación parental”, puede ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento. La guía de evaluación para Jueces de los casos de custodia infantil en contexto de violencia doméstica, editada por el Consejo Nacional de Juzgados Juveniles y de Familia, creado en EEUU en 1937, advierte en su edición de 2006 sobre el descrédito científico de dicho síndrome.*

Es sobradamente conocido que quien acuñó el término fue Richard Gardner, definiéndolo como un proceso destinado a romper el vínculo de los hijos con cada uno de los progenitores(casi siempre referido al padre y protagonizado por la madre), y según el citado Gardner es un proceso de alienación que únicamente puede ser combatido por una terapia de desprogramación.

La “popularidad” e invocación que de este denominado síndrome se está realizando en los últimos tiempos y la (calificadas como) peligrosas consecuencias que está llegando a tener con los procesos de separación y divorcio, llevaron a que en Diciembre de 2007 un muy numeroso grupo de solventes profesionales de medicina y salud mental, suscribieran un manifiesto “ Ante el fenómeno psicológico legal del pretendido “ SAP”, en el que, entre otras afirmaciones, se expresa de forma contundente que “ la ideología” que sustenta el SAP, es abiertamente pedófila y sexista, siendo un instrumento de peligroso fraude pseudocientífico que esta generando situaciones de riesgo para los niños y esta provocando una involución en los derechos humanos de los menores y sus madres. En cualquiera de las disertaciones o cursos, que sobre la cuestión pueden seguirse, se hace mención a la actitud e ideología de su creador o formulador, puesto que es igualmente “popular”, que éste escribió cuestiones que se han asociado con esa imputada pedofilia.

Son cada vez más numerosos los profesionales de la psicología y psiquiatría que valoran la formulación del síndrome como un modo más de violencia contra la mujer, y que recuerdan que la “ ciencia “ nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta de ese progenitor. Etiquetas como el SAP sirven para desviar la atención de estas conductas, y olvidan que la ambivalencia o el rechazo hacia un progenitor puede estar relacionado con muchos factores diversos, que no son del caso ni reseñar ni examinar en esta resolución. Si embargo, su imputación y formulación esta sirviendo para culpabilizar a las madres de conductas “ anormales” y a los hijos.

mismo es un hombre. Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de fecha 15/2/2006 reconoce “*Las descalificaciones procedentes del entorno paterno han provocado en la menor una imagen negativa de su madre, motivando un rechazo que realmente no siente.*”²⁸³, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Palmas, sección 4ª de fecha 21/7/ 2005, “*El síndrome de alienación parental causado por el padre sobre los hijos que desean vivir con la madre favorece la guarda de ésta.*”²⁸⁴. Por último la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, 281/ 2005, Sección 1ª de fecha 27 de septiembre del 2005, donde se reconoce “*se aprecia una grave situación de los menores, con síndrome de alienación parental causado por el comportamiento del padre...*”²⁸⁵.

Por la propia naturaleza de lo que implica el SAP no cabe duda que puede ser ocasionado con independencia del género masculino o femenino, por lo que hay que rechazar que responda a un intento de agresión contra la mujer tal y como plantean determinados colectivos para negar la existencia del SAP²⁸⁶. Algún autor considera que el SAP solamente suele aparecer en los supuestos de divorcios conflictivos donde se discute la custodia de los hijos. Por tal motivo es importante saber distinguir cuando nos encontramos ante un SAP o ante un progenitor que se enfrenta al otro, con la finalidad de la lucha por la custodia. Si se considera que es una enfermedad mental tiene que estar suficientemente diagnosticado para que podamos hablar de SAP, sin que lo confundamos con otras patologías igual de perniciosas, pero de menor trascendencia. Si se inculca el odio hacia un progenitor por parte del custodio, estamos ante un caso de SAP, pero no debemos confundirlo con actos que lo único que pretenden es molestar al otro progenitor, por ejemplo hablando despectivamente del progenitor²⁸⁷. En la mayoría de las ocasiones es la madre la que

²⁸³ SP / SENT/ 97989.

²⁸⁴ SP/ SENT/ 75684.

²⁸⁵ JUR 2006, 67787. De igual modo se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de fecha 26 de noviembre del 2008 (JUR 2009,1444898).

²⁸⁶ De la misma opinión GARCÍA GARNICA (2009), pág.218, se opone a la utilización del SAP como instrumento sexista, puesto que no debe de entenderse la guarda y custodia del menor como una cuestión de sexos ni de que pertenezca por razones biológicas a la mujer y entienda ésta que cualquier planteamiento de que el padre tenga la guarda y custodia supone un ataque a a condición femenina de la madre.

²⁸⁷ ALASCIO CARRASCO, pág. 5. De igual manera GARCÍA PASTOR, pág.20. Opinan que se utiliza la terminología del SAP de forma gratuita por determinados colectivos, que inmediatamente lo

ocasiona el SAP, pero ello es debido a que a ella es a quien se le ha atribuido la custodia de los hijos²⁸⁸. No obstante, que se origine tanto por el padre como por la madre puede indicar que la existencia del SAP, no se corresponde con problemas de género, sino mas bien con el hecho de que el progenitor que lo ocasiona no haya superado la crisis matrimonial y traslade su frustración a los hijos, mediante el odio hacia el otro progenitor. Se pueden considerar como causas que origina que el progenitor alienador, desarrolle esta patología por un lado, el hecho que no haya podido superar la ruptura de la pareja. Asimismo, que desee mantener la relación mediante el conflicto, o simplemente que tenga deseos de venganza si lo considera culpable de la ruptura, o que tenga miedo de perder a los hijos²⁸⁹.

2.2.5.3. Contenido del SAP.

Con respecto a las situaciones o hechos, en los cuales podemos considerar que se está produciendo un SAP, se puede concretar las siguientes siguiendo a GÓMEZ MAGÁN²⁹⁰:

a) Impedir la relación con los hijos. Para ello se recurre a rehusar las llamadas telefónicas a los hijos por parte del progenitor no custodio. Interceptar el correo y los regalos. Olvidarse de poner en conocimiento al otro progenitor de citas importantes. Trasladándose de domicilio de forma habitual y no comunicándolo al progenitor no custodio. Amenazar a los hijos con un castigo si se atreven a llamarle, escribirle o contactar con el otro progenitor. Se impide que el otro progenitor puede acceder a los expedientes escolares y médicos de los hijos. Rehusar informar al otro progenitor a propósito de las actividades en las cuales están implicados los hijos²⁹¹.

esgrimen sin saber realmente si se puede hablar de él. Se habla de que se ha convertido en un “cajón de sastre”, donde cabe todo, lo que se transforma en un peligro, puesto que la generalidad, hace que no se adopten las debidas precauciones cuando realmente aparece.

²⁸⁸ De la misma opinion GARCÍA GARNICA (2009), pág. 221.

²⁸⁹ GARCÍA PASTOR, pág. 8.

²⁹⁰ GÓMEZ MAGÁN, pág. 67. En términos similares lo expone TOVAR ESCUDERO, pág. 120.

²⁹¹ ROMERO COLOMA (2011), pág. 5, defiende que el SAP supone una forma de incumplimiento del régimen de visitas, porque implica un abuso por parte del custodio contra el no custodio para que no se relacione con su hijo, De todas formas estoy convencido de que tampoco conviene considerar

b) Ocupar a los hijos en actividades que se desarrollan en el tiempo destinado para el otro progenitor. Se suele en estos casos ocupar a los hijos en actividades extraescolares la tarde destinada para la visita del progenitor no custodio. En algunos casos se llega a ocupar todas las tardes de la semana con la finalidad de que sea imposible que se desarrolle normalmente la visita del progenitor no custodio²⁹². De igual forma es habitual en estos casos, irse de vacaciones sin los hijos y dejarlos con otra persona, aunque el progenitor esté disponible.

c) Injuriar y destrozar la imagen del progenitor no custodio. En estos casos, se suele presentar falsas alegaciones de abuso físico o sexual en los tribunales para dañar al otro progenitor. Se desvaloriza y se insulta al otro progenitor en presencia de sus hijos. Se llega a culpabilizar al otro de la situación crítica por la que se está atravesando. Se intenta incluso cambiar los apellidos de los hijos.

2.2.5.3.1. Efectos en el menor.

Lo más significativo es que el SAP se diagnostica tarde, es decir cuando esta manipulación se ha producido, lo que conlleva que para poder tratarlo hay que acudir a la intervención psicológica, y no siempre se pueden paliar las consecuencias producidas en el menor. Estas consecuencias son alarmantes, puesto que el odio que el menor siente por el progenitor no custodio, es similar al odio de un fanático terrorista. Y el menor se siente defensor del progenitor custodio, vinculándose de tal manera, que se convierte en un mero instrumento de su odio²⁹³. El SAP en el niño tiene tres niveles, por un lado, el leve, moderado, o grave en función de la intensidad y como se manifieste. La edad en la que suele aparecer es a partir de los 10 u 11

que todos los supuesto de incumplimiento de un régimen de visitas tienen que suponer inexorablemente que estamos ante un caso de SAP.

²⁹² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia. 351/2007, en ella el Magistrado considera que “ *es más importante para el desarrollo de los hijos, que su padre pueda verlos, que reciban clases de Inglés todas las tardes de la semana*”.

²⁹³ GÓMEZ MAGÁN, pág. 66.

años, edad por otra parte coincidente con el inicio de la madurez²⁹⁴. Los efectos que el SAP produce en los menores se concretan en los siguientes aspectos:

1. Campaña de desaprobación e injurias hacia el progenitor, de tal manera que es frecuente los insultos y las frases de desprecio. Todo ello acompañado de un profundo rencor hacia el progenitor al que ellos consideran causante de la ruptura de la pareja.

2. Generan en su interior un pánico hacia el progenitor, de tal manera que no quieren estar a su lado.

3. Se inventan acusaciones normalmente de abusos sexuales y malos tratos contra el progenitor, en un intento claro de dañarle socialmente para hacerle pagar por el daño que ha causado al menor y al otro progenitor.

4. Ridiculizan a uno, pero endiosan al otro, de tal manera que todo lo malo que sucede tiene un responsable y todo lo bueno, el otro. Esto genera una defensa cerrada de “su buen progenitor” frente al “mal progenitor”. Dicha distinción la trasladan a sus amigos para que ellos lo rechacen.

5. No sienten ningún afecto filial, ni por supuesto remordimiento por el sufrimiento que padece el padre. Trasladan el odio que siente a su familia más directa, de tal manera que el rechazo se traduce en un rechazo frontal a todo lo que provenga del progenitor o de su familia.

Las consecuencias del SAP en los menores son terribles, sobre todo porque una vez que han alcanzado la madurez y se han dado cuenta de que han sido, sin saberlo, manipulados por el alienador, sienten una gran frustración y enfado por el daño que han ocasionado al otro progenitor, y por haberse sentido manipulados, de tal forma, que rechazan a uno por manipulador y con el otro han perdido el contacto al haberle odiado en exceso y sin justificación.

La solución al SAP viene de la mano de la justicia, porque las medidas a adoptar cuando se detecta, pasan por la retirada inmediata del menor del progenitor alienador y su familia, la adopción de medidas terapéuticas y la entronización paulatinamente en el entorno del progenitor víctima. Se comprende que para el menor, es traumático, separarse del alienador, cuando todavía no percibe que lo es, y

²⁹⁴ TOVAR ESCUDERO, pág. 121.

ser tratado por psicólogos y educadores para posteriormente ser introducido a la fuerza dentro de la familia que ha odiado, y que probablemente siga odiando. No pueden adoptarse medidas drásticas que puedan ser claramente perjudiciales para el menor, pero tampoco se puede perder el tiempo, porque puede ser tarde. De ahí que en la mayoría de los casos, por parte del Juzgado se recomiende el establecimiento de un régimen de visitas paulatino con el progenitor odiado, con la finalidad que el menor conozca por sí mismo la realidad. El Juzgado en la mayoría de las ocasiones una vez detectado el problema acordará las siguientes medidas²⁹⁵:

1. Derivar a ambos progenitores a un Proceso de Mediación Familiar con el objetivo de que ambos progenitores colaboren en rebajar el nivel de enfrentamiento, ofreciendo al menor un entorno cálido y sin conflicto.

2. Reorientar el régimen de visitas, adaptándolo si fuese necesario para alcanzar el objetivo de restablecer y normalizar la relación paterno-filial.

3. Requerir a la madre para que no obstaculice ni impida la relación y contacto entre el padre y el hijo. Se le apercibirá que de persistir en ese incumplimiento injustificado, en fase de ejecución se podría incluso acordar un cambio del régimen de guarda y custodia.

2.2.5.3.2. Consecuencias del SAP en la guarda y custodia de los menores.

Partiendo del hecho que el interés del menor es el principio básico de las relaciones parentales, y que éstas deben producirse con independencia de la existencia de ruptura de la pareja, el SAP se convierte en un problema que afecta indudablemente la existencia de las relaciones. Por tal motivo la Jurisprudencia ha optado por la adopción de una serie de medidas que afectan al status quo existente con respecto a la guarda y custodia una vez que se detecta.

Las medidas deben ser adoptadas con moderación y cautela y teniendo claro que constituyen una sanción del progenitor, nunca del menor. Más bien todo lo contrario, porque la adopción de estas medidas tienden a proteger al menor apartándolo de una situación de riesgo para su desarrollo evolutivo. Las

²⁹⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Familia de Sevilla, de fecha 9 de enero del 2007. / SP / SENT/ 101127.

consecuencias o efectos que producen en la guarda y custodia son cuatro. Primero, la posibilidad de que en aplicación del artículo 170 del Código Civil, se prive de la patria potestad al progenitor responsable del mismo. La Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de fecha 23 de abril del 2007, ante un SAP provocado por la madre y en base al informe psicosocial en donde se determina que la menores sufren el SAP y ante la negativa de la madre de reconducir su conducta se decretó que de persistir se privara a la madre de la patria potestad.

Una segunda consecuencia y ésta es la más frecuente es el cambio de titularidad de la guarda y custodia del progenitor responsable de un SAP al progenitor no custodio. La finalidad de esta medida es conseguir que el progenitor que ha sido rechazado pueda recomponer la relación con sus hijos. Aunque esta decisión puede ser en cierto modo traumática, puesto que supone el adjudicar la guarda y custodia al progenitor que ha sido rechazado por los propios menores, los cuales van a tener que estar con una persona a la cual han odiado o rechazado. Todo ello obliga a que en interés del menor la medida adoptada este acompañada de tratamiento psicológico y ayuda para los hijos y para el mismo progenitor al que se le ha adjudicado la guarda y custodia. La Audiencia Provincial de Asturias en Sentencia de fecha 29-9- 2005, sección 5^a se decretó que ante la situación de SAP, se otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre dado que de continuar con la madre, se corría el riesgo de que los lazos entre el padre y el hijo no pudieran recuperarse²⁹⁶.

La tercera medida es la de suspender el régimen de visitas del progenitor que este ocasionado el SAP. Con esto se pretende que durante un tiempo determinado el progenitor alienante no se relacione con el hijo con la finalidad de reanudar las relaciones con el progenitor rechazado. La Audiencia Provincial de Murcia en Sentencia de fecha 27-9-2005, Sección 1^a falla la suspensión temporal de la relación del padre con los hijos al haber quedado acreditado el abuso emocional que éste realizaba en los mismos contra la madre²⁹⁷. En este caso la guarda y custodia la tenía la madre, por lo que el padre fue privado del régimen de visitas Como última

²⁹⁶ JUR 2005, 236494. También encontramos un cambio en la titularidad de la guarda y custodia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Secc 4^a de fecha 31 de mayo del 2010. (*Revista Derecho de Familia* N° 48. 2010, pág. 313. El Tribunal considera probado que la madre han tenido problemas de relación con el padre al haber estado manipuladas por la madre, la cuál se le ha detectado que pueda padecer un trastorno psicoafectivo.

²⁹⁷ JUR 2006, 67787.

consecuencia puede suceder que se siga manteniendo la misma situación con respecto a la guardia y custodia o régimen de visitas pero con la asistencia psicológica establecida por el Juez para toda la familia o para el progenitor que haya incurrido en lo que se define como un SAP leve o moderado. Así se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12ª, de fecha 15 de enero del 2010, donde el Tribunal mantiene el mismo régimen de visitas establecido, a pesar de que se afirma que probablemente exista un SAP provocado por la madre y la abuela materna, por lo que de persistir podría dar lugar a la suspensión o privación de la custodia del menor, no obstante se mantiene el mismo régimen pero se recomienda tratamiento psicológico²⁹⁸.

A modo de conclusión, el SAP es una consecuencia directa de las crisis matrimoniales, afortunadamente no se produce en todo los casos, pero cada vez se da con más frecuencia. Debe de ser compromiso de los operadores jurídicos que estamos inmersos en el mundo del Derecho de Familia, el intentar en la medida de nuestras posibilidades, que no se generalice las prácticas que conducen al mismo. Porque debemos de salvaguardar el interés del menor como principio fundamental y para ello es necesario que las relaciones parentales se desarrollen con fluidez y sin obstrucción por parte de ninguno de los dos progenitores.

2.2.6. La guarda y custodia de los menores.

En este nuevo escenario de no convivencia, una de las medidas que se adoptan, bien de acuerdo con los progenitores o impuesta por el Juzgador, es la que hace referencia a la atribución de la guarda y custodia de los hijos habidos durante la relación de pareja. Esta medida implica el nacimiento de otras relacionadas con ésta, tales como la pensión por alimentos, la vivienda, y en su caso relaciones con los abuelos o allegados. El ejercicio de la guarda y custodia una vez atribuida, se puede desarrollar a través de dos modelos distintos y claramente diferenciados, por un lado, el denominado de custodia exclusiva o unilateral y el conocido coloquialmente como de custodia compartida o alterna.

²⁹⁸ *Revista de Derecho de Familia* Nº 48. 2010, págs. 197 y 198.

Cada modelo tiene unas características concretas, las cuales se puede resumir que en el primero, la guarda y custodia del menor es atribuida en exclusividad a uno de los progenitores, otorgándole al otro un régimen de visitas, y por el contrario en el segundo, se atribuye a ambos progenitores durante concretos periodos temporales. Indudablemente cada modelo encierra tras de sí, determinadas particularidades que lo hacen distinto, pero en definitiva ambos, en función de cada caso concreto, son idóneos para regular la convivencia con el menor en situaciones de ruptura de los progenitores

El primer modelo ha sido el más habitual durante mucho tiempo, al ser formulado y aceptado por los progenitores en los Convenios Reguladores. Era prácticamente una constante que en dichos Convenios se recogiera de forma expresa que la guarda y custodia se atribuyera a un progenitor, preferente la madre, estableciendo un régimen de visitas más o menos amplio a favor del no custodio. De igual forma aunque el procedimiento de divorcio o separación fuese contencioso, normalmente no era esta cuestión, motivo de enfrentamiento, sino que éste se fundaba en las cuestiones económicas. No obstante en los procedimientos contenciosos si la controversia versaba sobre la atribución de la guarda y custodia de los hijos, normalmente los Tribunales, resolvían a favor de uno de los dos progenitores, por lo que el modelo era el de custodia exclusiva con independencia del sexo del progenitor.

Por el contrario, el segundo modelo ha tenido una aceptación más minoritaria. Siendo varios los motivos que explicarían esta limitada implantación. En la actualidad este modelo ha comenzado a experimentar una cierta implantación debido al incremento de solicitudes de progenitores que de forma individual lo reclaman y por el otorgamiento de este por parte de la Jurisprudencia. No obstante aún los porcentajes de este modelo no llegan al diez por ciento de los modelos de guarda y custodia.

Determinadas presiones de colectivos de padres separados y un cambio en la concepción de los roles parentales, ha motivado que por parte del Legislador en la Ley 15/2005 se regule de forma más acentuada este modelo con la finalidad de que se adopte de forma más generalizada. De igual forma el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias se ha mostrado partidario de que este modelo se constituya

como habitual y no como una excepción. Más recientemente el actual Gobierno ha presentado a las Cortes un Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, en donde se regula el modelo de custodia compartida.

En cualquiera de los dos modelos se ha de tener presente por parte de los progenitores dos aspectos fundamentales.

El primero, que el único interés prevalente es el de los menores. Ello supone que las actuaciones llevadas a cabo por parte de los progenitores, con independencia del modelo que regule la relación de éstos tras la ruptura, deberán de estar supeditadas al interés, debiendo en su caso, de anteponerlo a cualquier otra circunstancia e interés. Resulta evidente que la actuación de los progenitores es básica para que esta premisa se cumpla de forma efectiva. Otra cuestión será si ambos modelos de custodia con independencia de la actuación de los progenitores favorecen o dificultan el interés del menor.

Con respecto al segundo, que ambos modelos no pueden suponer en ningún caso que el ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores se verá afectado de forma negativa. La atribución a uno de los progenitores de la guarda y custodia no implica una dejación por parte del no custodio del ejercicio de la patria potestad. Para el interés del menor es fundamental que aunque la custodia del menor la tenga atribuida uno sólo de los progenitores, el ejercicio práctico siga siendo conjunto sobre todo en los asuntos y aspectos de importancia para el menor. Y que la atribución de la custodia a ambos, tampoco suponga en la práctica un ejercicio de la patria potestad excluyente, de uno frente al otro, que afecte de forma negativa al interés del menor.

CAPITULO III.- LOS MODELOS DE GUARDA Y CUSTODIA Y LA PROTECCION DEL INTERÉS DEL MENOR.

1. EL MODELO DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA O UNILATERAL.

1.1. Concepto y características.

Se conoce por custodia exclusiva el modelo por el cuál la guarda y custodia de los hijos comunes, es desarrollada de forma única por uno de los progenitores, reservándose el otro, por disposición legal o consensuada entre los progenitores, un derecho de visitas para con los hijos, aparte de contribuir económicamente al sostenimiento y mantenimiento de los menores²⁹⁹. Algún sector de la doctrina prefiere utilizar el término de unilateral en vez de exclusiva³⁰⁰.

Este modelo de custodia surge por acuerdo de los progenitores suscrito en el correspondiente convenio, en el sentido de atribuirle la guarda y custodia de los hijos a uno sólo de los progenitores, o, por el contrario, cuando en defecto de acuerdo previo, por el Juzgador quien lo determinará en la correspondiente resolución judicial³⁰¹. Este modelo de custodia se adopta por el Juzgador cuando en interés del menor considera que debe atribuírsele a uno de los progenitores las competencias de la guarda y custodia de los hijos habidos durante la relación. Algún sector de la doctrina defiende que este método de custodia únicamente debe establecerse cuando existan causas en uno de los progenitores que hagan difícil o prácticamente imposible el ejercicio conjunto de la guarda y custodia de los hijos³⁰². Tales causas serían la toxicomanía, alcoholismo, conductas violentas, e incumplimiento voluntario de los deberes paterno-filiales. Otras causas esgrimidas a favor de otorgar este

²⁹⁹ PÉREZ SALAZAR RESANO (2009), pág. 256.

³⁰⁰ GODOY MORENO, pág. 7.

³⁰¹ BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 701, considera que la atribución de la custodia exclusiva a uno de los progenitores ha sido una constante en la Jurisprudencia.

³⁰² CASTILLA BAREA Y CABEZUELO ARENAS, pág. 405.

modelo por parte de la Jurisprudencia han sido el sexo, la nacionalidad, la fé religiosa, e inclusive, y el más utilizado, por la corta edad del menor³⁰³. De todas formas, cuando no existan dichos impedimentos en uno de los progenitores, sino que ambos sean idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, el Juzgador deberá decidir a quién se le atribuye la custodia y para ello deberá tener presente una serie de factores para asegurar el interés del menor. Estos factores según la doctrina son los siguientes. Atender a la aptitudes y posibilidades reales de cada uno de los padres, en el sentido de determinar la capacidad económica, material de tiempo, actitudes de colaboración, estabilidad familiar con los hijos, para disponer la atribución a uno de los progenitores en detrimento del otro³⁰⁴. Aunque la capacidad material de cada progenitor no debe ser el único criterio a la hora de decidir el Juez sobre a quién se le atribuye la guarda. Es más acorde con el interés del menor, tener en cuenta a la hora de resolver quien se muestra más proclive a que el menor mantenga la relación con ambos progenitores. Tener presente quien de los dos padres va a procurar mantener de forma eficiente el círculo social donde el menor ha venido desarrollando su vida. Comprobar quien va a poder garantizar que la nueva situación a la que se va a enfrentar el menor no supondrá un cambio excesivamente traumático en el menor. Intentar descubrir si existe manipulación con respecto a los hijos por parte de alguno de los progenitores. Sin olvidar la necesidad de darle audiencia al menor con madurez suficiente.

La decisión que adopte el Juzgador, una vez analizados todos los factores mencionados, estará fundamentada en su propio criterio de tal forma que es difícil, en posteriores instancias y en especial en casación, ir contra el criterio del Juez de primera instancia³⁰⁵. Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre del 2009 (RJ/ 2009/7257).

³⁰³ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 326 y ss.

³⁰⁴ CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1741. GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 150, si ambos tienen capacidad deberá de ser tenido en cuenta determinados criterios entre los que se destacan, la disponibilidad para dedicarse a los hijos, la estabilidad el menor y el cambio de residencia. PÉREZ SALAZAR RESANO (2009), pág. 260, además de los criterios que deben ser tenidos en cuenta, añade unos interesantes, en concreto la relación de los hijos con terceros, las conductas sexuales de los padres, y el hecho de pertenecer a sectas religiosas. SANTANA PÁEZ, págs. 715 y ss.

³⁰⁵ GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 149.

No debe olvidar el Juzgador, que la finalidad de su decisión será procurar la defensa del interés del menor a la hora de atribuir a uno u otro la guardia y custodia del hijo, sin que ello pueda suponer en ningún caso la privación para el no custodio, del ejercicio de sus funciones parentales³⁰⁶.

Las competencias que se le atribuyen al progenitor que ostenta de forma exclusiva la custodia del menor son entre otras, la de adoptar las decisiones cotidianas de la vida del menor, dado que es éste progenitor quien de conformidad al artículo 156 del Código Civil tiene atribuido el ejercicio ordinario de la patria potestad al tener al menor en su compañía³⁰⁷. Pero ello no puede ni debe ser entendido en el sentido que el progenitor no custodio este exento por ley o por el acuerdo de ambos, del deber de educar, alimentar y estar con los hijos, ni de ejercer todas las obligaciones y deberes que conlleva la patria potestad³⁰⁸. Las decisiones que revistan cierta trascendencia para los hijos deberán ser adoptadas de forma consensuada por ambos progenitores, con independencia de quien ostente la guardia y custodia del menor, precisamente por salvaguardar su interés. De actuar así, permitirá al menor asumir que, con independencia de la situación de ruptura, ambos siguen siendo sus progenitores³⁰⁹. La percepción que los hijos tienen del progenitor no custodio es muy importante precisamente en aras de su interés y dentro de su propio desarrollo madurativo. De ahí la importancia que el no custodio no se convierta en una figura secundaria en la vida de los hijos³¹⁰. El progenitor no custodio si no se le permite asumir otras funciones distintas de las derivadas del derecho de visita o del pago de la pensión por alimentos puede desarrollar una afección denominada “padrectomía”, que supone un cuadro de depresión originado

³⁰⁶ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 322. GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 142, defiende que este sistema de exclusividad solamente debe adoptarse en interés del menor. SANTANA PÁEZ, pág. 712. CRUZ GALLARDO, pág. 239.

³⁰⁷ GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 142, la custodia exclusiva supone el ejercicio total de la patria potestad por el progenitor titular de la custodia. El no custodio solamente conserva el régimen de visitas.

³⁰⁸ GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 270. GODOY MORENO, pág. 5. HERRERA DE LAS HERAS, pág. 3. CRUZ GALLARDO, pág. 203.

³⁰⁹ PÉREZ UREÑA (2005), pág. 276.

³¹⁰ VILAR ISABEL, pág. 2 y ss. afirma que salvo excepciones, la percepción social del progenitor no custodio es similar a la de un cero a la izquierda, debido a que el custodio es quien realmente ejerce al tenerlas atribuidas las competencias con respecto al menor.

por el distanciamiento causado por la separación de los hijos e incrementado por la percepción de su escaso protagonismo en la vida de sus hijos³¹¹. Esta es la razón de la importancia que tiene para todas las partes, incluidos los hijos, que las relaciones entre el no custodio y los hijos se desarrollen en un marco de normalidad.

Para que las relaciones entre los progenitores se desarrollen dentro de un marco de normalidad en el modelo de custodia exclusiva es básico que el custodio no pretenda ejercer de forma exclusiva las funciones inherentes a la patria potestad, anulando al no custodio de la toma de determinadas decisiones. Deberá facilitar que el no custodio pueda participar de la toma de decisiones que afecten al menor, lo que facilitará desempeñar con normalidad sus funciones como padre. Para ello es necesario que exista una comunicación fluida entre ambos y que adopten decisiones consensuadas con respecto a las cuestiones importantes en el desarrollo de los hijos, tales como el modelo educativo, actividades que les permita su desarrollo personal y cultural, pautas de educación y el mantenimiento de unos criterios sobre la corrección de los hijos. Es comprensible que cuando se produce una ruptura sentimental y sobre todo cuando la relación ha durado mucho tiempo, se produzcan entre ambos aristas de difícil solución, máxime si la ruptura ha sido ocasionada por determinadas conductas personales. De todas formas y teniendo presente la dificultad que entraña la relación posterior a la pareja, es necesario hacer un esfuerzo por ambos para que no afecte de forma perjudicial al menor.

La guardia o custodia es una función inherente a la patria potestad de tal manera que la tenencia de la misma, no puede suponer de modo alguno que se tenga un status de privilegio frente al no custodio, precisamente porque la responsabilidad con respecto a los hijos es compartida o mejor dicho conjunta, y evidentemente cada progenitor durante el tiempo en el que el menor convive con él, ostenta dicha guarda³¹². No debemos olvidar que el progenitor custodio ejerce la guarda y custodia durante la mayor parte de tiempo, pero el no custodio, cuando esta ejercitando su derecho de visitas y el menor se encuentra con él, ostenta la guarda y custodia del menor durante este periodo temporal³¹³. El no custodio y el custodio no se

³¹¹ CRUZ GALLARDO, pág. 257.

³¹² SANTANA PÁEZ, pág. 712. CRUZ GALLARDO, pág. 203.

³¹³ ESPARZA OLCINA, pág. 201.

encuentran en posiciones desiguales sino que cumplen misiones distintas con respecto a los hijos, por lo menos de conformidad con el deber ser, otra cuestión será la realidad³¹⁴.

El modelo de custodia exclusiva en cuanto a su funcionamiento implica que el custodio convivirá con el menor la mayor parte del tiempo, lo que indudablemente conllevará que la relación con el hijo, será más duradera en el tiempo y éste será un factor a la hora de vincularse afectivamente con el custodio. Por eso el ordenamiento jurídico establece unos mecanismos, concretamente el derecho de visita, para garantizar una relación temporal de los menores con el no custodio, con la finalidad de mantener con éste un vínculo afectivo. Por la dinámica práctica de este modelo de custodia, puede concluirse que la relación más duradera con uno de los progenitores afectará negativamente al no custodio en el vínculo afectivo con el hijo. Efectivamente el no custodio suele considerar sobre todo si su situación no es debida a una decisión voluntaria de ambos progenitores reflejada en el Convenio Regulador, sino impuesta por una resolución judicial, que convive poco tiempo con el menor, lo que afecta negativamente al vínculo filial. El problema no es por ser una consideración personal, sino que la traslade al menor y a la relación que mantiene con el mismo. Esta conducta ocasiona en múltiples ocasiones que el no custodio durante el tiempo de visita, para solucionar la falta de apego, se dedica exclusivamente a satisfacer los caprichos materiales del menor. Esta situación de ser una constante en el tiempo termina perjudicando gravemente al menor, puesto que aún de forma inconsciente, el no custodio esta ofreciéndole al menor una realidad que no es la que le conviene y que es diametralmente opuesta a la que se encuentra cuando retorna con el custodio. En este sentido los custodios se lamentan porque sus pautas educativas o de estudio son anuladas por el menor en cuanto se encuentra temporalmente con el no custodio, al no estar dispuesto a malgastar el escaso tiempo del que dispone en continuar educándolo. Prefiere el no custodio dedicar ese tiempo en afianzar, aunque de forma equivocada, los lazos con sus hijos, que en continuar con las pautas educativas.

³¹⁴ GODOY MORENO, pág. 7.

Este es un problema del modelo de custodia exclusiva, pero no por el modelo en sí, sino por la errónea concepción de los roles que tienen los progenitores una vez que se produce la ruptura. La irresponsabilidad de los padres, no es consecuencia del mayor o menor tiempo que conviven con los hijos, sino por una equivocada concepción de lo que implica el ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura. En este punto hay que hacer una especial autocrítica por parte de los operadores jurídicos, al no saber o ni tan siquiera transmitir a los padres en esta situación, cual es su papel en la nueva situación. Inclusive al fomentar en un claro ejemplo de mala praxis profesional, el enfrentamiento entre los progenitores al no poner límites jurídicos a determinadas conductas. El modelo de custodia exclusiva será claramente contrario al interés del menor, si el custodio con su actuación perjudica la relación con el progenitor no custodio, obstaculizando el normal desarrollo del régimen de visitas. Pero el no custodio con un ejercicio de la patria potestad irresponsable puede contribuir en gran medida a que este modelo de guarda y custodia también sea contrario al interés del menor. Por lo que, una vez establecido este modelo, ambos padres, deben asumir una posición común e intentar desarrollar las funciones inherentes a la patria potestad de forma claramente consensuada y teniendo como único horizonte el interés del menor.

Las consecuencias prácticas de este modelo se concreta en las cuestiones referidas al derecho de visita, la pensión por alimentos y el uso y atribución de la vivienda familiar. Al haberse comentado estos aspectos con anterioridad me remito a lo expuesto.

1.2.La custodia exclusiva en el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental.

El Anteproyecto de Ley, según la Exposición de Motivos, pretende ser un instrumento para modificar la actual predisposición existente a favor del modelo de custodia exclusiva frente a la compartida. Pero en la práctica no modifica en exceso lo regulado en nuestro ordenamiento para la custodia exclusiva. Se puede afirmar que la única novedad que plantea consiste en la concreción de unos factores que el

Juzgador ha de tener en cuenta a la hora de resolver sobre el otorgamiento de cualquiera de los dos modelos de guarda y custodia.

En este sentido el Juzgador para resolver sobre la adopción de cualquier modelo deberá ponderar factores tales como, *“la edad, opinión, arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.”* No es excesivamente novedoso porque en la actual legislación, el Juzgador también debe tener en cuenta unos factores, aunque no están determinados con esa concreción, para resolver sobre el otorgamiento del modelo de custodia.

De igual forma se recoge en el Anteproyecto de Ley prohibiciones al Juzgador para el otorgamiento de la custodia exclusiva en función de posibles condenas firmes por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Se denegará la concesión de la custodia exclusiva, iniciado un procedimiento penal por delitos domésticos, siempre que exista una resolución judicial en la que se constaten indicios de criminalidad. No obstante cabe la posibilidad de conceder la custodia aún en los supuestos anteriores, en base al interés del menor, la escasa pena, reincidencia y peligrosidad, si el Juzgador lo considera conveniente. Por último en relación con las prohibiciones, se le otorga la posibilidad al Juez civil de no otorgar la custodia exclusiva si advierte durante el proceso la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

En el Anteproyecto de Ley se pretenden modificar aspectos que afectan al modelo de custodia exclusiva, en relación al derecho de visita, la vivienda, la

prestación económica y las relaciones con terceros. Estas modificaciones han sido comentadas en el capítulo anterior por lo que me remito a lo expuesto.

1.3.La custodia exclusiva y el interés del menor.

El modelo de custodia exclusiva puede ser perjudicial o beneficioso para el interés del menor, en función de la determinación del interés en cada caso concreto. No se puede afirmar en abstracto que este modelo es perjudicial o beneficioso para el menor. Es cierto y se ha comentado con anterioridad que este modelo por sus especiales características y sobre todo porque el menor va a convivir mayor tiempo con uno de los progenitores, dependerá en gran medida de la buena disposición que tengan ambos padres. Existen opiniones a favor y en contra de este modelo, la mayoría desde la perspectiva de los progenitores y no de la del menor. Sería conveniente que fuese el menor desde su perspectiva y madurez, quien determinase si este modelo es perfecto, o debe modificarse en función de su interés. De todas formas no hay que olvidar que las opiniones vertidas por el mismo, responderán a su experiencia personal y deberán ser circunscritas a cada caso concreto.

2. EL MODELO DE CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNA.

2.1.Concepto, contenido y elementos.

2.1.1. Concepto.

El modelo de guarda y custodia compartida o alterna no aparece definido en la Ley 15/2005, por lo que, siguiendo a la doctrina, debemos considerarlo como un concepto jurídico indeterminado³¹⁵. Por tal motivo se debe acomodar a cada caso

³¹⁵ SANTANA PÁEZ, pág.723, considera que el Legislador no define la custodia compartida precisamente para que dentro de la misma puedan caber todas las posibles opciones de custodia adaptadas a cada caso concreto, lo que es acertado aunque la indefinición fomente que se siga manteniendo la lucha por la terminología.

concreto³¹⁶. Esta indeterminación produce inseguridad jurídica, que puede conducir a cierta arbitrariedad sobre todo en las resoluciones judiciales³¹⁷. Solamente el art. 3 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana ofrece una definición de convivencia compartida: “*Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores acordado voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial*”. Podemos aceptar cualquiera de las múltiples definiciones existentes en la doctrina sobre la custodia compartida³¹⁸.

³¹⁶ CAMPUZANO TOMÉ, pág. 2511, en su trabajo realizado con anterioridad a la Ley 15 /2005, se muestra claramente partidaria de que el Legislador no realice una regulación detallada de la figura de la custodia compartida, sino que como ella afirma debe “ *limitarse a configurar un amplio y flexible marco en el que tengan cabida todas las posibles modalidades de custodia ajustadas a las diferentes situaciones en que se pueden envolver la situación del menor*”. CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1748, destaca el carácter de falta de concreción del contenido del término de custodia compartida, lo que origina el tener que decidir en cada caso concreto el sistema y el contenido del mismo. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de fecha 31 /07/ 2008, SEP/ SENT/ 175659, dispone que” *La custodia compartida no es una solución válida para todos los supuestos, para su aplicación han de ser ponderadas las circunstancias de cada caso*” Reconoce la Sentencia, que hay que estar a cada caso concreto, para poder determinar si es correcto o no la atribución de la custodia compartida, lo que es consecuencia de la indeterminación del concepto.

³¹⁷ ZURITA MARTÍN (2007), págs. 264 y ss, se muestra contrariada con el hecho de la indeterminación conceptual del Legislador sobre la cuestión, aunque ella, considera que el problema viene de atrás, concretamente al diseccionar el Legislador la patria potestad en dos conceptos, por un lado, la titularidad y el ejercicio de la potestad paterna.

³¹⁸ ESPARZA OLCINA, pág. 202, la define como la “*igualación de los periodos de estancia de los menores con cada cónyuge,*” de modo que no puede hablarse de progenitor custodio y no custodio .GARRIGA GORINA , pág. 6, por su parte la define de la siguiente forma “ *Es un criterio de atribución de la guarda de los hijos en casos de crisis matrimonial o de pareja, que consiste en atribuirla a cada uno de los progenitores en la medida de su dedicación histórica a las tareas del cuidado de los hijos antes de la ruptura.*” Por su parte VELA SÁNCHEZ, pág. 65, considera que la custodia compartida supone “*Una igual implicación legal y física de los progenitores en la crianza de los hijos, una alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de los padres*”. HERNÁNDO RAMOS, pág. 4, define la custodia compartida “*la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes*”. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 135, por su parte define de forma extensa la guarda como “ *aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención , educación en valores, formación , vigilancia y desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia* .CAMPUZANO TOMÉ, pág. 25. Al respecto sobre una definición manifiesta lo siguiente” *A la vista*

Especialmente acertada es la definición formulada por ORTUÑO MUÑOZ: *“aquella modalidad de ejercicio de responsabilidad parental en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”*³¹⁹.

Desde un punto de vista terminológico, el adjetivo “compartida” es objeto de discusión por la doctrina³²⁰. Por un amplio sector se prefiere la utilización del adjetivo “alternada“, en vez del coloquial “compartida”³²¹. La divergencia no es

de estas decisiones jurisprudenciales y como conclusión general, al margen de las que puntualmente serán reseñadas, podemos afirmar que cuando se habla de la custodia compartida como medida a arbitrar en relación con los hijos no debe pensarse en un modelo único de custodia. La custodia compartida se configura como una modalidad amplia de custodia que va a permitir a los progenitores, de común acuerdo, o en su caso al Juez, a instancia de uno de ellos, arbitrar diversas medidas ajustadas al caso concreto que se plantea. Tal régimen se revela como figura idónea en algunas situaciones y rechazable en otras.” ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA (2007), pág. 3, definen la custodia compartida de la siguiente manera, *“La custodia compartida, es una modalidad de custodia que implica que ambos progenitores ejercen las funciones antes señaladas, de forma alterna, por lo que la atribución de la vivienda no será automática ni preferente, ni tampoco la pensión de alimentos. Deberá entonces diseñarse un sistema que permita ejercer la custodia compartida de forma adecuada”*. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, pág. 719, define la custodia compartida como *“La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes...”*. Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª de fecha 22/02/ 2008(SP/ SENT/ 163632), define la custodia compartida *“es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica y rotatoria del cuidado, atención, y educación de los hijos, y lógicamente pueden existir diversos supuestos”*.

³¹⁹ ORTUÑO MUÑOZ (2006), pág. 60 y ss.

³²⁰ VIÑAS MAESTRE (2008), págs. 6-7.

³²¹ CASTILLA BAREA, pág. 420. VIÑAS MAESTRE,(2008) pág. 5, es partidaria del concepto de custodia alterna, debido a que la custodia indica con quien de los dos progenitores deber vivir el menor de forma mayoritaria, por lo que es más correcto hablar de custodia alterna. CASTILLO MARTINEZ, pág. 1746. VIVAS TESÓN, pág. 66. ESPARZA OLCINA, pág. 202, defiende el término custodia alterna y no compartida porque lo que realmente es la custodia compartida es la igualación de los periodos de estancia de los menores con los hijos. GUILARTE MARTÍN CALERO (2008), pág. 156. SAN SEGUNDO MANUEL, pág. 141. PÉREZ SALAZAR RESANO (2010), pág. 256. HERRERA DE LAS HERAS, pág.4, es partidaria del término custodia alterna, pero reconoce que el término compartida es el más conocido socialmente. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 31 de marzo de 2004 (TOL 445758), considera que la guarda y custodia compartida se desenvuelve en la cotidianidad para lograr la formación integral del hijo, siendo necesario para ello, que sean los dos progenitores los que desarrollen todo su sentido, de ahí que no

solamente gramatical, sino que afecta al propio sentido y contenido del término. Cuando se habla de custodia compartida nos estamos refiriendo a supuestos de crisis matrimonial, no a supuestos normales en donde no existe una ruptura del matrimonio o de la pareja. En estos casos estaríamos hablando de ejercicio conjunto de patria potestad³²². La doctrina utiliza el término guarda compartida para referirse a distintas situaciones, que se pueden resumir en dos modalidades, por un lado, la guarda y custodia conjunta o simultánea y por otro la guarda y custodia alternativa o sucesiva³²³. La primera se define como aquella que se realiza por parte de los padres que conviven y cuando los progenitores con posterioridad a la ruptura han decidido emprender una convivencia de hecho después de la resolución judicial³²⁴. Con respecto a la segunda, la denominada guarda alterna, o también llamada sucesiva, consiste en el hecho que cada hijo convive con cada progenitor por periodos alternos o sucesivos de tal forma que será guardador el que conviva con el hijo en cada momento concreto. Por lo tanto, no puede hablarse de una guarda conjunta, porque indudablemente, los progenitores no viven juntos y no es posible que ambos

puede hablarse de “compartida”, sino que debería de hablarse y denominarse como “*custodia periódicamente alternativa*”. Por su parte en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12ª, de fecha 20 de diciembre del 2006 (SP/ DOCT/ 103016) y la de la misma Audiencia pero con fecha 12 de enero del 2007 (SP/ SENT/ 103017) consideran que hay que diferenciar entre el concepto de custodia alterna y el de compartida. Por el contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12ª de fecha 20 de febrero del 2007 (SP/ SENT/ 103017) considera que no existe diferencia entre la custodia alterna y la compartida.

³²² Se puede considerar siguiendo a LATHROP GÓMEZ, pág. 276, que se pueda hablar de un concepto de guarda y custodia general y custodia compartida. El primero, aplicado al caso de guarda y custodia general, consiste en el cuidado personal, directo y diario de los hijos, ejercitado a través de la convivencia con los progenitores. Y el otro, el de custodia compartida, hace referencia al conjunto de actuaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin que se restrinja su contenido al hecho de vivir con los hijos. ZARRALUQUI (2007), pág. 73, formula al respecto que el término guarda y custodia compartida, es inadecuado y proclive a crear confusión. Compartir hace referencia a usar y consumir entre ambos, con un claro componente de simultaneidad, lo que se opone conceptualmente al término guarda. La patria potestad se puede compartir, pero la custodia es una cuestión de presencia de inmediatez. No se puede compartir la guarda y custodia, si es una pareja que vive separada, solamente cuando no existe ruptura, según el autor, se puede hablar del compartir. Se comparte la custodia, cuando se comparte la vivencia, de lo contrario hablar de compartir es forzar el significado de las palabras. Por ello, ultima manifestando que lo correcto es hablar de “alternatividad”.

³²³ ZURITA MARTÍN (2007), pág.271. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 1 de marzo (JUR 2004, 125769), se habla de “custodia compartida en alternancia”.

³²⁴ De la misma opinión VELA SÁNCHEZ, pág. 66.

progenitores ejerzan a un mismo tiempo³²⁵. Lo más correcto sería referirnos a una guarda alterna, puesto que la custodia del menor no se comparte sino que se alterna³²⁶.

Este sistema se considera para la mayor parte de la doctrina y de la Jurisprudencia, como custodia compartida o, de responsabilidad y tiempo compartido³²⁷. Conviene precisar tal y como lo hace con acierto LATHROP GÓMEZ, que” *no se trata de una rotación matemática entre los padres de los tiempos de convivencia con el hijo sino una sucesión equilibrada y proporcionada de los mismos*”.

De igual forma hay que concretar que la custodia compartida no puede ser asimilada a la existencia de un amplio régimen de visitas³²⁸. El tener un amplio régimen de visitas por parte del progenitor no custodio no puede entenderse consustancialmente como un régimen de custodia compartida, en el sentido literal del concepto jurídico, puesto que si bien es cierto que cuando el progenitor no custodio tiene al menor dentro del marco del régimen de visitas, está ejerciendo de forma exclusiva la guarda y custodia de ese menor, esta situación no puede ser considerada como una custodia compartida. LAUROBA LACASA defiende que la custodia compartida implica una responsabilidad mayor que la que se ostenta cuando el progenitor esta disfrutando de un régimen de visitas, por lo que no se han de confundir ambas situaciones, dado que la primera supone asumir unas obligaciones y

³²⁵ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 351.

³²⁶ GUILARTE-MARTÍN CALERO (2008), pág. 13.

³²⁷ VELA SÁNCHEZ, pág.66. Al respecto, resulta interesante lo que considera ORTUÑO MUÑOZ (2006), pág.63, manifiesta que para compartir las funciones parentales no es necesario la convivencia con el menor, así en el supuesto del progenitor que viaja, o que esta desplazado por cuestiones laborales. Del mismo modo en las págs. 64 y 65, nos indica que la guarda compartida no es lo mismo que la guarda por períodos repartidos, pues como bien considera, repartir no es lo mismo que compartir. SEISDEDOS MUIÑO (2006), pág. 2210, hace referencia al problema terminológico provocado por el error del Legislador en la apreciación del significado del término. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero del 2007 (LA LEY 629/ 2007), establece “*con respecto a la custodia compartida, nos estamos refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres, o sea cuando se resuelve sobre la custodia, lo que se esta decidiendo es con que progenitor vivirá el niño en cada momento.*”

³²⁸ SERRANO MOLINA (2006), pág. 735. Mantiene la opinión contraria, al considerar que la guarda compartida, no es sino un régimen de visitas ampliado. Se argumenta que compartir no es sino repartir, dividir, distribuir las cosas en partes, por lo que para el autor no existe diferencia entre la guardia compartida y un régimen de visitas. Asimilándolo en el hecho de que ambos suponen tener que guardar al menor durante un tiempo determinado.

responsabilidades de las que se carece durante el régimen de visitas³²⁹. Es por esto por lo que no se puede pretender tener un amplio régimen de visitas con la finalidad de que en la práctica se asemeje a un sistema de custodia compartida. Asimismo, se ha pronunciado la Jurisprudencia en reiteradas sentencias³³⁰.

2.1.2. Contenido.

Es conveniente, antes de entrar en el contenido de este modelo de guarda, tener presente que la guarda y custodia de los hijos en cualquiera de sus modelos, tanto la exclusiva como la compartida, no implica la tenencia de ningún poder sobre el menor. La guarda y custodia no otorga a quien se le atribuye un conjunto de mayores facultades que las que se derivan de la guarda, y que son exactamente las mismas que las que ostenta el no custodio durante los períodos temporales que tiene al menor en virtud del régimen de visitas que se ha establecido³³¹.

Quien ostenta la custodia compartida, se limita a desarrollar todas las facetas que se encuentran dentro de la custodia de los hijos, referidas a los aspectos más habituales y concretos de la vida y desarrollo evolutivo del menor. Es un modelo pensado para ejercitar las funciones inherentes a la patria potestad, por parte de los progenitores, pero en una situación de crisis matrimonial o ruptura de la pareja³³². DE TORRES PEREA defiende que la custodia compartida es el resultado de aplicar a las relaciones paterno-filiales en situación de ruptura los principios del interés del

³²⁹ LAUROBA LACASA, pág. 1497.

³³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de fecha 31/03/ 2009 (SP/ SENT/ 477410). “No considera la Sala que deba de ampliarse la permanencia de los hijos comunes con su padre dos tardes intersemanales con pernocta, como solicita el recurrente, lo que equivaldría a un guarda y custodia compartida, que se ha denegado, considerando suficiente el régimen de estancias con el padre...”. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 3ª, de fecha 20 /03/ 2009 (SP/ SENT / 483615). En esta Sentencia, se dispone que el régimen de visitas del padre, que conlleva una pernocta de 14 días al mes, no es una custodia compartida, aunque se asemeje, puesto que no cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida, Sección 2ª de fecha 4 /9/ 2009 (SP/ SENT/ 488992). Se rechaza por la Audiencia un régimen de visitas a favor del padre, puesto que dado su amplitud, se asemeja a un régimen de custodia compartida, por lo que no se admite.

³³¹ VIÑAS MAESTRE (2012), pág .5.

³³² LAUROBA LACASA, pág. 1494, la considera una función más de las inherentes a la patria potestad.

menor, el principio de igualdad entre hombre y mujer, el principio de coparentabilidad y el de corresponsabilidad parental, destacando que la coparentabilidad pretende “no despojar al hijo de sus raíces afectivas y genealógicas”³³³. La custodia compartida se sustenta en la fusión de dos derechos, por un lado, el de los hijos a tener una relación con ambos progenitores, y, por otro, el de los progenitores de tener una relación equilibrada y continuada con los hijos³³⁴. Requiere, para que el modelo pueda tener éxito, que exista una dedicación especial y un espíritu de sacrificio y colaboración por parte de los progenitores, así como que sean capaces de anteponer a sus intereses el de sus hijos³³⁵. La doctrina, aunque no de forma unánime, opina que es necesario que el modelo sea aceptado por ambos progenitores. De lo contrario difícilmente podrá producir efectos positivos³³⁶. GARCÍA GARNICA manifiesta que el objetivo de este modelo, es “que la ruptura de la pareja no conlleve la ruptura de la familia”³³⁷. Hay que dejar muy claro por parte de los operadores jurídicos que el contenido de este modelo no es sino el ejercicio por ambos progenitores de la patria potestad en sus efectos prácticos.

2.1.3. Elementos.

En líneas generales no existen unos elementos claramente identificadores. El motivo de esta falta de concreción es la propia indeterminación conceptual³³⁸. La existencia y concurrencia de muchos aspectos, circunstancias, elementos, formas y

³³³ DE TORRES PEREA, pág. 15. En el mismo sentido LAUROBA LACASA, pág. 1500.

³³⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 2.

³³⁵ DE TORRES PEREA, pág. 14, considera que los padres en situaciones de ruptura son responsables ante los hijos de que las disputas existentes entre ellos, afecten a los mismos. Defiende que los padres deben de sacrificar sus intereses en bien de sus hijos. ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA, pág. 20. Esta cuestión es importante, porque no podemos olvidar que junto a la custodia de los hijos, se adquieren derechos sobre la vivienda y las prestaciones de alimentos. Por tal motivo, se debería poder separar lo que es el derecho al cuidado de los hijos del derecho que se tenga a usar la vivienda familiar. Es difícil, tal vez el Legislador debería haber realizado reformas sobre la cuestión, que lograrán evitar que se escondan intereses meramente económicos en la petición de custodia de los hijos, por eso es muy importante, que los progenitores estén dispuestos a sacrificar sus intereses personales, por el de los hijos. En el mismo sentido CASTILLA BAREA, pág. 426.

³³⁶ VIVAS TESÓN, pág. 758.

³³⁷ GARCÍA GARNICA (2008), pág. 50.

³³⁸ IVARS RUIZ, pág. 47, señala que esta falta de concreción es altamente negativa.

límites, contribuyen a que no se pueda hablar de un modelo de custodia compartida, sino de infinidad de modelos, tantos como posibilidades existan, y por ello hay que circunscribirse a cada caso concreto³³⁹. Los elementos se pueden catalogar en personales y materiales. Con respecto a los primeros resulta evidente que están encarnados por un lado, por los progenitores y en el otro por los hijos. En relación a los elementos materiales lo conforman el modo concreto en el que se va a desarrollar este modelo, recogiendo por tanto los aspectos tales como el régimen de visita, el tiempo de estancia con cada progenitor, la vivienda, la pensión por alimentos, etc.

Existen multitud de opiniones en la doctrina sobre el cómo debe realizarse de forma práctica un modelo de custodia compartida. Se postulan sistemas diarios, semanales, mensuales, en cuanto al tiempo de duración de cada período³⁴⁰. De igual forma algunos autores se inclinan por establecer la custodia compartida en función de la edad de los menores³⁴¹. Se encuentran posiciones favorables a que la misma se desarrolle sin que el menor tenga que abandonar el domicilio familiar, y en sentido contrario³⁴². Se defiende la opinión de que se ha de constituir un régimen económico separado del de los progenitores que garantice la sostenibilidad económica del sistema³⁴³. En definitiva, existen multitud de propuestas sobre cómo ha de

³³⁹ ZURITA MARTÍN (2007), pág. 293. LATHROP GÓMEZ, pág. 496, lo describe muy bien al hablar de que no debe de existir “sentencias estereotipadas”, sino que debe de estudiarse por los Tribunales, cada caso concreto. TAMAYO HAYA, pág. 750, es partidario de que no existan modelos determinados sino que la flexibilidad sea la norma general.

³⁴⁰ BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 705, es partidaria de cualquier periodo temporal. CASTILLO MARTINEZ (2007), pág. 1753, defiende una horquilla de entre un mes y tres meses, y si es inferior que se suprima el régimen de visitas para el no custodio. De la misma opinión DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 13. VIVAS TESON, pág. 79, es partidario de la división de los días en lectivos y no lectivos de tal manera que a un progenitor les correspondería uno u otros.

³⁴¹ VIÑAS MAESTRE, (2008), pág. 14, distribuye los periodos en función de la edades de los menores, de tal forma que a partir de la edad de quince años, por periodo quincenales, de edad inferior a los 12 por semanas y con seis o siete años partiendo la semana.

³⁴² A favor de que los padres sean los que roten el domicilio BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 705. CERVILLA GARZÓN, (2009), pág 52. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 23 de octubre del 2006 (JUR 2007/ 228244). En sentido contrario VIÑAS MAESTRE (2008), pág. 12. CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1742. La Jurisprudencia se ha mostrado partidaria de que sean los menores los que acudan al domicilio del progenitor. Así tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 24 de abril de 2006 (JUR 2006/ 230967), Audiencia Provincial de Gerona de fecha 3 de noviembre del 2006 (JUR 2007/ 105329). Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 20 de febrero del 2007 (JUR 2007/ 101427). Audiencia Provincial de Toledo 16 de mayo del 2008 (JUR 2008/ 330924).

³⁴³ CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1754, es partidaria de que se establezca una cartilla para el menor y que los padres figuren como autorizados para los gastos ordinarios y extraordinarios. IVARS RUIZ, pág. 125, se muestra partidario de que los gastos ordinarios de los hijos se abonen por cada progenitor y los extraordinarios por mitad. De la misma opinión CASTILLEJO

formalizarse dicho sistema de custodia. Teniendo como premisa el interés del menor, es conveniente que ante las diferentes modalidades del sistema se opte por aquél que otorgue prevalencia al interés, sin que ello implique que considere a este modelo como el más idóneo.

Con respecto al tiempo, considero que es más favorable cierta estabilidad en cuanto a la relación con sus progenitores. De tal forma se puede establecer un período de tres meses con cada progenitor, lo que evita la sensación de inestabilidad temporal y permite afianzar mejor al menor en el entorno propio de cada progenitor³⁴⁴. Pensemos en el hecho que el progenitor haya constituido una nueva familia y tenga otros hijos, lo lógico es que el menor que acude al nuevo núcleo familiar tenga la completa seguridad, lo mismo que el núcleo receptor, que su permanencia será por un periodo de tiempo que no es ni muy corto ni muy largo. Ello facilita la adaptación y la posterior suspensión de la convivencia. Al mismo tiempo esta temporalidad permite la posibilidad del afianzamiento de nuevas amistades para el menor. No obstante, y en sentido contrario, la jurisprudencia y algún sector de la doctrina se inclina por una flexibilidad en un intento de abandonar la rigidez temporal para adoptar medidas imaginativas que favorezcan al menor³⁴⁵. Se ha optado por establecer períodos semanales de tal forma que el menor permanece con un progenitor de domingo a jueves y con el otro de viernes a domingo, si bien a diario y desde las cuatro de la tarde hasta las diez los menores permanecerían con la madre, dado que los domicilios de ambos progenitores se encontraban muy cerca³⁴⁶. Inclusive aún teniendo domicilios distantes, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 3/11/2006 (JUR 2007/ 105329) se adoptó un período temporal dividido por días de tal forma que los menores estarían con el padre los

MANZANARES, pág. 369. GUILARTE MARTÍN CALERO (2005), pág. 175. De tal forma lo recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 14 de octubre del 2003 (EDJ 2003/ 145843).

³⁴⁴ CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1753, se muestra partidaria de establecer periodos de tiempo de un a tres meses, al considerar que estos periodos son los adecuados a fin de garantizar la estabilidad emocional del menor. Argumenta la autora sentencias de las Audiencias Provinciales donde se recoge un tiempo menor, concretamente la de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de abril del 2003, que establece una semana. Personalmente discrepo de esta consideración puesto que tan cortos periodos de tiempo hacen nacer en el menor una inestabilidad temporal de estar continuamente cambiado de progenitor custodio.

³⁴⁵ DE TORRES PEREA, pág.42.

³⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 9 /5 /2005, *Revista Derecho de Familia*, N° 30. Marzo 2006, págs. 169-170.

martes, los jueves y los fines de semana alternos, y con la madre los lunes y los miércoles y restantes fines de semana. LATHROP GÓMEZ defiende que no es necesario que exista una rigurosa alternancia en la convivencia, puesto que puede designarse a uno de los dos progenitores como principal para el cuidado personal de los hijos, pudiendo el menor convivir con ambos sin estar sujeto a un estricto sistema de turnos³⁴⁷.

En cuanto a la vivienda familiar, DÍAZ MARTÍNEZ señala que en la Ley 15/2005 debería haberse contemplado algún criterio para la atribución del uso de la vivienda en los supuestos de custodia compartida, por lo que en la actualidad esta cuestión es “materia huérfana de regulación”³⁴⁸. Lo que obliga a que sea objeto de reflexión en el sentido de determinar en interés del menor a quién se le debe de atribuir la vivienda. En los supuestos de custodia compartida los Tribunales han optado preferentemente por atribuir la vivienda a uno de los progenitores, el más necesitado de protección, teniendo los hijos que ir trasladándose a los domicilios de los padres³⁴⁹.

En los supuestos en los cuales la custodia se atribuya a ambos progenitores por periodos temporales, el uso de la vivienda familiar debería ser atribuido a los hijos, siguiendo lo establecido en la norma, concretamente en el artículo 96 del CC, y por ende al progenitor que conviva con ellos durante los periodos temporales.

Desde la perspectiva del menor lo más acorde con su interés es el hecho de que permanezca en la vivienda original siendo el progenitor custodio en cada período, quien tenga que incorporarse a la vivienda³⁵⁰. Este modelo es lo que se conoce como custodia “tipo nido”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª de fecha 28/5/2008 (LA LEY 107608/ 2008), atribuyó la

³⁴⁷ LATHROP GÓMEZ (2009), pág. 286.

³⁴⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1000. De la misma opinión CERVILLA GARZÓN (2009), pág. 61.

³⁴⁹ Así aparece en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de noviembre del 2006 (JUR 2007/ 105329), de Córdoba de fecha 24 de abril del 2006 (JUR 2006/ 230967), de Barcelona de 20 de febrero del 2007 (JUR 2007/ 101427), y de Toledo de 16 de mayo del 2008 (JUR 2008/ 330924). En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 5 de septiembre del 2008 (JUR 2008/ 376155).

³⁵⁰ DE TORRES PEREA, pág. 39, considera que la aplicación literal del artículo 96 del CC, obligaría a que los hijos permanecieran siempre en la vivienda familiar y ser sus padres quienes alternativamente convivieran en la misma con ellos. Aunque lo mejor sería para el autor que la misma se vendiera y repartir los ingresos entre los progenitores.

vivienda en exclusividad a los hijos y por extensión y por semestres alternos al progenitor que ostentara la guarda y custodia. Ello presenta indudables ventajas, en primer lugar que hace desaparecer en el menor el denominado síndrome maleta, en segundo lugar que estabiliza a éste en un domicilio el cual considera como suyo , y en tercer lugar que facilita enormemente que el menor mantenga su entorno de amistades y de vecindad. El único inconveniente radica en el hecho que el progenitor no custodio es el que se incorpora a la vivienda lo que supone el tener que trasladar de forma habitual sus enseres al domicilio del menor, al igual que le supone tener que cohabitar con el mobiliario usado por el otro progenitor, lo que puede suponer cierto problema.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, pretende una modificación del artículo 96 del Código Civil en relación a la atribución de la vivienda en los supuestos de ruptura de los progenitores. Se opta por establecer que el uso de la vivienda familiar podrá ser atribuido por periodos alternos a ambos progenitores, lo que implica que los hijos permanecerán en la vivienda familiar y serán los progenitores cuando ostente la custodia los que podrán hacer un uso del mismo. Pretende el legislador adoptar el sistema de la custodia “tipo nido”, al atribuir el uso de la vivienda por periodos alternos que coincidirán con el tiempo de custodia de cada uno de ellos. Esta medida que puede adoptar el Juez con respecto al domicilio familiar no será acogida con satisfacción por los progenitores al suponerles un inconveniente importante a su vida tras la ruptura.

Con respecto a la posibilidad recogida en algunas sentencias y por algún sector de la doctrina, referente a la venta de la vivienda familiar y repartir los ingresos entre los progenitores, supone desde mi punto de vista ir en contra del interés del menor, porque esto conlleva despojar al menor de una vivienda segura³⁵¹. Esta medida únicamente beneficia a los progenitores en el aspecto económico, sin tener en cuenta la seguridad y estabilidad de los hijos. DE TORRES PEREA en sentido contrario, apuesta por esta posibilidad y no la considera contraria al interés del menor, porque si bien se produce un perjuicio desde el punto de vista de la

³⁵¹.Efectivamente así se recogen en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª de fecha 21 /2/2008 (LA LEY 27936/2008) y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª de fecha 29 / 6 / 2005 (JUR 2005/ 190190).

estabilidad geográfica del menor, puede ser beneficiosa para aumentar la estabilidad de los lazos afectivos con sus padres³⁵².

Por último, por lo que respecta a la pensión por alimentos en un modelo de custodia compartida, hay que tener presente que al igual que en el modelo de custodia exclusiva, los progenitores deberán satisfacer las necesidades económicas de los hijos, para que su situación personal no se vea afectada. Se han formulado distintas opciones para este modelo. En situaciones de custodia compartida normalmente se establece que el progenitor que se encontraba en una mejor situación económica debía abonar al otro una determinada cantidad durante los meses que el menor conviviera con él. Así aparece reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª de fecha 17/4/2009 (JUR 2009/219343). DE TORRES PEREA, plantea la posibilidad de que se dividan los gastos de los menores entre los progenitores, de tal forma que, por ejemplo, los gastos de vestuario y educación los abone uno de ellos y los de alimentación y actividades los satisfaga el otro, teniendo siempre presente la capacidad económica de cada uno de los progenitores. Aunque reconoce que lo más acertado es la apertura de una cuenta común, donde en función de la capacidad económica, se hagan ingresos periódicos fijos para satisfacer los gastos extraordinarios, haciéndose cargo cada progenitor de la alimentación del menor durante los periodos temporales que convivan con él³⁵³. Por su parte el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 19 de julio del 2013 (RJ 4082/2013), atribuye la custodia compartida de los hijos por quincenas y con respecto a la pensión establece que cada progenitor se hará cargo de las necesidades de los hijos durante el período temporal que convivan con ellos, y los gastos extraordinarios por mitad.

Con independencia del sistema económico que se adopte, la satisfacción de los gastos del menor deberá hacerse durante el periodo temporal de convivencia con los progenitores con criterios de igualdad siempre que no exista desproporción económica entre ambos progenitores³⁵⁴.

³⁵² DE TORRES PEREA, pág.40. En similares términos, LAUROBA LACASA, pág. 1499.

³⁵³ DE TORRES PEREA, pág. 45. De la misma opinión ALASCIO CARRASCO (2011), pág. 21.

³⁵⁴ CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1755. Se muestra partidaria de la medida, siempre que exista una proporción económica entre los progenitores, además alude con razón a la existencia en la Ley 15 / 2005, de la previsión de la creación de un fondo de garantías de pensiones que servirá al

Todo esta cuestión nos hace plantearnos si el modelo de custodia compartida es exclusivo para progenitores con una capacidad económica determinada. O si la ausencia de una determinada capacidad económica puede ser obstáculo para optar por este modelo. Considero que no debe ser un impedimento, y habrá que articular un sistema que combine la adopción de este modelo con las necesidades del menor, sin que ello suponga gravar en exceso al progenitor con capacidad económica.

El Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, con respecto a esta cuestión solo indica que hay que tener en cuenta el tiempo de permanencia de los menores con cada progenitor, aparte de otros factores, para fijar el cálculo de la prestación de alimentos en concepto de gastos ordinarios. En el modelo de custodia alterna, en donde los periodos temporales están divididos de forma prácticamente igualitaria, será difícil determinar esta cuestión. Esta propuesta del legislador no satisface las expectativas de los defensores de este modelo. Se ha defendido siempre que los progenitores no tuvieran que abonarse cantidad alguna en concepto de pensión por alimentos al existir un modelo de custodia compartida o alterna. El hecho que no se vaya a legislar en este sentido, puede motivar que algunos defensores de este modelo de custodia, reconsideren su postura, y retornen al modelo de custodia exclusiva, dado que una de las ventajas que se creía inherentes al modelo, no va a estar contemplada en la norma.

2.2. Ventajas e inconvenientes del modelo de custodia alterna para el interes del menor.

El modelo de guarda y custodia compartida o alternada presenta una serie de ventajas e inconvenientes.

propósito de que el Estado pueda garantizar el pago de las mencionadas pensiones alimenticias. Por el contrario la comentada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de fecha 20/2/2007(JUR 2007/101427), establece la custodia compartida, disponiendo un sistema de gastos igualitario, de tal manera que cada progenitor sufragará los gastos que tenga el menor durante el periodo de custodia, y los extraordinarios por mitad. De igual forma se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de fecha 5 de septiembre del 2008 (LA LEY 116202/2008). DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 25, se inclina por atribuir una pensión alimenticia a favor del hijo, cuando exista descompensación entre los progenitores, que se abonaría solamente durante los periodos en que éste se encuentre con el progenitor que adolezca de recursos. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 170.

2.2.1. Inconvenientes.

Se deben agrupar los inconvenientes siguiendo a la doctrina en función de los partidarios o detractores del mismo³⁵⁵. Los argumentos utilizados por los detractores se fundamentan básicamente en la consideración de ser negativo y por ende perjudicial el modelo, porque afecta la estabilidad emocional del menor³⁵⁶. De igual forma porque supone crear una inseguridad en el menor al obligarle a adaptarse a cambios constantes y continuos en su normal vivencia³⁵⁷. No obstante, podemos destacar los siguientes:

1. La custodia alterna perjudica a las mujeres, en tanto puede serle otorgada al padre, lo que facilitaría que éste utilizase esta posibilidad como arma de chantaje, para obtener otras ventajas³⁵⁸.

2. El incumplimiento del modelo incentivaría la conflictividad judicial entre los progenitores. No es posible la cooperación de los progenitores tras la ruptura³⁵⁹.

3. Puede ocasionar que aparezcan entre los progenitores un “combate” para determinar quién de los dos cuida mejor al menor y éste está más contento. Puede

³⁵⁵ Al respecto GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 157 y ss. LATHROP GÓMEZ, pág. 490 y ss. ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA, pág. 7. DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 15. BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 708. DELGADO CORDERO, pág. 712 y ss. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, pág. 722. ROGEL VIDÉ, pág. 302.

³⁵⁶ LATHROP GÓMEZ, pág. 492, señala como una desventaja del sistema de custodia compartida, “*la inestabilidad y la falta de unidad de dirección en el cuidado y educación del hijo*” “Es importante destacar como lo hace la autora, que si bien es cierto que la inestabilidad y la falta de unidad de los progenitores en la educación de los hijos hace fracasar el modelo, lo es también la existencia de una idea preconcebida de que un menor no puede compartir dos casas y dos relaciones parentales. Esto en gran medida, desde mi punto de vista se concreta en el hecho que tal vez la custodia compartida no sea un modelo para según que mentalidades. Puede funcionar muy bien en otros países, con otras mentalidades tal vez más frías y objetivas, pero puede no funcionar en países con una cierta mentalidad más pasional. BERROCAL LANZAROT (2006), pág.705. SERRANO MOLINA, pág. 738, considera que hay que salvaguardar la estabilidad emocional del menor. GUILARTE MARTÍN CALERO (2005), pág.159. CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1752.

³⁵⁷ CASTILLA BAREA, pág. 424. VIÑAS MAESTRE, pág. 14. DELGADO CORDERO, pág. 713.

³⁵⁸ Esta idea aunque puede parecer un tanto maniquea o inclusive absurda, no esta muy lejos de la realidad, puesto que es una realidad que muchos abogados animan a sus clientes cuando son hombres, a que pidan la custodia compartida, con la finalidad de posteriormente negociar el cambiar a exclusiva a favor de la madre, a cambio de medidas o beneficios económicos, que pueden afectarlos. Por mi experiencia profesional, he vivido dichas situaciones en más de una ocasión, por lo que puede decir que esta cuestión es real como la vida misma.

³⁵⁹ GUILARTE MARTÍN - CALERO (2005), pág. 159.

existir dificultad a la hora de unificar criterios con respecto a las cuestiones cotidianas del menor³⁶⁰.

4. Es un sistema en donde es difícil establecer la cantidad que les corresponde satisfacer a cada progenitor en relación al cuidado de los hijos³⁶¹.

5. Puede haber problemas con respecto a los menores y su integración en los nuevos núcleos familiares que conformen sus progenitores. No hay que olvidar que el menor tendría por temporadas que irse con cada uno de los progenitores y con la nueva familia que éste hubiera podido constituir³⁶².

2.2.2. Ventajas.

Los partidarios de este modelo, por el contrario destacan los siguientes aspectos positivos :

1. Facilita las relaciones cordiales entre los progenitores tras la ruptura. Se evita el sentimiento de pérdida que puede darse en el progenitor al cuál no se le atribuya la custodia de los hijos.³⁶³ Y de igual forma no hay que atribuirle a ninguno de ellos la idoneidad para ejercitar la custodia³⁶⁴.

2. Asignación equitativa y compartida de los gastos de los hijos.

3. Madurez de los hijos que se crían en este sistema al evitar el chantaje de hijos³⁶⁵.

³⁶⁰ VIÑAS MAESTRE, pág. 14. DELGADO CORDERO, pág. 717.

³⁶¹ GARRIGA GORINA, pág. 12.

³⁶² MACÍAS CASTILLO, pág. 256. VIÑAS MAESTRE (2008), pág. 14. BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 705.

³⁶³ VIÑAS MAESTRE (2008), pág. 17. BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 705. VELA SÁNCHEZ, pág. 68. MORÁN GONZALEZ, pág. 96. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 5.

³⁶⁴ ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, pág. 6. MORÁN GONZÁLEZ, pág. 96.

³⁶⁵ ELÍAS ZAMBRANO, pág. 16, formula una reflexión en torno al hecho de que los hijos que cuando sus padres se separaron o divorciaron por su edad, fueron meros sujetos pasivos, una vez llegados a la adolescencia, se han convertido en unos expertos manipuladores de ambos progenitores. Siendo el motivo que se han acostumbrado a la tenencia de dos hogares, el del padre y el de la madre, y amenazan constantemente a unos y otros, con el hecho de irse a vivir al hogar del otro progenitor. Las amenazas, se suscitan en torno a la adquisición de bienes materiales de consumo, o bien en la permisividad de horarios y prebendas. En relación con esto, soy de la opinión que tanto con la custodia exclusiva como con la compartida, estas conductas se dan, por parte de los hijos, cuando no han sabido adaptarse a una situación difícil, pero inevitable para ellos.

4. Idoneidad de la medida en atención al normal desarrollo integral del menor³⁶⁶.

5. Enriquecimiento del mundo social, afectivo y familiar del menor, puesto que tendrá que adaptarse a dos formas de ver la vida, la de su padre y su madre. De esta forma se asume mejor la ruptura, y se evita la sensación de abandono³⁶⁷.

6. Se evitarían los pleitos entre los progenitores. Igualdad de los padres en el ejercicio de la patria potestad³⁶⁸. Desaparecerá el SAP³⁶⁹.

7. Se comparten las cargas entre los progenitores y se obliga a adoptar una visión de conjunto respecto de la educación y desarrollo del menor³⁷⁰.

2.3.Plasmación en el ordenamiento jurídico.

2.3.1. Situación anterior a la reforma de la Ley 15 /2005.

Con anterioridad a la Ley 15/2005 de 8 de julio, ninguna norma regulaba de forma expresa la posibilidad de una custodia compartida o alterna en los procesos de ruptura matrimonial, aunque tampoco se excluía³⁷¹. Se adoptaba la exclusividad como criterio preferente dado que el propio artículo 90 del Código Civil mencionaba “determinación de la persona a cuyo cuidado deban quedar los hijos”, y el artículo 92.4 del CC, decía que cuando las circunstancias lo exigieran el cuidado de los hijos

³⁶⁶ VIVAS TESÓN, pág. 756.

³⁶⁷ BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 705. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, pág. 724. SERRANO MOLINA, pág. 740. VIVAS TESÓN, pág. 756. ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, pág. 6. VELA SÁNCHEZ, pág. 69. GUILARTE MARTÍN- CALERO (2005), pág. 159. MORÁN GONZÁLEZ, pág. 95. DE TORRES PEREA, pág.14.

³⁶⁸ GUILARTE MARTÍN CALERO (2005), pág. 159. MORÁN GONZÁLEZ, pág. 96.

³⁶⁹ BERROCAL LANZAROT (2006), pág.705. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, pág. 724. ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, pág. 6. VELA SÁNCHEZ, pág. 68. MORÁN GONZÁLEZ, pág. 96.

³⁷⁰ BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 705. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, pág. 724. VIVAS TESÓN, pág. 756. ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA, pág. 6. VELA SÁNCHEZ, pág.68. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 159. MORÁN GONZÁLEZ, pág. 96. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 5. CASTILLO MARTÍNEZ, pág. 1752. DE TORRES PEREA, pág. 15.

³⁷¹ DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 1. De igual manera lo considera CAMPUZANO TOMÉ, pág.2490. SEISDEDOS MUIÑO (2006), pág. 2402. DE LA FUENTE NUÑEZ de CASTRO, pág. 720. TAPIA PARREÑO, pág. 216.

correspondiera a uno sólo de los padres, sin olvidarnos del artículo 156 del Código Civil, que establece que la patria potestad en cuanto ejercicio, será ejercitado por el progenitor con quien conviva el hijo³⁷². Y dicha exclusividad era otorgada preferentemente a la madre en detrimento del padre. Las pocas ocasiones que los Tribunales se habían pronunciado a favor de atribuir la custodia exclusiva al padre antes de la Ley 15/2005, habían sido fundamentalmente por causas que inhabilitan a la madre, tales como que tuviese una enfermedad psiquiátrica³⁷³, o que fuera incapaz de atender convenientemente a la menor,³⁷⁴ o se fuese a vivir a una población distinta de donde residían los hijos, y ésta no tuviera el más mínimo interés por estar con éstos³⁷⁵ o, porque la madre tuviera un compañero sentimental que influyera negativamente y ocasionara una desestabilización emocional a los hijos³⁷⁶.

El sistema de custodia alterna, fue admitido de forma excepcional por la jurisprudencia menor³⁷⁷. CAMPUZANO TOMÉ expone que la Jurisprudencia anterior a la Ley 15/2005 adoptó tres posiciones con respecto a la cuestión³⁷⁸. La primera, no aceptaba este modelo por considerar que no era el mejor procedimiento y que no estaba regulado. En la segunda, se aceptaba aunque de forma restrictiva. La tercera, que puede considerarse ecléctica, se fundaba en la no admisión del sistema como modelo de guarda, pero se decidía ampliar de forma considerable el régimen

³⁷² ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, pág. 5, destacan que los Tribunales entendían que después de una ruptura, lo más conveniente era otorgar la custodia en exclusiva a uno de los progenitores, a quien además se le atribuía la vivienda familiar.

³⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Nº 111/2006, de 15 de junio (JUR 2006, 226116).

³⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas nº 216 / 2006, de 22 de mayo (AC 2006, 1223).

³⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, 167 / 2006, de 10 de marzo (JUR 2006, 227166).

³⁷⁶ Sentencia AP de Tarragona 322/ 2005 de 11 de julio (JUR 2006, 214179).

³⁷⁷ DE TORRES PEREA, pág. 12 se remite a tres sentencias por un lado de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 / 9 / 1997, de Valencia de 22/ 4/1999 , y 30/ 7/1999, en relación a que la custodia compartida se aplicaba por los Tribunales desde los años noventa. DELGADO CORDERO, pág. 713. Expone que del análisis de la Jurisprudencia con anterioridad a la reforma del 2005, se puede concluir en la negativa a reconocer el sistema de custodia compartida como beneficioso para el menor. Dicha negativa, estaba avalada por el respeto al principio del interés del menor, al considerar que no era positiva para el menor, puesto que podían aparecer desequilibrios emocionales en el mismo. Se somete a los hijos, a constantes cambios y traslados, los cuales influyen negativamente en su desarrollo personal.

³⁷⁸ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 342. Manifiesta que la custodia compartida atribuida a ambos progenitores, ha sido una medida escasamente adoptada por los tribunales.

de visitas del progenitor no custodio, de tal manera que en la práctica era un sistema de custodia alternada, aunque no estaba denominado de tal manera³⁷⁹.

No obstante y por acuerdo de los padres, se podía establecer que la misma fuera alterna, siempre que en el convenio se determinara y cuando el interés del menor no aconsejara lo contrario³⁸⁰. Por tanto era concedida por los Tribunales, en algunas ocasiones, de forma limitada, puesto que para la Jurisprudencia era una medida excepcional³⁸¹. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 14 de Octubre del 2003, establece *“Es innegable que ha de ser excepcional el compartimiento de la tarea, generalmente y por lo que la experiencia enseña tan excepcional como buena relación entre cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen, entre quienes son capaces de postergar su desacuerdo personal por el beneficio del hijo común. Cabe excepcionalmente entonces y siempre que las circunstancias objetivas lo propicien el compartimiento de la custodia, y sin perder de vista naturalmente el principio rector en la materia, el bonnum filii”*³⁸². El carácter excepcional de su reconocimiento se sustentaba en la falta de regulación legal, aunque la norma no la prohibía expresamente³⁸³. El criterio de la Jurisprudencia al respecto era básicamente la no concesión de la misma, por determinadas causas, en primer lugar, por no encontrarse regulada expresamente, no se podía acordar de oficio³⁸⁴. Se denegaba especialmente por un concepto

³⁷⁹ CAMPUZANO TOMÉ, pág. 248. Aparte de desarrollar con gran acierto un análisis detallado de la custodia compartida en la Jurisprudencia, nos ilustra de forma acertada con un número determinado de sentencias dictadas por la Audiencias Provinciales, que pueden aplicarse a cada uno de los tres sistemas anteriormente mencionados. De la misma opinión BERROCAL LANZAROT (2006.), págs. 701 y ss.

³⁸⁰ ZURITA MARTÍN (2007), pág. 274.

³⁸¹ ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, pág. 6. Y así lo tenemos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de febrero del 2005 (EDJ 2005/ 18351).

³⁸² JUR 2003/ 26477.

³⁸³ GUILLARTE MARTÍN CALERO (2005), pág. 113. De la misma opinión ESPARZA OLCINA, pág. 203. CASTILLEJO MANZANARES, pág. 342. ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA, pág. 15.

³⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de fecha 10 de febrero de 1999 (AC 1999/681), deniega la petición de custodia compartida por no estar establecido dicho modelo en la normativa vigente de la época. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 (JUR 2005/33611), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril del 1999 (AC 1999, 4941). CAMPUZANO TOMÉ, pág. 16, defiende que la falta de regulación legal con respecto a la existencia de la custodia compartida, ha hecho, que en muchos casos, aún reuniendo todos los

proteccionista de la madre frente al padre, en función de la tradicional concepción que la madre esta más capacitada para la crianza de los hijos que los padres³⁸⁵. Otro criterio utilizado para la denegación era que la misma suponía una alteración en el domicilio, colegio, educación del menor, lo que conllevaba a la denegación en virtud del interés del menor³⁸⁶. Se denegaba por la mala relación de los progenitores³⁸⁷.

Es cierto que no era una petición generalizada, porque no se encontraba recogida en la norma, lo que facilitaba precisamente su desconocimiento³⁸⁸. Lo más curioso era que siendo un modelo del cual se presuponían aspectos positivos para las

presupuestos considerados óptimos para la concesión, se denegó por los Tribunales, por no estar expresamente dispuesto en el ordenamiento la custodia compartida.

³⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de julio 1998 (AC1998/1429), en donde se dispone que “ en virtud de la edad de las hijas, de 7 y 5 años en la actualidad y de 4 y 2 años al tiempo de la demanda, deben de permanecer con su madre, puesto que no cabe desconocer la relación especial que los muy pequeños suelen desarrollar con la madre a través del amamantamiento, primeros cuidados de la higiene mayor atención de la madre en el aseo, vestido etc”.

³⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 1 de febrero del 2000 (AC 2000/ 777), al argumentar que es mejor la continuidad de la custodia con la madre, dado que la compartida supondrá tener que cambiar de domicilio, de su entorno habitual, de su habitación, e incluso de los amigos de estos. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de abril del 2003 (JUR 2003/142692). En este caso, se denegó la custodia compartida porque en el supuesto concreto, al tener el padre domicilio alejado considerablemente al de la madre, supondría un claro perjuicio para el menor. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de diciembre del 2003 (JUR 2004/20303) En este caso, a pesar de que los domicilios de ambos progenitores estaban relativamente cerca se denegó la custodia compartida en interés del menor. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona Sección 2ª de 9 de diciembre del 2000 (AC 2000/184) En esta sentencia, se rechaza la custodia compartida, al argumentar el Tribunal, que la individualizada “otorga a los hijos un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar, ya que la compartida diluye y provoca en los menores una situación de confusión y desorden que hasta ellos mismos reprueban...”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 20 de febrero 1998 (AC 1998/4077), rechaza la custodia compartida al considerar que tener a un menor por periodos los padres, solamente beneficia a éstos y no al menor. Así manifiesta la sentencia “forzar al hijo a que durante seis meses al año permanezca en la compañía de su padre, para otros seis meses al año permanecer con su madre. Quizá esa solución fuera la mejor para compaginar los lógicos y comprensibles deseos y derechos de ambos progenitores, pero la situación afectiva del hijo y su estabilidad emocional que precisa seguridad, hábitos y constumbres que no se alteren, debe de llevarnos a considerar que por ahora es mejor para él que la guarda y custodia se confiera a la madre.” Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 1999 (EDJ 1999/17761). Manifestaba la Audiencia que la custodia compartida no era la “*mas adecuada o coherente con el principio de favor filii y con la estabilidad del niño*”.

³⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 14 de junio de 1999 (AC1999/7856). Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 9 de febrero del 2000 (AC 2000/ 184).

³⁸⁸ CAMPUZANO TOMÉ, pág. 2490.

relaciones de los progenitores entre sí y con sus hijos tras una ruptura matrimonial, era rechazado no accediendo a la petición de parte³⁸⁹.

Los criterios utilizados por la Jurisprudencia han sido otorgarla cuando se dieran determinadas circunstancias, entre las que destaca: que las viviendas de los padres se hallen en el mismo edificio, o se produzca mediante un reparto de tiempo alterno, concretamente por semestres alternativos o por meses alternos, e incluso por periodos de 15 días³⁹⁰. Por tal motivo se accedió al establecimiento del modelo, debido a la buena avenencia de los progenitores y por ende con respecto a sus hijos³⁹¹. Se llegó a otorgar a pesar de la oposición frontal de la hija, de 17 años, a la

³⁸⁹ Así se puede ver en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de Abril de 1999 DER 1999/ 25565, en donde podemos leer “ *El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que se tome a este como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, que antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas con evidente perjuicio del menor.* ”

³⁹⁰ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 344 y ss. La custodia compartida otorgada en base a que los progenitores vivían en el mismo edificio en inmuebles diferentes, fue una Sentencia excepcional que se dictó por la Audiencia Provincial de Barcelona el 16 de Septiembre de 1998. (DER 1998/22218), “*En consecuencia, debe mantenerse la medida adoptada por la juzgadora de instancia no solo porque ambos progenitores parece que reúnen las condiciones adecuadas para ejercer la guarda y custodia del menor, sino porque en el presente caso se da una circunstancia especialmente relevante a estos efectos y es la de que tanto el padre como la madre vienen ocupando sendas viviendas sitas en el mismo edificio lo que de modo excepcional posibilita que a pesar de la ruptura matrimonial el niño no vea además agravada la situación por la modificación de su entorno y por la pérdida de la cercanía del padre y de la madre. Al contrario de lo que se expone por el apelante, debe ponderarse como muy adecuado para el desarrollo psicológico y afectivo del niño que éste pueda ver constantemente a su padre y a su madre, y que estos puedan igualmente gozar de independencia el uno respeto del otro conjugándose así de la mejor manera posible los intereses de cada uno y haciendo prevalecer los del menor*”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de octubre de 2003 (JUR 2003/26477). El Tribunal otorgó la custodia compartida, a pesar de la oposición a este método por parte de la madre, por considerar positivo, que los progenitores dispusieran de una vivienda en la misma localidad adaptada a las necesidades de la menor. Asimismo que ambos habían adaptado su trabajo para poder estar el mayor tiempo posible con la menor.

³⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 1 de marzo de 2004 (JUR 2004/125769). Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de septiembre de 2004 (EDJ 2004/ 1584.). El Tribunal en esta sentencia, considera de que la custodia exclusiva a favor de la madre, era negativa para la relación entre los progenitores, por lo que accede a este sistema, considerando que sería positivo para solucionar los conflictos surgidos entre los progenitores y su relación con el menor, aunque se justificaba atendiendo al interés del menor.

adopción de éste sistema³⁹². Por el contrario, se ha denegado por considerar que es poco aconsejable³⁹³, que no es adecuada ni coherente con el interés del menor³⁹⁴, que los repartos de tiempo resultan perjudiciales para el menor y para los progenitores³⁹⁵, que hay una desavenencia entre los progenitores³⁹⁶, que sería negativo para el menor

³⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2004 (JUR 2004/ 217508). Efectivamente el Tribunal decide mantener el régimen de custodia compartida que existía, a pesar de que la menor, con una edad de 17 años se oponía a que se mantuviera dicho régimen. Es significativo el hecho de que la relación con su madre, era pésima, lo contrario que con su padre, pero a pesar de ello, el Tribunal argumenta, que debía de mantenerse el sistema de la custodia compartida, por ser éste el que más garantizaba la relación de la hija con ambos progenitores.

³⁹³ Así se refleja en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona de 9 de febrero de año 2000 (AC 2000/ 184). el Tribunal considera “ *En cuanto a la guarda y custodia compartida que se había establecido en la sentencia de separación, existen claras muestras de su rotundo fracaso ante la situación de intransigencia y enfrentamiento entre los padres de los menores, lo que constituye un ejemplo paradigmático del fracaso de la guarda compartida cuando ésta no es propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores. De ahí que debiendo atenderse al interés de los menores como más merecedor de protección, no puede aceptar la Sala la propuesta de una guardia y custodia compartida que se ha revelado como permanente fuente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores...* ”

³⁹⁴ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de septiembre de 1999, se falla, “*La solución de guarda y custodia compartida no es de estimar como la más adecuada o coherente con el principio de favor filii, en cuanto vendría a representar un continuo cambio no solo de ámbito familiar, sino también de hábitos y costumbres de la menor, con la consiguiente repercusión en su formación integral...*” La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/ 2457), deniega la petición de custodia compartida del padre, por considerar que la misma sería contraproducente a la estabilidad física y emocional del menor. Manifiesta la Audiencia que la permanencia de un menor de corta edad, en periodos temporales con cada progenitor privaría al niño de un punto de referencia sobre su propio entorno. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2004/ 202259), se pronuncia contrario al establecimiento de la custodia compartida por considerar que la misma como modelo es perjudicial para el menor, al no constar con la aprobación de la madre, redundaría negativamente en el desarrollo futuro del menor.

³⁹⁵ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 11 de febrero de 1999, (AC 1998/ 3359) se puede leer “*Se plantea por la parte apelante la inconveniencia del régimen de guarda y custodia otorgada en la sentencia de primera instancia por cuanto establece que la mitad del curso escolar estarán las hijas con la madre (residente en Mojácar) y la otra mitad con el padre residente en Garrucha, además de otras medidas complementarias sobre vacaciones, lo que a su juicio no sólo no beneficia a las niñas sino que interfiere en sentido negativo en la vida cotidiana y estabilidad de éstas al estar escolarizadas en Mojácar y tener allí sus jóvenes amistades. De un lado obliga a un cambio de domicilio durante el periodo escolar con los inconvenientes que conlleva el tener que desplazarse los hijos de Garrucha a Mojácar durante la mitad del tiempo docente puesto que están escolarizados en el lugar de residencia de la madre. Y aunque es cierto que entre las localidades donde tienen sus domicilios el padre y la madre no existe gran distancia, no es correcto aplicar el principio de igualdad absoluta entre los progenitores en este punto porque esa no es, al entender de esta Sala, la solución más beneficiosa para los menores.*”

³⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de mayo 2004, (JUR 2005/ 2461) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo del 2004 (JUR 2004/ 119161).

el hecho que cada progenitor tuviera su propio domicilio, aunque éste se encuentre en la misma ciudad³⁹⁷, e inclusive que es contrario a la ley³⁹⁸.

Las escasas resoluciones judiciales que otorgaban la custodia alternada antes de la promulgación de la Ley 15/2005, se fundamentaban por parte de los jueces, en ser una decisión acorde con los nuevos tiempos y las nuevas necesidades de los hijos, incluyendo el interés del menor³⁹⁹, o que la medida no era contraria a las previsiones establecidas en el Código de Familia Catalán⁴⁰⁰. De igual forma, se adopta distribuyendo los periodos de estancia de los hijos en periodos mensuales e inclusive semanales⁴⁰¹. De todas formas, aunque no eran muy numerosas, si existen sentencias de las Audiencias Provinciales de fecha anterior al 2005, donde se otorga la custodia compartida, utilizando para ello los argumentos opuestos a los utilizados para denegarla⁴⁰². DE TORRES PEREA considera que las sentencias que con anterioridad

³⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba e 16 de diciembre del 2003 (JUR 2004/20303), Es curioso que el argumento para denegar la custodia compartida, sea el hecho de que ante la existencia de dos domicilios, uno por cada progenitor, sería contraproducente para la menor, porque al final no tendría un domicilio estable, sino dos, lo que a juicio del Tribunal redundaría negativamente en su desarrollo evolutivo.

³⁹⁸ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 7 de julio de 1997 (AC 1997/ 1591), se dice textualmente “*El legislador es contrario a este tipo de soluciones, y así lo pone de manifiesto, por todos el artículo 90 a) del CC que trata de la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos...*”.

³⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 20 de Octubre del 2004 (LA LEY 218278/2004), donde se señala que “*los reparos radicales del apelante al sistema de guarda y custodia compartida no dejaban de ser contrarios a todas las reformas legales que se estaban debatiendo, que no se encaminaban precisamente en el sentido propugnado en el recurso sino en el contrario.*” Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 8 de octubre de 1997 (AC 1997/ 2014). Se inclina la Audiencia por mantener la custodia compartida, que ya fue acordada en primera instancia, por considerar que en la actualidad es más beneficiosa para la menor.

⁴⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 20 de octubre del 2004 (LA LEY 218278/2004), que señala que “*de la interpretación del artículo 76.1 del Código de Familia Catalán no se desprende una prohibición del régimen de custodia compartida, pudiendo concluirse como mucho, al igual que lo que sucede con el CC, que dicha posibilidad no ha sido expresamente contemplada por el legislador, pero que no puede afirmarse que haya sido proscrita.*”

⁴⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de abril de 2004 (EDJ 2004/ 38592”. Se establece la custodia compartida, por periodos de seis meses con cada progenitor, manteniendo para el otro, el régimen de visitas. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de julio de 1997 (AC 1997/ 1591).

⁴⁰² Como sentencias anteriores a la ley 2005, que otorgaban la custodia compartida, tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de enero de 2004 (JUR 2004/ 168748.). En esta sentencia, se establece una custodia compartida por meses alternos. Asumiendo cada progenitor los gastos derivados de la manutención al igual que los gastos extraordinarios. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de febrero del 2001 (AC 2001/1827), en donde se dispone la custodia compartida, en virtud de la opinión favorable del Equipo de Asesoramiento Técnico, de que

a la Ley del 2005 aplicaban la custodia compartida se fundamentaban en la consideración que la existencia de una nueva realidad social y el principio del interés del menor exigían que se generalizara el modelo de custodia compartida por ser “*el medio más justos y seguro para el hijo, al permitirle ser educado por sus dos progenitores de forma regular y cotidiana.*”⁴⁰³.

2.3.2. El modelo de guarda y custodia alterna en la 15/2005.

El iter legislativo se inicia con el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 20 de septiembre del 2004, en donde se planteaba la modificación del artículo 92 del Código Civil para establecer la posibilidad de fijar un sistema de guarda compartida⁴⁰⁴. Esta modificación legislativa ha tenido su origen, según la doctrina,

ambos progenitores tienen el domicilio en la misma localidad y próximos entre sí. Que en cada domicilio la menor dispone de su propia habitación, y que ambos progenitores están de acuerdo, y reúnen condiciones para asumir la guarda y custodia de la menor. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 15 de abril de 2004 (EDJ 2004/ 22706). En esta sentencia, se reconoce el derecho a la custodia compartida, por considerar que el sistema favorece el desarrollo integral del menor. Del mismo criterio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999,(EDJ 1999/ 25565). Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 25 de febrero de 2001, (AC 2001/ 1827).

⁴⁰³ DE TORRES PEREA, pág. 13.

⁴⁰⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág.121, señala que en la tramitación parlamentaria de la Ley se propusieron por los distintos grupos políticos, diversas enmiendas al articulado con la finalidad de introducir una terminología más clara y concisa. Algunos grupos propusieron el término de “guarda alternada”, “responsabilidad parental”, o “guarda conjunta ejercida de forma alterna”. Afortunadamente el sentido común llevó a los parlamentarios a no acoger ninguna de las propuestas y mantener en concepto de custodia compartida. La redacción de la Ley, durante su tramitación por el Senado, recogía el término de guarda y custodia compartida de forma alterna, y así fue aprobado por esta Cámara, pero el Congreso de los Diputados rechazó esta terminología aprobada en el Senado, manteniendo la actual, que no obstante ha sido objeto de críticas, según VIÑAS MAESTRE, pág. 17. CASTILLEJO MANZANARES, pág. 339 y ss, realiza un interesante repaso por las vicisitudes parlamentarias que atravesó la norma hasta su aprobación, incidiendo en la postura adoptada por los distintos partidos. ZARRALUQUI ABOGADOS (2007), pág.63. Nos ilustra sobre el trámite parlamentario indicando que este artículo, el referente a la custodia compartida, fue el más polémico durante la tramitación parlamentaria, hecho que se demuestra por las 21 enmiendas en el Congreso. Según parece, la polémica entre los parlamentarios se centró en el hecho de la custodia compartida o alternativas en el supuesto de que ambos progenitores no estuvieran de acuerdo. Varios grupos como el PNV, El Popular y el Grupo Mixto, defendieron la custodia compartida siempre que ambos progenitores estuvieran de acuerdo. Se fundamentaba la pretensión en el convencimiento de que la guarda y custodia exige siempre un acuerdo en común, en materias domésticas cotidianas, por lo que si ambos progenitores, o al menos uno de ellos no está convencido del modelo, difícilmente se va a poder adoptar acuerdos en común. No obstante, en el texto definitivo, y por el apoyo de la mayoría de la cámara, se aprobó el articulado tal y como se encuentra en la actualidad. ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA, pág.14. BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 704 y ss. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, pág.727 y ss.

en la incesante presión de determinados colectivos, Asociaciones de padres separados o divorciados, para introducir de forma clara en el ordenamiento jurídico la existencia de esta figura⁴⁰⁵. Se argumentaba que la atribución de la custodia de los hijos a las madres, de forma exclusiva, suponía una clara discriminación para el progenitor masculino, contrariando lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución. Que este modelo de guarda facilita que el progenitor varón se involucre más en la educación y en las propias tareas domésticas con respecto a los hijos⁴⁰⁶. Como era lógico, la mayoría de las asociaciones de mujeres separadas se opusieron a la medida, argumentado que la custodia compartida nunca va a suponer una contribución a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, debiendo admitir ésta de forma exclusiva en los supuestos de mutuo acuerdo entre los progenitores⁴⁰⁷. Por este motivo dirigieron un escrito de fecha 27 de octubre del 2004 al Gobierno de la Nación en donde se exponía lo siguiente “*Se debe evaluar con rigor las consecuencias que esta modificación puede tener para las mujeres, y a la vista de la situación real de las mujeres y los firmantes del presente escrito, a fin de recoger los criterios y aportaciones de las mismas antes de remitir a las Cortes el Proyecto de Ley*”⁴⁰⁸. No obstante, también hay opiniones contrarias en el sentido que el

⁴⁰⁵ VIÑAS MAESTRE (2008), pág. 14. Argumenta que la razón de ser de la regulación de la custodia compartida en la Ley 15 / 2005, se debió a una necesidad manifestada en los Juzgados, ante el incremento de demandas en las que se solicitaba que la custodia y guardia no fuera exclusiva.

⁴⁰⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág.148, afirma que el modelo de custodia compartida, ha sido reclamado como un modelo legal “*para evitar que uno de los progenitores se crea en una posición de superioridad frente al otro para el desempeño de las funciones de guarda y custodia...*”. GARRIGA GORINA, pág. 4.

⁴⁰⁷ IVARS RUIZ, pág. 133 y ss.

⁴⁰⁸ Actualmente persiste la oposición por parte de los colectivos feministas con respecto a la custodia compartida. Desde diversas asociaciones se difunden consideraciones contraria a la medida utilizando para ello diversos argumentos tales como el hecho de que para que la custodia compartida pueda llevarse a cabo es necesario que exista una buena comunicación entre los progenitores, o que se intercambien frecuentemente información sobre los hijos. Vease efecto la Asociación de Mujeres Juristas Themis en www.custodiaresponsable.org. SOLETO MARISA en “A vueltas con la custodia compartida” *Mujeres en Red. El periódico Feminista*. www.nodo500rg/mujeresred. De igual manera el discurso feminista sobre la custodia compartida, ha evolucionado, hasta el reconocimiento de que la custodia compartida es positiva, siempre y cuando sea producto de ambos progenitores, es decir de mutuo acuerdo, y teniendo como premisa que los sujetos mas perjudicados en toda ruptura matrimonial son los menores y las mujeres. Acusan a los hombres de no solicitar la custodia compartida, lo que demuestra que no quieren realmente implicarse en la educación y cuidado de los hijos, funciones que suelen dejar a las mujeres por considerar dentro de su mentalidad machista que es objeto de la mujer. Así aportan datos referentes a que solamente se solicitan la custodia compartida en un 22 % de los procesos contenciosos.

legislador lo que pretende con la norma precisamente es ayudar a la mujer, en el sentido de que no sea siempre ésta la que tenga que asumir el rol materno⁴⁰⁹.

El Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 27 de Octubre de 2004, valora positivamente la medida, considerando que la posibilidad de ejercer conjuntamente la custodia compartida es positivo para el interés del menor. Por su parte, el Instituto de Política Familiar, en su Informe sobre el Anteproyecto, considera que es “*claramente desacertado desde una perspectiva jurídica, psicológica, psiquiátrica sociológica y familiar*”⁴¹⁰. La custodia compartida o alterna no es un modelo de guarda que se pueda catalogar de novedad legislativa puesto que su adopción se encontraba recogida en la norma y era decisión que se acogía por los Tribunales en determinadas circunstancias⁴¹¹.

Se pretende potenciar un método de guarda que algunos consideran que evitará en lo posible los enfrentamientos entre los progenitores tras la ruptura por las cuestiones referidas a los hijos. Se considera por la doctrina que la Ley 15/2005, aún con la excepcionalidad con la que contempla la custodia alterna, confiere “base legal más clara y expresa en la que apoyarse para acordarla”. Asimismo esta norma ha eliminado determinadas tendencias que eran contrarias a este modelo, teniendo un “efecto pedagógico y divulgativo” que se ha reflejado en la diversidad de normas autonómicas que lo han regulado con mayor o menor fortuna⁴¹². Por su parte DE TORRES PEREA califica la Ley 15/2005, como una norma que debido a los sucesivos trámites parlamentarios, nace menos avanzada de lo esperado, siendo incompleta al no modificar ni el artículo 159 ni el 156 del Código Civil.

⁴⁰⁹ DELGADO CORDERO, pág. 717.

⁴¹⁰ . Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio. Análisis y Propuestas. Noviembre 2004.

⁴¹¹ No obstante algún autor habla de novedad legislativa, PASTOR VITA, pág. 43. De igual modo, CASTILLO MARTÍNEZ (2005), pág.1744, alude a la “*incorporación por primera vez una regulación específica del denominado ejercicio compartida de la guarda y custodia de los hijos*”. CASTILLEJO MANZANARES, pág. 35, por su parte menciona “la especificidad de la regulación de la guardia y custodia compartida, pues en la actualidad se expresa de forma exhaustiva el legislador en cuanto al procedimiento de adopción por el Tribunal.” DELGADO CORDERO, pág.716, rechaza que la reforma haya sido una novedad legislativa, señalando que la novedad de haberla se radica en la forma pormenorizada que ha utilizado el Legislador para ir describiendo la misma.

⁴¹² VIÑAS MAESTRE (2012), págs. 4-5.

2.3.2.1. La nueva redacción del artículo 92 del CC por la reforma 15/2005.

De la lectura del actual artículo 92 del Código Civil, se desprende que el legislador ha establecido dos únicos mecanismos para que el Juzgador pueda otorgar la custodia alterna. Por un lado, cuando es solicitada por ambos progenitores de común acuerdo, mediante el Convenio Regulador o en el transcurso del Proceso, y, por el otro, con carácter excepcional, cuando es solicitada solamente por un progenitor, y exista informe del Ministerio Fiscal, sin que éste tenga que ser favorable de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/2012 de 17 de octubre que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad nº 8912-2006, promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el artículo 92.8 del CC, por posible contradicción con los artículos 117.3,24,14 y 39 de la CE. En cualquier caso y además, que se acredite por la parte solicitante que la guarda y custodia protege el interés de los hijos. La norma no contempla la posibilidad que se otorgue el modelo de custodia compartida por el Juzgador, si no es solicitado por ninguno de los progenitores. Este aspecto es criticado por la doctrina porque, con anterioridad, el Tribunal Constitucional en Sentencia de fecha 15 /1/2001 (RTC 2001/4) había establecido la posibilidad de establecer este modelo de oficio en virtud del principio del interés del menor. Por lo que la Ley 15/2005 entra en contradicción con la doctrina del Constitucional y con el artículo 2 de la L.O.1/1996 que recoge la cláusula general del interés del menor⁴¹³. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de fecha 1/10/2010 (RJ 2010/7302), reitera que en materia de Derecho de Familia no rige el principio dispositivo, por lo que el hecho de que ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida no es obstáculo para que el Juzgador de oficio, y siempre en interés del menor, pueda otorgarla. Además, el propio artículo 91 del Código Civil permite al Juzgador una amplia facultad para decidir sobre la cuestión en función de las pruebas presentadas. Cuestión distinta es si el adoptar este modelo cuando los padres no lo hayan pedido, aunque sea en interés del menor, será a la larga beneficioso, puesto que imponer un modelo de custodia a quien no la solicita, no ofrece muchas garantías de que se vaya a realizar de forma satisfactoria para el menor.

⁴¹³ DE TORRES PEREA, pág. 31. PARDILLO HERNÁNDEZ, pág.9.

De igual forma, se desprende la posibilidad de la intervención en el proceso de varios sujetos, aparte de los peticionarios o oponentes en su caso, y del propio Juzgador, artífice último de la concesión o no de la medida. Así por un lado la del menor, en el ejercicio de su derecho a ser oído en todos aquellos procesos o aspectos que le afecten, el Ministerio Fiscal en su posición de garante de los derechos del menor, por encima de sus progenitores, y de los Equipos Técnicos, cuya misión se limita a solicitar al Juez que escuche al menor y a la emisión de informes por parte de los especialistas debidamente cualificados a petición del Juzgador.

2.3.2.1.1. Custodia alterna solicitada por ambos progenitores de común acuerdo.

En primer lugar, cabe la custodia alterna si lo solicitan los padres de común acuerdo. Es una concesión a la voluntad de los progenitores en la línea con lo manifestado en la Exposición de Motivos de la ley 15/2005, cuando reconoce que una de sus pretensiones es incrementar la voluntad de los progenitores, o la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico⁴¹⁴. Asimismo, esta norma debe ser analizada dentro del conjunto normativo de protección de los menores, inspirado en el artículo 39 de la Constitución Española, y demás normativa internacional de protección de la infancia y sobre el principio fundamental del interés del menor⁴¹⁵.

Esta “decisión de los progenitores”, se llevará a cabo mediante su plasmación en el convenio regulador, presentado junto a la demanda de separación de mutuo acuerdo, o bien durante el desarrollo posterior del proceso, ya con anterioridad a la

⁴¹⁴ Sobre este aspecto ZURITA MARTÍN (2007), pág. 292, defiende que al final, el hecho de potenciar la intervención de los progenitores, se ha quedado más en una cuestión formal que real, porque si bien es hecho de que ellos pueden solicitarlo de común acuerdo, o individualmente, el establecimiento de tantos límites como ha establecido el Legislador, dificulta en la práctica su ejercicio. CASTILLEJO MANZANARES, pág. 357. Valora muy positivamente el hecho de que el ordenamiento jurídico promueva que sean los progenitores, los que de mutuo acuerdo o bien individualmente insten la concesión de la patria potestad, sobre todo porque como el autor reconoce, y con sentido común, son los progenitores lo que mejor conocen, con “ *infinita ventaja la realidad de las características de su familia y de los miembros de ella* ”. TAMAYO HAYA , pág. 742. Destaca que la decisión del Legislador, supone un fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág.4, critica el principio dispositivo en esta materia, por considerar que al Juez solamente le tiene que vincular las circunstancias del caso y el interés del menor.

⁴¹⁵ IVARS RUIZ, pág. 22. VELA SÁNCHEZ, pág. 72.

celebración de la vista del juicio verbal, ya durante la celebración de la misma, e incluso cuando ésta haya concluido⁴¹⁶.

El convenio regulador constituye un instrumento jurídico de enorme importancia, con independencia de su naturaleza jurídica⁴¹⁷. En el convenio regulador deben recogerse con detalle todos los aspectos relativos al ejercicio efectivo de la custodia, el domicilio donde vivirán los hijos, el régimen de visitas en su caso, el mantenimiento económico, el proyecto educativo etc⁴¹⁸. Se convierte en una manifestación de la voluntad de los progenitores en relación con las cuestiones inherentes al ámbito de la familia⁴¹⁹. De ahí que deba ser aprobado por la autoridad

⁴¹⁶ ZARRALUQUI ABOGADOS (2007), pág. 67, se muestra crítico con la redacción de este artículo, al considerar que no se puede utilizar la expresión “solicitar”, puesto que los cónyuges en los Convenios Reguladores, no solicitan nada, sino que se pacta. No esta exento de razón, pero tampoco se ha de llevar la cuestión a una precisión terminológica estricta, porque el Convenio Regulador, si bien es cierto que es elaborado por las partes, debe de ser aprobado por el Juzgador, por lo que entonces ya es una petición al Juzgador de que aprueba el Convenio Regulador. De la misma opinión SEISDEDOS MUÑO (2006), pág. 2403.

⁴¹⁷ Sobre la naturaleza jurídica del convenio regulador, es conocida la postura del Tribunal Supremo adoptada en la Sentencia de fecha 22 de Abril de 1997 (RJ 1997/ 3251), donde se establece la doctrina y jurisprudencia sobre la materia “*En principio, debe de ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere aprobación judicial. Deben de distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva, en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el Código Civil*”. Por su parte la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia de fecha 14 de julio del 2003, (TOL 31271.1), considera que “*Al Convenio regulador debe de reconocérsele un carácter transaccional, debiendo someterse a la aprobación judicial bien entendido que esa aprobación no le priva del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación de esa autorregulación de los intereses de las partes, limitándose el Juez a homologarlo después de que se compruebe que no es gravemente perjudicial para uno de los progenitores o para el hijo.*”

⁴¹⁸ Es de sentido común, que en el Convenio Regulador donde ambos progenitores de común acuerdo, deciden la custodia compartida, se introduzca, además con detalle, para evitar problemas futuros, todo lo referente al ejercicio práctico de la custodia compartida. De la misma manera se reconoce en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1ª de fecha 18 /5/2007.(SP/SENT/ 143655). “*El hijo, menor de edad, de ambos progenitores tiene que tener un mínimo de garantías que estén debidamente especificadas en el Convenio Regulador, no sólo temporales, sino también espaciales.*”.

⁴¹⁹ TORRERO MUÑOZ, pág.19, considera que la doctrina tradicional caracteriza el Derecho de Familia por la limitada autonomía privada. La autonomía privada se introduce en el ámbito de la regulación del matrimonio, mediante la posibilidad del convenio regulador. La posibilidad que los cónyuges pudieran dotar de contenido a sus relaciones personales y patrimoniales se introdujo por el Legislador civil en 1981, mediante el convenio regulador. El Legislador consideró que los que mejor podrían determinar las condiciones de la ruptura matrimonial eran los que estaban directamente involucrados en la misma. A través del consenso, se podían concretar los efectos y la asunción de responsabilidades plenamente y libremente aceptadas. Esta situación se ha visto hoy día superada con creces a raíz de la Ley 15/2005, puesto que el Legislador ha dado una completa entrada de la autonomía privada en el Derecho de Familia, y para ello, nada más exponente que la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/ 2005, donde se fundamenta lo antedicho en dos razones *relativo*

judicial entre otras razones, porque de no serlo solamente tendrá validez como negocio jurídico privado, y su incumplimiento no podrá ser objeto de procedimiento ejecutivo alguno al no ser título judicial, siendo necesario incoar el correspondiente proceso declarativo ordinario según la cuantía⁴²⁰. Debe ser sometido al control judicial como medida de garantía para evitar que sea perjudicial para alguno de los cónyuges o para los hijos de ambos, si éste es impuesto por la fuerza o bajo violencia o intimidación al otro cónyuge, o si el mismo es contrario al interés del menor⁴²¹. Siempre que en el convenio regulador se haga constar la existencia de menores, se le dará traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos que se pronuncie sobre el mismo, aunque la última decisión, como no puede ser de otro modo, la tiene el Juez, mediante la aprobación o no del convenio regulador⁴²².

Sobre la necesidad de la aprobación del Juez, y si ésta se convierte en un mecanismo de limitación de la voluntad de los cónyuges a la hora de determinar las consecuencias y efectos de su ruptura, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de febrero del 2005, reconociendo que se le concede a los progenitores un “*amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos, cuya intervención, esta limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la*

al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial”, y en el hecho de “ Reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando y no desea seguir vinculado con su cónyuge”.

⁴²⁰ IVARS RUIZ, pág. 197, es partidario de que el Convenio deba ser aprobado por el Juzgador para garantizar los derechos y principios constitucionales de los hijos y inclusive del cónyuge, el cual, haya podido aceptar un convenio claramente perjudicial para el mismo.

⁴²¹ SEISDEDOS MUIÑO (2006), pág. 2406. De igual forma, La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 1 de febrero del 2000 (JUR 2000/ 219127), y la de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 20 de febrero del 2003 (AC 2003/ 658) y de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 19 de abril del 2005 (JUR 2005 / 132030), consideran que el convenio regulador que no sea homologado judicialmente, solamente será considerado como una manifestación de la voluntad de las partes, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que se someten de forma voluntaria al mismo. Lo que ocurre es que ese acuerdo bilateral, no puede vulnerar lo dispuesto en el referido artículo 1255 del Código civil, ni contrario a los intereses de los hijos menores de edad.

⁴²² CASTILLO MARTÍNEZ (2005), pág. 1746, destaca que el Juez no tiene la obligación de aprobar la medida acordada, aunque el Legislador parece que dispone lo contrario, al utilizar la expresión “ se acordará”. El Juez solamente podrá estimar su procedencia o improcedencia en aquellos supuestos que considere que el acuerdo aprobado por los progenitores afecta negativamente el interés del menor.

intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales”⁴²³.

Que deba ser controlado por el Juez, no supone una limitación sino una garantía⁴²⁴. Inclusive en el supuesto de que el Juez no aprobara el convenio regulador, se les otorga a los cónyuges, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 777.7 de la LEC, un nuevo plazo para proponer un nuevo. Y si de nuevo fuere rechazado, sería el Juez quien en última instancia dictaría auto en tal sentido, estableciendo las condiciones jurídicas contempladas en la normativa civil. Hay que tener presente, que no es un documento inamovible en el tiempo, puede ser objeto de modificaciones posteriores, cuando se ha producido un cambio importante y sustancial en la situación familiar, teniendo presente que las modificaciones tienen que tener siempre presente el interés del menor⁴²⁵.

⁴²³ Sentencia del Tribunal Supremo 14 de febrero 2005 (TOL 590993).

⁴²⁴ No obstante algún autor se muestra disconforme con el hecho de que el Juzgador tenga que aprobar un acuerdo suscrito entre las partes, veasé ZARRALUQUI ABOGADOS (2007), pág.67. En el mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES, pág. 361, expone que el acuerdo al que lleguen las partes, no es vinculante para el Juez y no tiene éste que acordarlo de forma obligatoria.

⁴²⁵ Hay que tener presente que la posibilidad de modificar el Convenio regulador, una vez que éste ha sido aprobado por el Juez, esta supeditado a que se produzcan una alteración lo suficientemente importante como para que se admita por el Juez dicha petición de modificación. No se puede pretender modificaciones de los Convenios sin que realmente exista causa, porque tal y como se establece en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 1 de febrero de 2000 (JUR 2000/219127), *“El Legislador no pretende que las medidas adoptadas constituyan un semillero de pleitos, provocándose continuos incidentes de modificación de medidas al hilo de las particulares vicisitudes de la vida separada de cada uno de los cónyuges, pues es indudable que las situaciones ocasionales o transitorias que sitúan a uno u otro provisionalmente en una situación de mayor o menor desahogo económico no deben ser motivo de revisión de lo judicialmente aprobado.”* Suele ser habitual en la práctica, que los padres cuando por circunstancias comprensible, rehacen su vida y tienen otro hijo con su pareja actual, consideran que el nacimiento de su nuevo hijo, es una causa que justifica que se tenga que modificar el Convenio regulador, en la línea de reducir la cantidad que le ha sido impuesta en concepto de pensión por alimentos. Sobre esta cuestión es fundamental la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 30 de junio del 2004 (JUR 2005/ 1781), donde se considera con gran acierto desde mi punto de vista *“La constitución de una segunda familia con el nacimiento de un nuevo hijo en su seno, no puede considerarse alteración sustancial de la obligación de alimentos para con los hijos del primer matrimonio, y ello es esencialmente porque esa nueva familia tiene un origen voluntario; es necesario respetar los intereses de los hijos habidos en ese primer matrimonio...”* Resulta evidente que para la consideración de alteración sustancial no es suficiente lo que el peticionario considere como tal, sino que hay que justificar y de una forma muy convincente que realmente se ha producido una alteración sustancial y no una excusa aprovechada para reducir la cuantía asignada. Máxime teniendo presente que lo que debe de fundamentar cualquier cambio en un Convenio regulador es que el mismo, sea importante para los hijos, en base al interés de los menores. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 17 de marzo del 2005 (JUR 2005 / 115586) dispone sobre el particular lo siguiente *“La alteración sustancial de las circunstancias debe interpretarse de modo especial, pues el interés preponderante de los mismos ha de presidir cualquier medida judicial. Y es que , en efecto, el principio rector para la solución de los conflictos personales en materia de derecho de familia y en especial para la adopción de medidas que afecten al*

Puede ocurrir que la solicitud de la custodia formulada por consenso no fuese considerada acertada, por parte del Ministerio Fiscal o del propio Juez en interés del menor. La oposición del Ministerio Fiscal será una actuación procesal destinada al Juez y a las partes, limitándose únicamente a manifestar su oposición. Pero en relación al Juzgador existe división entre la doctrina al considerar, por un lado, que la norma establece que deberá aceptar la propuesta de custodia compartida, si ésta es aceptada o propuesta de común acuerdo. Por el contrario, los otros consideran que, a pesar que la propuesta sea formulada de común acuerdo, la norma faculta al Juez para rechazarla siempre y cuando no se cumplan los requisitos establecidos para que se pueda acceder a la custodia compartida, y cuando este acuerdo sea contrario o cause perjuicio a los hijos o, a uno de los cónyuges, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Código Civil⁴²⁶.

Concluye el párrafo 5º del artículo 92 del Código Civil con la obligación impuesta al Juzgador de acordar la guarda alterna, adoptar las cautelas procedentes para que la medida tenga un cumplimiento eficaz, destacando entre éstas, la de no separar a los hermanos. Con respecto a esta última, hay que precisar, que la ley habla de “procurar”, es decir que no dispone la obligación de no separar, sino que deberá

cuidado y educación de los hijos ha de ser el de “favor filii”, elevado a rango constitucional, y consagrado en numerosos preceptos sustantivos.... Destaca la Sentencia algo sabido y aceptado, pero no por ello, eludible, consistente en que los intereses de los progenitores se ha de colocar en un segundo plano frente a los intereses del menor, en supuestos de modificación de Convenios reguladores, así establece “ conforme al cuál debe procurarse ante todo el beneficio o interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores, constituyendo este principio de protección integral y preferente de los hijos menores un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la Ley en esta materia.”

⁴²⁶ IVARS RUIZ, pág. 43. Considera que el Legislador en el artículo 92 del CC, ha dejado poca maniobra al Juez cuando la decisión ha sido tomada de mutuo acuerdo. Siendo por lo tanto de obligado cumplimiento para éste. Por su parte LATHROP GÓMEZ, pág.419. Considera que el juez puede denegar el acuerdo, invocando para ello, que se vulnera el interés superior del menor o que se causa un perjuicio grave a uno de los cónyuges. En el mismo sentido VELA SÁNCHEZ, pág. 74. Argumenta sobre el particular, que con independencia de que el convenio regulador haya sido aceptado por ambos progenitores, el Juez podrá denegarlo si lo considera lesivo para el interés del menor. Menciona el autor unas comprobaciones que el Juez deberá de realizar en relación al convenio regulador, las cuales por su importancia merecen destacarse. Así deberá el Juez comprobar si los progenitores van a ser capaces de sostener una comunicación fluida en relación a las medidas que deben adoptar con respecto a sus hijos. Intentar conocer la opinión de los menores, según su madurez y edad. Intentar conocer si los motivos de la solicitud de la medida por parte de los progenitores son espúreos o no. Conocer los recursos económicos de los progenitores, así como la ubicación real de los domicilios para evitar que tales circunstancias impidan una efectiva realización del contenido de la custodia compartida.

procurar, lo que permite una cierta discrecionalidad al respecto⁴²⁷. No es éste un aspecto nuevo, puesto que con anterioridad a la Ley 15/2005, en la Jurisprudencia existía la cautela de no separar a los hermanos salvo que fuese imprescindible⁴²⁸. Con respecto al resto de cautelas procedentes para asegurar el cumplimiento eficaz de la medida, permite al Juez controlar el cumplimiento efectivo de la medida, así como la negativa de la misma, si se considera que no se dan las condiciones necesarias para su correcto cumplimiento.

2.3.2.1.2. Custodia alterna sin acuerdo de los progenitores.

Como medida excepcional establece la norma en el párrafo 8º del artículo 92 del CC, que cuando no exista consenso entre las partes, se podrá acordar la medida de la custodia compartida a instancia de una de las partes, previo informe del Ministerio Fiscal y fundamentada en que sólo de esta forma, se protege el interés del menor⁴²⁹. El hecho que se pueda adoptar, con las limitaciones que comentaremos, pero requiriendo la petición de un progenitor, es digno de destacar, porque establece la exigencia de un principio dispositivo, ajeno al ámbito procesal de Derecho de Familia, donde en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero del 2001 (RTC 2001/49), se sancionaba que en virtud de la naturaleza peculiar del

⁴²⁷ DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 24, reconoce que esta norma no es imperativa, pudiendo darse el caso de la separación de los hermanos, sobre todo en edades próximas a la mayoría de edad, y cuando prefieran estar con el padre o con la madre .BERROCAL LANZAROT (2006), pág.709.

⁴²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo Sección 1ª de 11 de noviembre de 1999 (AC 1999/ 2407). La Audiencia en esta sentencia, no acepta la pretensión de una de las hijas de irse con su padre, al considerar que dado que la otra hija, quiere continuar con su madre, la separación podría producir graves y considerables perjuicios a la *“formación afectiva de ambas y a la integración familiar”*. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de marzo del 2002 (JUR 2002/ 23182). Dispone el Tribunal, que en ocasiones es necesario separar a los hermanos, pero siempre debe de realizarse cuando sea imprescindible, pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos, para facilitar el desarrollo evolutivo de los mismos. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª de 16 de Junio del 2003 (JUR 2003/ 67564), En esta resolución judicial, se expone por el Tribunal, que en determinadas ocasiones a pesar de que el aconsejable la no separación de los hermanos, no se debe *“forzar semejante convivencia si ha de influir sobre su afectividad emocional empeorando el mas que se pretende remediar”*.

⁴²⁹ CASTILLO MARTÍNEZ (2005), pág.1749, recuerda que esta posibilidad es contemplada con anterioridad a la reforma, sin que fuese necesario imponer ningún otro requisito para que su pudiera conceder la misma. Por su parte CASTILLEJO MANZANARES, pág.357 y ss. Señala como un acierto del Legislador el hecho de fomentar que sean los progenitores los que soliciten la custodia compartida en sus dos modalidades, la consensuada y la contenciosa.

Derecho de Familia se pudiera adoptar como así ocurrió, una medida de custodia compartida sin que ésta fuera pedida por ninguna de las partes⁴³⁰. Se le atribuye a uno de los progenitores el derecho a solicitar la medida al igual que en el supuesto de la custodia compartida por consenso, lo que responde a la intención del legislador de atribuir a las partes la capacidad y voluntariedad en estas cuestiones.

La única limitación radicaba en el hecho que el Ministerio Fiscal, tenía que emitir un informe favorable a la pretensión, para que pudiera ser concedida por el Juzgador. Las Audiencias Provinciales exigieron con carácter general la necesidad de tal informe para acordar la custodia compartida en un procedimiento contencioso⁴³¹. Hay que recordar que hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012 de 17 de octubre, anteriormente referida, (que resolvió sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas relativa a la posible inconstitucionalidad de que el informe del Ministerio Fiscal tuviera la condición de favorable, decretando la nulidad del adjetivo “favorable”).

Este requisito ocasionó a juicio de los operadores jurídicos una limitación bastante importante al hecho de la concesión de la custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores. Se llegó a considerar por la doctrina que esta limitación constituía una especie de “veto Fiscal”, lo que coartaba en gran medida la atribución judicial para otorgar la medida⁴³². Se consideró que esta limitación suponía una vulneración del principio de igualdad, y especialmente el de igualdad de los hijos

⁴³⁰ ESPARZA OLCINA, pág. 209.

⁴³¹ Sentencias de la Audiencias Provinciales que exijan el informe favorable del Ministerio Fiscal, tenemos muchas, todas coincidentes en la solicitud del requisito. Veasé la SAP de Salamanca, de 7 de marzo de 2007 (SP /SENT/ 144919). AP de Santiago de Compostela de 29 de julio de 2007 (SP/ SENT/ 2007. AP de Madrid, de 22 de mayo de 2007 (SP/SENT/ 144939). AP. de Valencia de 7 de junio de 2007(SP/SENT/ 144931. AP. de Ciudad Real, de 4 de diciembre de 2006 (SP/SENT/ 103699). AP. de Valencia Sección 10ª, de fecha 24/7/ 2007. SP/ SENT/ 138015. Ap de Málaga, Sección 6ª de fecha 23/4/ 2007. SP/ SENT/ 145463. AP. de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª de fecha 9/12/2008.

⁴³² ZURITA MARTÍN (2007), pág. 287, manifiesta que esta limitación impuesta por la norma, demuestra que parece tener serias reservas de la adopción de la medida. El Legislador desconfía del criterio del Juzgador y por lo tanto, le limita con la intervención del Ministerio Fiscal. CASTILLEJO MANZANERA, pág. 363, critica esta cuestión indicando que la misma “*cercena*” la libertad de decisión del Juzgador. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág.5, afirma que “*es urgente que se de una interpretación flexible que deje el peso de la decisión , en beneficio del menor, al Juez y no al Ministerio Fiscal, ya que el informe de éste debe de ser un elemento a tener en cuenta, pero nunca decisivo para la resolución judicial*”.

ante la Ley (art. 14 de la Constitución de 1978), puesto que la fuerza vinculante que el Legislador ha querido atribuir al informe del Ministerio Fiscal, no se da en ningún otro aspecto jurídico que implique la adopción de decisiones judiciales sobre la guarda y custodia. También se consideró inconstitucional este precepto dado que afecta al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva porque impide que el Juez pueda entrar a valorar dicha solicitud si el Fiscal en su informe se ha opuesto a la adopción de la medida, o inclusive si simplemente no emite informe alguno⁴³³. No solamente fue la Audiencia de las Palmas sino también la de Navarra la que planteó la cuestión de inconstitucionalidad. Argumentando lo siguiente *“Pero a nuestro juicio, establece una exigencia inconstitucional de “informe favorable del Ministerio Fiscal”, al que como antes hemos dicho, se le atribuye, sin fundamento constitucional insistimos, una “función de veto”, para que podamos decidir, la custodia compartida en forma contenciosa. Precisamente, la carencia, del informe favorable del Ministerio Fiscal, nos impide entrar a valorar, las exigencias verdaderamente sustanciales, desde la perspectiva del superior interés de los niños Amaya y Samuel, de esta modalidad práctica, de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la separación de sus padres. Y por ello, contrariamente a lo que entiende la representación procesal de la señora, en estos momentos, no podemos valorar, porque así nos lo impide, la indeclinable diligencia del principio de legalidad*⁴³⁴. En términos parecidos se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 5ª, de 13 de Septiembre del 2006. Por el contrario, los defensores de la redacción original, sustentaban ésta en el hecho que de la lectura detallada de la norma no se vislumbraba un veto de forma automática, porque el Juez podía en cualquier caso y a pesar del informe favorable o desfavorable del Fiscal

⁴³³ HERNANDO RAMOS, pág.6. De igual forma en las conclusiones del IV ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre del 2009, pág. 16. Se puede leer *“En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más favorable para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. No obstante, se estima conveniente que, por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo”*.

⁴³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª de 20 de enero del 2010, número 005/2010 (SP/ AUTRJ/ 492815).

conceder la custodia compartida si eso era lo más favorable para el interés del menor. De igual forma, que la medida, pretende “*garantizar el acierto de la decisión del juez, reforzado por el criterio del Ministerio Fiscal*”. Se refuerza esta opinión al considerar, por un lado, que la intervención del Fiscal, siempre y de acuerdo con la Constitución Española, está basada en el interés público, en defensa del interés social y teniendo como límite el principio de la legalidad. Por otro lado, que la exigibilidad del informe favorable únicamente se requiere para la excepcionalidad prevista en el supuesto de la petición de la custodia en los supuestos contenciosos⁴³⁵. Lo que se pretendía era que el Fiscal, en su función de garante de los derechos del menor, informara favorablemente sobre si el hecho de la concesión de la custodia compartida, cuando solamente un progenitor es el que la solicita, no perjudicaba al menor. El legislador actuó en su vertiente proteccionista hacia el menor, al exigir que se analizara por parte de su representante público, si en tal circunstancia con la oposición de un progenitor, la concesión de la pretensión de custodia compartida por el solicitante a la larga y en la práctica, no perjudicará al menor. No puede pensarse que lo que se pretendía era que se analizara a corto plazo en relación con la pretensión, sino que este análisis del Fiscal, tuviera un sentido con vistas al futuro, más que en el momento concreto de la concesión por el Juzgador. Con respecto al informe del Ministerio Fiscal, tanto si debe de ser favorable como si no, hay que decir que algún autor lo considera como un elemento perturbador para los que intervienen en los procesos⁴³⁶.

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/2012 de 17 de octubre (RTC/ 2012/185) no es necesario que dicho informe tenga que ser favorable para que pueda concederse por el Juez la custodia compartida. En los próximos meses se comprobará si la eliminación de este requisito ha supuesto un aumento de la concesión de la custodia compartida por parte de los Juzgados o si la supresión no ha afectado de forma considerable a dicha medida.

Por último, en relación con la custodia compartida contenciosa, se debe considerar como una segunda limitación el hecho de que el Juzgador tenga que fundamentar adecuadamente la medida, en el sentido de que la misma protege el interés superior del menor. CASTILLEJO MANZANARES critica la norma por

⁴³⁵ HERNANDO RAMOS, pág. 7.

⁴³⁶ VIÑAS MAESTRE, pág. 21.

considerar innecesario afirmar que al Juzgador le debe de guiar el “interés superior del menor”, en este supuesto de custodia solicitada por uno solo de los progenitores⁴³⁷.

2.3.2.1.3. Supuestos de exclusión.

Según el artículo 92, apartado 7º, no se establecerá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. De igual forma tampoco se adoptará la medida si el Juzgador advierte, de las alegaciones y pruebas, indicios de violencia doméstica. Esta limitación supone una cierta desconfianza hacia el propio Juez puesto que en la situación descrita es obvio que ningún Juzgador otorgaría una custodia alterna⁴³⁸. Pero esta limitación supone una indefensión al no especificar la existencia de sentencia penal firme, porque bastará con una simple denuncia por los hechos penales referidos, para que no se conceda la medida. Esto evidentemente supone, si se aplica de forma literal la norma, una clara vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, dado que impide a uno de los dos progenitores el acceder a la medida únicamente con la denuncia del otro⁴³⁹. De igual forma resulta un poco confusa la terminología utilizada

⁴³⁷ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 364. De ahí que se otorgue la custodia compartida, en virtud del interés del menor, aunque la medida no haya sido solicitada por los progenitores. Lo que no deja de ser significativo, puesto que si bien es cierto que se rechaza la misma sino es adoptada de común acuerdo, por término general, argumentando que al no haber acuerdo, difícilmente se podrá llegar a adoptar acuerdos que faciliten la ejecución de la medida, se supone que si los progenitores no la han solicitado, es que no que serán partidarios de dicha medida con todo lo que ello conlleva. No obstante a modo de ejemplo de lo expuesto al principio, tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, Sección 6ª de fecha 10/10/2007 (SP/SENT/ 151016), donde se dispone la custodia compartida por interés del menor, a pesar de que dicha medida, no había sido solicitada por las partes consensuadamente. No obstante, PÉREZ MARTÍN (2007), pág. 234. En relación a la importancia del interés del menor en la custodia compartida manifiesta que no basta este interés por sí sólo para fundamentar la decisión judicial, sino que será necesario tener presente otros factores entre los que se destaca el posible perjuicio que puede tener para el menor la atribución de un progenitor de la custodia de éste.

⁴³⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág.165.

⁴³⁹ HERNANDO RAMOS, pág. 8, destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 10 de febrero del 2009, Sección 10, donde a pesar de la existencia de una denuncia contra el demandado, el Tribunal no aplica el precepto del artículo 92, párrafo 7, aun existiendo una orden de prohibición de acercamiento, al valorar que los hechos no son de la gravedad suficiente como para suponer un obstáculo a la medida. ZARRALUQUI ABOGADOS (2007), pág. 69, hace suyas las consideraciones formuladas en relación al hecho de que basta únicamente con estar incurso en un

en relación a que se esté “incurso en un proceso penal”, sin indicar en que momento del proceso debe encontrarse el sujeto peticionario para poder denegar la medida⁴⁴⁰. La norma establece que si el Juzgador considera que existen indicios fundados de violencia doméstica tampoco podrá conceder la custodia compartida. Algún autor, con criterio acertado, ha destacado que realmente esta cuestión esta de más, puesto que lo que debe hacer un Juez ante tales hechos, es abrir un procedimiento de oficio contra el presunto culpable de un delito de violencia doméstica, y la norma dispuesta en el Código Civil debe relacionarse con lo establecido en las reformas introducidas por la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en el ámbito procesal⁴⁴¹.

proceso penal, con independencia de la participación, para verse privado de la medida, lo cual en cierto modo, es una exageración que crea inseguridad jurídica. No obstante y en relación con este mismo precepto, a juicio del autor, el Legislador debería de haber hecho extensiva a todos los hijos de ambos, no solamente a los que convivan con la pareja, a los efectos de garantizar mejor lo dispuesto. De igual forma, considera que falta precisión en cuanto a los “ascendientes”, debiendo de especificar, el grado de los ascendientes. ZURITA MARTIN (2007), pág. 484, en relación con la cuestión, se muestra contraria a lo dispuesto por el Legislador en relación a la denuncia penal, e introduce una polémica en relación al hecho de la presentación de denuncias falsas por parte, principalmente de mujeres, para evitar que se adopte la medida. Esta cuestión ha sido objeto de polémica entre asociaciones de mujeres y miembros de la judicatura, concretamente entre la Asociación de Mujeres Juristas Themis y el Magistrado de Familia del Juzgado nº 7 de Sevilla. De igual forma, la polémica ha ido creciendo, participando en la discusión sobre si era cierto que se denunciaba falsamente por parte de las mujeres para obtener beneficios de cara a medidas de custodia. En dicha polémica también ha participado altos cargos del Ministerio de la Igualdad, y miembros importantes de la Carrera Fiscal. ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA, pág.14, consideran que la limitación establecida, puede generar un cierto incentivo perverso, por parte del progenitor que mediante la denuncia falsa intenta evitar que la medida no se acuerde. SEISDEDOS MUIÑO (2006), pág. 2408, califica lo redactado por el Legislador de “sorprendente”, puesto que lo que se establece no son directamente motivos para que la guarda no pueda ser conjunta, sino que lo que trata de evitar es que un progenitor en determinadas circunstancias pueda optar a la custodia compartida. De todas formas, señala la autora, que la última palabra al respecto la tiene el Juzgador, por lo que la medida puede ser considerada como innecesaria. TAMAYO HAYA, pág. 746. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 7, en relación con el tema, manifiesta que la medida adoptada por el Legislador es “contraproducente”.

⁴⁴⁰ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 365.

⁴⁴¹ ZURITA MARTÍN (2007), pág. 285, como bien dice, hay que tener presente, que en el supuesto que el Juez civil conozca por la causa de presuntos malos tratos, deberá de inhibirse, remitiendo los autos en el estado procesal en el que estén al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente a excepción de que nos encontremos en la fase procesal iniciada de juicio oral. Y de igual manera si el Juez de Violencia sobre la Mujer, tuviera conocimiento a raíz de un proceso penal, de la existencia de un proceso civil, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 87 tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá de requerir de inhibición al juez civil, el cual deberá de remitir los autos al Juzgado competente. De la misma opinión GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 165. DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág. 22, critica que tenga que ser el Juez Civil quien deba de valorar si existen indicios de violencia doméstica, y no un Juez del orden Penal, lo que implica una intromisión en este orden Penal.

2.3.3. El modelo en la legislación autonómica.

El modelo de guarda y custodia compartida o alterna aparece regulada en la normativa de algunas de las Comunidades Autónomas. Concretamente la Comunidad Valenciana en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE núm.98, de fecha 25/4 /2011). La Comunidad Aragonesa en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE núm. 151, de fecha 22/6/2010). La Comunidad Autónoma de Navarra en la Ley Foral Navarra 3/2011, de fecha 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. La Comunidad Catalana en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de fecha 21/ 08 /2010). De la lectura de la normativa y de la opinión de la doctrina se puede destacar que de las cuatro leyes, únicamente la de Aragón y la de Valencia han otorgado de forma expresa prioridad a la custodia compartida frente a la exclusiva. Por el contrario la Catalana y la Navarra sitúan a la custodia alterna en el mismo nivel que la exclusiva⁴⁴².

La normativa Aragonesa fundamenta su apuesta por este modelo en la demanda social para modificar el otorgamiento generalizado de la guarda y custodia a la mujer, amparada esta petición en el hecho que la alterna favorece el contacto permanente de los hijos con los padres y garantiza la igualdad de los progenitores. No obstante dispone que será el Juez quien podrá no otorgarla a pesar de ser ésta preferente, siempre y cuando la exclusiva sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deben de presentar cada uno de los padres, y la edad de los menores, su opinión siempre que tengan juicio suficiente y en todo caso mayores de doce años, con especial consideración si tienen catorce años, a la aptitud y voluntad de los padres para garantizar la estabilidad, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral y por último, cualquier otra circunstancia de especial relevancia para la convivencia. Por lo que la preferencia por este modelo no

⁴⁴² TENA PIAZUELO, págs. 3-11. PARDILLO HERNÁNDEZ, pág. 11. VIÑAS MAESTRE, (2012), págs. 17-19. ALASCIO CARRASCO (2011), págs. 9-10. DE TORRES PEREA, págs. 46-50.

elimina que se valore en cada supuesto concreto si la exclusiva será la otorgada en interés del menor⁴⁴³.

Por su parte la Ley Valenciana otorga prioridad al modelo de custodia alterna frente a la exclusiva, a la que sitúa como excepción en base a que este modelo garantiza el mantenimiento de los lazos de efectividad con ambos progenitores, que el menor se adaptará mejor a la nueva situación familiar, que con este modelo se disminuye la litigiosidad y se aumenta la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de los roles masculinos y femeninos. Con respecto los criterios a tener en cuenta para la adopción de este modelo y la posibilidad de que a pesar de la prioridad se otorgue la exclusiva, es similar a la Ley de Aragón.

La norma Catalana y la Navarra aunque regulan la custodia alterna no la establecen como preferente sino que equiparan ambos modelos en un plano de completa igualdad, lo que ha sido criticado por los partidarios de este modelo en el sentido de no haber regulado el carácter preferente⁴⁴⁴. En la norma Catalana para la doctrina, existen contradicciones entre lo manifestado en la Exposición de Motivos y lo que posteriormente aparece regulado en su articulado, si bien se postula un modelo de custodia que desvincule la tradicional atribución de los hijos a la madre, realiza una defensa del modelo de guarda exclusiva atribuible a la madre al manifestar que “*ha de tenerse en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales...*”. Estas contradicciones son consideradas una consecuencia del difícil trámite parlamentario y constituyen que esta norma sea considerada poco ambiciosa en el ámbito de la custodia compartida. La norma Navarra tampoco establece el carácter prioritario de la custodia compartida sobre la exclusiva, y este modelo será establecido cuando ambos padres así lo decidan o bien cuando realizada la petición de la compartida por uno sólo de los padres, el Juez oído

⁴⁴³ PARDILLO HERNÁNDEZ, pág.11. Así se refleja en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 1 de febrero del 2012 (ROJ:STSJ AR 108/2012) en donde se han plasmado al refundir la doctrina de sentencias anteriores los criterios de que la custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, y siempre y cuando ambos progenitores estén capacitados para el ejercicio de las facultades que este modelo implica. Que al no ser un sistema rígido, se puede establecer un modelo de custodia exclusiva siempre que el interés del menor así lo disponga. En cualquier caso para la adopción del modelo de custodia exclusiva será necesario una valoración atenta de la prueba, informes psicológicos, y la opinión de los menores con tengan juicio suficiente.

⁴⁴⁴ DE TORRES PEREA, pág. 49 y ALASCIO CARRASCO (2011), pág. 9.

el Fiscal y recabados informes si se consideran pertinentes, así lo decida en interés de los hijos. La novedad de esta norma es que no exigía que el informe del Fiscal fuera favorable al modelo de custodia alterna.

2.4.La intervención del juez en el modelo de custodia alterna.

La intervención del Juez tanto en la primera instancia como en las sucesivas, mediante su resolución, constituye el factor más importante puesto que de él depende la decisión última en el otorgamiento a uno o a ambos de la custodia de los hijos. El Juez es quien debe determinar en cada caso concreto el beneficio del menor para otorgar o denegar la petición de una custodia compartida, en todos los supuestos anteriores, incluso si ha sido solicitada por ambos progenitores. La supremacía del Juzgador sobre la autonomía de los progenitores, evita que éstos puedan hacer un uso muy particular de sus obligaciones parentales, anteponiendo sus intereses a lo de sus hijos⁴⁴⁵. Tiene el Juzgador plena potestad para atribuir la custodia a uno sólo de los progenitores, atribuírsela a ambos conjuntamente, o bien a un tercero, en este caso normalmente a los abuelos⁴⁴⁶. Los criterios que el Juez ha de tener presente a la hora de tomar su decisión, se incardinan en uno solo, el interés del menor⁴⁴⁷. Cualquier otro criterio, la edad, las relaciones de los padres, el sexo, la fe religiosa y demás, deben desaparecer o deben someterse al principio del interés del menor. De no ser así, se le estará permitiendo al órgano judicial que decida sobre la custodia del menor

⁴⁴⁵ ALASCIO CARRASCO Y MARÍN GARCÍA, pág. 20. TAMAYO HAYA, pág. 746.

⁴⁴⁶ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 331, expone una referencia a la posibilidad de la atribución de la guardia y custodia a un tercero, concretamente a los abuelos, y señala el autor que la Jurisprudencia al respecto se encuentra dividida ante la posibilidad de tal solución. Así señala que hay alguna Jurisprudencia concretamente una Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 22 de septiembre de 1998, en donde se entiende que no es posible la atribución de la guarda y custodia a los abuelos en el seno de un proceso matrimonial, porque estos no son parte. Si bien es cierto que no son parte en dicho proceso, hay que recordar que el artículo 158 del Código Civil permite al Juez poder adoptar la medida que estime conveniente al respecto, y puede ser que se le atribuya a los abuelos. Aunque claro realmente si no están personados, en el proceso es un poco difícil profesamente hablando la adopción de la medida. Otra cuestión es que los abuelos se personen y soliciten en caso de discrepancia de los padres, que se les atribuya la custodia de los nietos. Aunque claro también podemos plantearnos que pueden existir abuelos maternos y paternos, con lo cual el problema se puede intensificar.

⁴⁴⁷ En sentido contrario PEREZ MARTÍN (2007), pág. 234.

en función no del interés real de éste, sino de la mayor o menor simpatía que el Juez tenga por el mecanismo de la custodia compartida. Para facilitarle la difícil tarea de determinar sobre el interés del menor en cada caso concreto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 29/4/2013 (EDJ 2013/58481) reiterando la Jurisprudencia anterior sobre la materia, ha establecido los criterios que han de ser tenidos en cuenta por el Juzgador a la hora de decidir sobre si el interés del menor queda garantizado en el otorgamiento de la guarda alterna.

Sobre la difícil tarea del Juzgador en los litigios que hayan de resolver sobre el otorgamiento o no del modelo de guarda y custodia compartida, resulta ilustrativa la consideración que formula la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18ª, en Sentencia de fecha 3 de marzo del 2009, número 122/ 2009, sobre el papel que según el Tribunal se le asigna al Juzgador a raíz de la reforma de la Ley 15 / 2005, *“La Ley 15/2005 de 8 de julio, en su art. 92, establece que el Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda en el caso concreto. Deben ponderarse, entre otras cosas, las circunstancias de carácter objetivo para acordar la modalidad de custodia más adecuada al menor en concreto. Así, deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a las hijas, el aseguramiento de la estabilidad de las menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno, las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; el cual de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones.”*

Antes de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, por la que se reforma el Código Civil, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en supuestos de crisis matrimonial se inclinaba, en caso de nulidad, a la buena o mala fe, y para la separación, a la inocencia o culpabilidad del progenitor. La resolución judicial se

fundaba en torno a los progenitores y no al interés del menor⁴⁴⁸. Será posteriormente con la Ley 30/1981, cuando cambien los criterios jurisprudenciales y se busque el interés del menor como criterio fundamental⁴⁴⁹.

El Juzgador en cualquiera de las instancias, una vez cumplidos los requisitos legales, tiene plena libertad para resolver sobre la misma, valorando las alegaciones de las partes, la prueba practicada en el proceso y la relación de los padres entre sí y con respecto a los hijos⁴⁵⁰. Es decir, que como hemos referido con anterioridad, puede desestimar la medida aunque se hiciera de mutuo acuerdo. Y puede el Juzgador acordar directamente la medida, aunque no haya sido solicitada siempre que se garantice el interés del menor y, por el otro, que la misma reúna una serie de requisitos procesales⁴⁵¹. Pero esta facultad del Juzgador no debe traducirse en

⁴⁴⁸ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 322 y ss.

⁴⁴⁹ Será posteriormente con la Ley 30/ 1981, cuando cambien los criterios jurisprudenciales y se busque el interés del menor como criterio fundamental. Se empieza a utilizar en las sentencias el denominado “favor filii”, aunque nadie sabe definirlo de una forma concreta lo que realmente es. Algunos consideran que el concepto debe de entenderse como el hecho de no separar a los hermanos, no alterar el entorno a los niños, procurar su estabilidad y continuidad etc. De todas formas se sigue mayoritariamente concediendo en caso de discrepancia la custodia a la madre como criterio preferente, o mejor dicho, en defensa del favor filii. Las posteriores normativas referentes al menor, en especial la Ley 1 / 1996, introducen de forma explícita el interés del menor y como ejercicio del mismo, el derecho de ser oído, aunque este derecho existía con anterioridad, otra cuestión es que se aplicara. El criterio Jurisprudencial comienza a cambiar a raíz de la Ley 15 / 2005, por el hecho de que el progenitor, al cual tradicionalmente se le deniega el derecho a tener la custodia, se anima procesalmente y decide de forma considerable solicitar que se le conceda la custodia del menor, o cuando menos que se otorgue la custodia compartida. Ello obliga a los Jueces a tener que resolver sobre cuestiones que hasta la fecha rara vez tenían que hacerlo. La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de diciembre del 2008, establece en torno al interés del menor lo siguiente “*El interés superior del niño opera, precisamente como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores debe de ceder frente al interés de este. En estos casos, nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada*”.

⁴⁵⁰ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 353.

⁴⁵¹ Efectivamente no puede el Tribunal acordar la medida si esta no ha sido solicitada por las partes, bien en un procedimiento consensuado o de mutuo acuerdo, en donde se ha de solicitar en la propuesta de convenio regulador o cuando ambas partes lleguen a ese acuerdo en el transcurso del mismo. Debe de solicitarse informe al Ministerio Fiscal y la audiencia del menor si tiene suficiente juicio y se estima necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes, miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. En caso de que exista un procedimiento contencioso, se ha de solicitar por una de las partes y debe de existir informe favorable del Ministerio Fiscal. Hay que tener presente los límites en virtud de los cuales el Juez no puede conceder la custodia compartida, a saber, cuando cualquiera de los padres este inmerso en un proceso penal iniciado para atentar contra la vida, integridad física,

arbitrariedad sino en una amplitud en las posibilidades de resolución para garantizar como último fundamento el interés del menor. Por este motivo el Juzgador debe de tener muy presente a la hora de la resolución los criterios que la propia Jurisprudencia ha establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de fecha 29/4/2013 (EDJ 2013/58481).

2.5.La custodia alterna en la jurisprudencia tras la ley 15 / 2005.

Desde la promulgación de la Ley 15 / 2005, el modelo de guardia y custodia compartida o alterna ha experimentado una evolución que puede circunscribirse a dos etapas, tanto en su condición de modelo de guarda solicitado por los progenitores, como otorgado por los Tribunales. En la primera etapa, coincidente con la entrada en vigor de la norma, se experimentó, por la novedad, un normal incremento de peticiones de este modelo, pero no constituyó en modo alguno ninguna generalización. En el aspecto del otorgamiento por parte de los Tribunales durante este primer período, no se experimentó ningún cambio jurisprudencial destacable a favor del otorgamiento. LAUROBA LACASA destaca que a la entrada en vigor de la norma la mayoría de los jueces son contrarios a la custodia compartida, aunque se apreciaba una tendencia favorable a pernoctas intersemanales en el domicilio del no custodio⁴⁵². Con respecto a porcentajes tenemos que el 84,7% (INE 2010, período 2009) de las custodias, es atribuido después de la entrada en vigor de la norma a uno sólo de los progenitores, preferentemente a la madre, y que sólo un 5,6% se otorga al padre, pero el dato más significativo es que solamente el 9,7% es compartida, lo que hace preguntarse a la doctrina si el legislador se precipitó en regular este modelo dado el escaso apoyo real que los datos ofrecen⁴⁵³.

Se sigue otorgando prácticamente de forma mayoritaria la custodia exclusiva a uno de los progenitores, aunque comienzan a aparecer algunas sentencias

libertad y la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y de igual modo cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

⁴⁵² LAUROBA LACASA, pág.1489.

⁴⁵³ TENA PIAZUELO, pág.2.

favorables a la custodia alterna⁴⁵⁴. En esta primera etapa a pesar de la reforma, se producen denegaciones de la custodia compartida prácticamente por los mismos motivos que con anterioridad a la misma. Se sigue denegando la custodia compartida, cuando ésta es solicitada por uno sólo de los progenitores, aún inclusive con informe favorable del Ministerio Fiscal⁴⁵⁵. Deniegan la custodia porque la edad de los hijos no es la adecuada⁴⁵⁶. De igual forma, por considerar que la relación entre los progenitores no es la conveniente, para el modelo de custodia alterna debido a la existencia de desavenencias⁴⁵⁷. Por reunir el caso concreto todos los argumentos negativos para su concesión, por no ser positivo para el interés del menor, por la no

⁴⁵⁴ En la actualidad, se siguen produciendo resoluciones judiciales, que otorgan la custodia exclusiva bien a la madre o al padre. Sin que se haya solicitado por ambos la custodia alterna. Así tenemos dentro de las Sentencias que otorgan la custodia en exclusiva a la madre, las de Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 30 de marzo del 2009. (DF 18043), o de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 25 de mayo del 2006 (DF 13116). Audiencia Provincial de Málaga de fecha 16 de octubre del 2007(DF 160007), Por el contrario se le otorga la custodia al padre en Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de fecha 4 de marzo del 2008. (DF 16731). Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 17 de septiembre del 2009 (DF 18207). Se le otorgó al padre la custodia por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia de fecha 31 de octubre del 2008,(DF 18267.) pero se revocó la misma por la Audiencia Provincial de Murcia en Sentencia de fecha 21 de Julio del 2009, porque el informe del Equipo Técnico desaconsejaba que fuera el padre quien tuviera la custodia. Así mismo en primera instancia se le otorgó a la madre, pero en Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de fecha 15 de junio del 2009,(SP/ SENT/ 466106), se le atribuyó al padre, porque los hijos vivían con los abuelos y no con la madre. Por el contrario sentencias favorables a la custodia compartida la de la Audiencia de Valencia de fecha 22/7/ 2005.(JUR 2005/131686), de Córdoba de fecha 24 /4 / 2006,(JUR 2006/ 230967), y la de Barcelona de fecha 20 / 2 / 2007,(JUR 2007/ 101427).

⁴⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de fecha 18 de enero 2008 (LA LEY 7458/ 2008).Se deniega la custodia compartida, a pesar de que el Ministerio Fiscal informa favorablemente, por considerar el Tribunal, que para la buena realización de la custodia compartida es necesario que ambos progenitores puedan adoptar acuerdos al respecto, y deduce el Tribunal, que al no estar de acuerdo la madre, en el modelo de custodia compartida, difícilmente podrá adoptar acuerdos al respecto.

⁴⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de fecha 11 de abril del 2007 (LA LEY 104051/2007). Deniega la custodia por considerar que la menor con siete años, no tiene edad suficiente para la aplicación del modelo de custodia compartida.

⁴⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18ª, de fecha 3 de marzo del 2009 (SP/ SENT 47954). No otorga el Tribunal la custodia compartida, porque los Equipos Técnicos, no recomiendan la adopción de la medida por existir conflicto entre los progenitores por cuestiones de temas económicos y por “ *la no elaboración de las vivencias negativas como pareja. Indica el repetido informe que las partes no son capaces de separar el rol parental del rol de pareja y tienen dificultados ambos para facilitar al otro su rol parental,*” .Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada Sección 5ª, de 20 de noviembre del 2009 (SP/SENT/ 495300). No se concede la petición porque el Equipo Técnico considera que las malas relaciones del padres desaconsejan la medida, así dice el Tribunal “*las relaciones entre los padres son muy malas...*”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 5 de Diciembre 2007 (LA LEY 314829/2007).No se accede a la petición de guarda y custodia compartida porque no existe entre los progenitores “*la necesaria comunicación para el correcto y adecuado desarrollo que la custodia compartida exige...*” Es necesario destacar que en este caso, los hijos manifestaron de forma clara que querían seguir con la madre.

edad adecuada de los hijos, la oposición de éstos, las malas relaciones entre los progenitores, y por la oposición del Ministerio Fiscal⁴⁵⁸. La Audiencia Provincial de Murcia, en Sentencia de fecha 4 de septiembre del 2006, deniega la custodia alterna, por considerar que este modelo, no es positivo para el menor, debido a que” *los menores tienen que contar con un espacio o referencia estable, puesto que los continuos cambios provocan en los mismos una situación de inseguridad e inestabilidad que repercute de forma negativa en su desarrollo emocional*⁴⁵⁹.

Argumentos que, salvo la obligatoriedad del informe del Ministerio Fiscal, que se ha convertido en un requisito de procedibilidad, son los mismos que han existido para negar este modelo con anterioridad a la reforma. No obstante, como hemos indicado con anterioridad, de forma excepcional se concede la custodia alterna en proceso contencioso con informe favorable del Ministerio Fiscal, pedida por el padre, e inclusive sin la existencia del informe del Fiscal preceptivo⁴⁶⁰. Se cambia la custodia alterna otorgada en su momento, por el de custodia exclusiva y a favor del padre⁴⁶¹. Se ha otorgado la custodia alterna por razones de trabajo en

⁴⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª de 21 de noviembre del 2008 (LA LEY 322590/ 2008). Se deniega la custodia compartida, por no concurrir una edad adecuada de los menores, ni una adecuada relación entre los esposos “ *que descarte de forma indubitativa que su mala relación no va a ser un obstáculo insalvable en el ejercicio efectivo de la custodia compartida*”. El Ministerio Fiscal se opuso y en virtud del interés del menor. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo, Sección 6ª de fecha 15 de enero del 2010 (SP/ SENT/ 500218). Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 18 de enero del 2006 (AC 2006/669), y de fecha 22 de febrero del 2006 (JUR 2006/1413553).

⁴⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 4 de septiembre del 2006. (LA LEY 117335/2006).

⁴⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección, 18ª, de fecha 20/ 2/2007 (JUR 2007/ 101247). El Tribunal, dedica gran parte de la misma a establecer las ventajas e inconvenientes del modelo de custodia compartida, y la aplica no por periodos de tiempo mensuales, sino diarios. Concretamente los lunes y martes con la madre, y los miércoles y jueves con el padre, más de un fin de semana alterno, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada. Se justifica este régimen, que no era el pedido por el padre, en “*la regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas*”. Por su parte en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de fecha 13 de mayo del 2009 (LA LEY 169580/ 2009), se otorga la custodia compartida sin que exista informe del Ministerio Fiscal, siendo preceptivo al ser contenciosa, pero no de declara la nulidad, porque considera el Tribunal que no se ha producido indefensión.

⁴⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4ª de fecha 14 de abril del 2008 (LA LEY 138140/ 2008.) El Tribunal, revoca la custodia compartida de la que disfrutaban los progenitores, y le otorga la custodia en exclusiva al padre, por incumplimiento de la madre de tener a los hijos en su compañía cuando le correspondía.

relación con la disponibilidad para atender a los hijos⁴⁶². Por lo tanto, podemos concluir que durante la primera etapa, la reforma no supone una decisión colectiva a favor del modelo de custodia compartida, en supuestos contenciosos. Los Tribunales, continúan resolviendo en función de parámetros que podemos considerar inamovibles, sin que ello tenga que tener un sentido negativo. Se continúa resolviendo teniendo presente sobre todo el interés del menor, con preferencia al de sus progenitores.

La segunda etapa, comienza a partir de finales del año 2006 y principios del 2007, cuando en algunos Juzgados de Familia se otorga la custodia alterna en determinados supuestos⁴⁶³. Algunos Jueces de Familia en sus resoluciones y fundamentándolo en el interés del menor, se inclinan por este modelo al considerar que es más beneficioso, al permitir la relación del menor con sus progenitores, que el de exclusiva. Este criterio se refleja en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 20/2/2007 (JUR 2007/101427), en donde se recoge una interpretación que refleja un cierto cambio jurisprudencial, al considerar que por el interés del menor se debe de establecer la custodia alterna como regla general y no como excepción, y cuando ésta no sea posible, la custodia a favor de uno solo de los progenitores. Es significativo destacar que a raíz de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona anteriormente citada, el Tribunal Superior de Justicia Civil y Penal de Cataluña, en Sentencia de fecha 31/7/2008(RJ 2009/ 643) señala que el modelo de custodia compartida se asocia con efectos favorables en los menores según un informe del año 1995 de la American Psychological Association. Las anteriores Sentencias son reflejo de lo que algún autor considera como una fisura en el muro de la oposición por parte de los Tribunales al modelo de custodia

⁴⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 4ª de fecha 10 de febrero del 2009 (SP/SENT/ 453101.) Se otorga la custodia compartida, porque los progenitores al tener horarios de trabajo que les impiden tener disponibilidad suficiente para atender al cuidado y educación de los menores, se estima positivo la adopción del modelo de custodia compartida.

⁴⁶³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca de fecha 10 de marzo del 2009 (LA LEY 91994/ 2009), donde en un procedimiento contencioso, donde solamente el padre pide la custodia compartida, se atribuye la guarda y custodia compartida por semanas alternas, se le otorga, al esposo el uso y disfrute del domicilio, establecimiento de una cuenta corriente para los gastos ordinarios. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla de fecha 16 de marzo del 2009 (SP/SENT/ 473970), se dispone la custodia compartida de los hijos, repartiéndose el tiempo y los días de la semana y no de forma rotativa. Se reparten las vacaciones, cada progenitor asume los gastos ordinarios durante los periodos en que la hija este con él, y se abrirá una cuenta mancomunada en que cada uno aporte una cantidad de dinero mensual.

compartida⁴⁶⁴. Se comienzan a dictar Sentencias que otorgan la custodia compartida, pero siguen constituyendo una minoría frente al criterio contrario.

2.5.1. La custodia alterna en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005 ha mantenido criterios muy similares a los adoptados por la Jurisprudencia menor. Pero el cambio adoptado por las Audiencias Provinciales, al cuál me he referido con anterioridad, produce un cambio significativo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al modelo de guarda compartida. Este cambio se observa de modo significativo en cinco sentencias del Alto Tribunal, Sala Primera, concretamente la de fecha 28 / 9 2009 (RJ 2009/ 7257), la de 8 /10 /2009 (RJ 2009/ 4606), de fecha 10/3/2010 (RJ 2010/2329), de 11/3/2010 (RJ 2010/526), y por último la de fecha 1/10/2010,(RJ 2010/7302) , siendo la Ponente de las mismas ROCA I TRÍAS ,las cuales, han supuesto un cambio importante en su doctrina.

DE TORRES PEREA las ha analizado de forma exhaustiva. Considera que el Tribunal Supremo, está creando una nueva forma de entender las relaciones paternofiliales en una crisis matrimonial al adoptar criterios que califica de “revolucionarios” atendiendo a los criterios tradicionales de las Audiencias Provinciales⁴⁶⁵. De este análisis destaca que el Tribunal Supremo considera que la mejor manera de proteger el interés del menor es mediante el modelo de la custodia compartida o alterna, debiendo ser acordado este modelo salvo casos excepcionales. Por lo que reivindica un cambio legislativo en el sentido que se apruebe una norma que establezca este modelo de guarda de forma prioritaria, sin que la decisión pueda quedar, como hasta ahora, a criterio de alguno de los progenitores. De igual forma que en los procedimientos judiciales donde intervengan menores no debe regir el principio dispositivo, sino el de oficialidad, precisamente por el interés del menor. Con respecto al interés del menor se defiende que ha de ser un criterio independiente de las opiniones de quien deban adoptar dicha medida y debe por tanto basarse en

⁴⁶⁴ DE TORRES PEREA, pág. 21.

⁴⁶⁵ DE TORRES PEREA, pág.29.

razones objetivas. Por último se incluyen unos criterios objetivos orientadores para establecer la custodia alterna. GUILARTE MARTÍN-CALERO, en relación a las Sentencias referidas con anterioridad, concretamente la de fecha 8 de octubre del 2009, y las de 10 y 11 de marzo del 2010, considera que imponen al Juzgador la necesidad de fundar el modelo de custodia que se otorgue en “criterios fiables”. Debiendo tener presente a la hora de resolver sobre el otorgamiento del modelo de guarda y custodia unos criterios, tales como las aptitudes personales de los padres, entendidas como la capacidad de ambos para llegar a acuerdos de cooperación en beneficio del menor, la capacidad para mantener un modelo educativo común, la baja conflictividad de los padres, la relación anterior de estos con sus hijos. De igual modo otras circunstancias a tener en cuenta son la proximidad de los domicilios, la disponibilidad de los padres para mantener la relación con los hijos, tener medios materiales suficientes, la edad de los hijos, la voluntad de los menores y el resultado de los informes de los Equipos en caso de que sean requeridos⁴⁶⁶. ALASCIO CARRASCO, en el comentario a las Sentencias referidas, concretamente la de fecha 8/10/ 2009, resalta que el Tribunal Supremo se “queja” que el legislador no ofrece al Juzgador criterios que puedan ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el modelo de custodia del menor, de ahí que se establezcan unos criterios extraídos del derecho comparado para auxiliar al mismo. Asimismo en el comentario de la Sentencia de fecha 10/3/2010, indica que lo que se extrae de la misma es la consideración del Tribunal Supremo que se deben motivar las resoluciones judiciales que atribuyan el modelo de custodia, estudiando cada caso con independencia de otros, evitando la aplicación automática de otorgar la custodia a uno solo de los padres, cuando el otro se opone a la custodia compartida⁴⁶⁷. LAUROBA LACASA en su comentario a la Sentencia de fecha 8 de octubre del 2009, destaca por un lado la necesidad que las resoluciones judiciales no pueden utilizar “in genere” los criterios utilizados en otra sentencia anterior para resolver sobre un caso concreto, debiendo realizar una valoración objetivable del caso concreto, y por otro, la oportunidad de establecer el interés del menor como criterio fundamental, al igual que en el derecho comparado, a la hora de determinar el modelo de custodia⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010), págs. 12 a 18.

⁴⁶⁷ ALASCIO CARRASCO (2011), págs. 14 a 18.

⁴⁶⁸ LAUROBA LACASA, págs. 1485 a 1489.

VIÑAS MAESTRE, en su comentario sobre las Sentencias referidas con anterioridad a excepción de la de 28/9/2009 , reitera en líneas generales las consideraciones anteriormente formuladas por la doctrina, aunque destaca que el interés del menor es el criterio fundamental para establecer el modelo de custodia compartida debiendo determinarse no por opiniones sino por criterios objetivos⁴⁶⁹. PARDILLO HERNÁNDEZ por su parte considera que las conclusiones que pueden extraerse de las sentencias comentadas son por un lado, que para el Alto Tribunal la custodia compartida es considerado como el régimen más normal de guarda y custodia, porque permite la relación de los hijos con sus padres; por otro lado, que se consagra el interés del menor como el superior a tener en cuenta para determinar la guarda y custodia compartida, y como tercero el establecimiento de unos criterios que han de ser tenidos en cuenta por los Juzgados a la hora de determinar sobre dicho modelo de custodia⁴⁷⁰.

Las últimas Sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, concretamente las de fecha 7 de julio del 2011 (RJ/2011/5008), las de 27 de septiembre de 2011 (RJ: STS 5880/ 2011), la de 10 de enero de 2012 (RJ: STS 628/ 2012), y la de 29/4/2013 (EDJ 2013/ 58481), siguiendo el sentido jurídico de las anteriores, consagran los criterios a tener presentes con respecto al modelo de custodia compartida. La Sentencia de fecha 7 de julio del 2011, siendo Ponente ROCA Y TRÍAS, plantea unos aspectos que a mi modo de entender son importantes, por un lado el consagrar que las resoluciones judiciales que resuelvan sobre el modelo de custodia deben motivarse de forma conveniente, sobre el caso concreto que sé esté enjuiciando sin recurrir a argumentos estereotipados ajenos al mismo. Por otro lado, que el único criterio unificador que han de contener todas las resoluciones judiciales sobre el modelo de custodia es el interés del menor, de tal forma que no puede establecerse que existan sentencias de la Audiencias Provinciales que tengan que ser idénticas, puesto que cada caso concreto enjuiciado, producirá una resolución específica para el mismo. Esta consideración del Alto Tribunal esta originada por la interposición de recurso de casación en base a la existencia de jurisprudencia contradictoria dictada por la Audiencias Provinciales sobre el establecimiento del modelo de guarda y custodia compartida en los supuestos en donde no existe el

⁴⁶⁹ VIÑAS MAESTRE (2012), págs. 15 y 16.

⁴⁷⁰ PARDILLO HERNÁNDEZ, págs .7-9.

acuerdo de ambos progenitores. PARDILLO HERNÁNDEZ al respecto se hace eco de la oposición que según el autor ha manifestado el Alto Tribunal a pretender que mediante el recurso de casación se pretenda una revisión de la prueba practicada en las instancias anteriores. El Tribunal Supremo no puede entrar a valorar de nuevo la prueba sino únicamente a comprobar si la decisión adoptada lo ha sido teniendo en cuenta el interés del menor⁴⁷¹.

Como novedad importante se rechaza el criterio de la “deslocalización” de los menores para la no concesión de la guarda compartida, porque los cambios de domicilio son una consecuencia inherente a este modelo de custodia. Por último y lo más significativo es la reiteración de” *Que este modelo de guarda y custodia, debe de ser considerado como el más normal, al permitir que se haga efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible.*”

Por su parte las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre del 2011 y 10 de enero del 2012, anteriormente referidas, aparte de reiterar los criterios señalados en Sentencias anteriores, inciden en destacar que para la concesión del este modelo de guarda y custodia ha de tenerse en cuenta el interés del menor como criterio preferente y no así el de los progenitores, y que el modelo de guarda compartida no persigue la igualdad de los progenitores sino la protección efectiva del interés del menor.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29/4/2013 (EDJ 2013/58481), Ponente SEIJAS QUINTANA, declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación que se realice de los artículos del Código Civil, 92.5, 6 y 7,” *debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción*

⁴⁷¹ PARDILLO HERNÁNDEZ, pág. 10.

del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Por todo lo expuesto se concluye que la última Jurisprudencia del Tribunal Supremo únicamente introduce dos cuestiones que han de ser tenidas en cuenta por un lado, la defensa que se realiza del interés del menor como fundamento de la misma, por otro y en relación con este interés, el establecimiento de los criterios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar si el modelo de custodia es compatible con dicho interés en cada caso concreto. Sobre la cuestión que debe ser considerado este modelo de guarda como un modelo normal no excepcional, y prioritario frente al modelo de custodia exclusiva, simplemente debe ser tenido en cuenta pero como una reflexión del ponente, y no como una obligación para el el Juzgador. Ello no quiere decir que, tal y como lo manifiesta algún sector de la doctrina, no se deba modificar la actual legislación para regular en el sentido expuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷².

2.6. Criterios relevantes para establecer la custodia alterna.

Con anterioridad a las Sentencias del Tribunal Supremo referidas en el apartado anterior, tanto la doctrina como la Jurisprudencia, para otorgar o denegar el modelo de guarda compartida, analizaba unos elementos concretos sin un criterio unívoco en relación con los menores y sus progenitores en un intento de evitar la discrecionalidad a la hora de establecer dicho modelo. Estos elementos han sido en unos casos modificados, en otros apartados, concretamente el criterio de la deslocalización de los domicilios y las buenas relaciones entre los progenitores y en la mayoría ratificados a raíz de la última Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷³. Al

⁴⁷² DE TORRES PEREA, pág.29, reconoce que sería conveniente un cambio legislativo para plasmar la opinión de la ponente Roca i Trías en la norma, para hacer que el modelo de custodia compartida fuese prioritario frente al modelo de la custodia exclusiva.

⁴⁷³ VIÑAS MAESTRE (2012), págs. 20-42. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010), págs. 13-19. PARDILLO HERNÁNDEZ, págs. 9-11.

comparar los criterios existentes con anterioridad a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo con los que han sido establecidos por ésta, se demuestra que estos criterios actuales no son realmente novedad sino simplemente una adaptación de los antiguos a las nuevas circunstancias de la sociedad.

Siguiendo a la doctrina y a la Jurisprudencia podemos catalogar estos criterios de la siguiente manera:

2.6.1. La capacidad de los progenitores.

Este criterio es sin duda uno de los más importantes a la hora de determinar el otorgamiento o denegación de cualquier modelo de guarda y custodia. La capacidad de los progenitores para poder hacer frente a la nueva realidad que surge de la ruptura afectará de forma notable el interés del menor, por lo que se ha conformado este criterio como un factor decisivo. No es novedad que la capacidad parental para poder ofrecerle a los hijos un bienestar favorable para su desarrollo ha sido siempre un criterio decisivo⁴⁷⁴. Se conforma en su contenido de aspectos tales como la capacidad de los padres para desarrollar un acuerdo de cooperación activo, la capacidad para mantener un modelo educativo común, la disponibilidad para mantener la relación con los hijos durante el periodo de alternancia, la capacidad de garantizar una comunicación fluida entre los padres en los aspectos importantes de la vida de los menores, y por último la relación previa y coetánea a la ruptura de los padres con los hijos.

Resulta claro que este criterio responde en definitiva a un componente meramente ejecutivo en el modelo de custodia alterna, al desarrollar la manera en la que se va llevar a cabo. Implica que ambos progenitores tienen que asumir obligaciones con respecto al menor de la misma intensidad y cantidad⁴⁷⁵.

Con respecto a la capacidad de desarrollar acuerdos de cooperación activos, no debe confundirse, como señala la doctrina, con la necesidad de adoptar el acuerdo

⁴⁷⁴ VIÑAS MAESTRE (2012), pág.20.

⁴⁷⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 3, sobre la cuestión, es partidaria de tener presente que el sistema de custodia compartida, no comporta un reparto del 50%. No se puede plantear la cuestión en estrictos términos de igualdad y equiparación entre los progenitores, porque lo fundamental es el interés del menor.

para que la custodia compartida sea el modelo de organización óptima⁴⁷⁶. Hay que entenderlo en el sentido de que ambos están dispuestos a superar las desavenencias surgidas tras la ruptura por el bien de los hijos, lo que implica estar decididos a encontrar puntos de unión para desarrollar la corresponsabilidad en el desarrollo evolutivo del menor. Igualmente este aspecto engloba que los padres, no desarrollen actitudes que se puedan considerar como obstrucciones a las actuaciones del otro progenitor.

En relación al mantenimiento de un “proyecto educativo común”, debe entenderse como el establecimiento de un proyecto o plan diseñado por ambos progenitores en sede judicial, o extrajudicial, donde se establezcan los objetivos educacionales de los hijos, y por supuesto el reparto de las responsabilidades parentales sobre el mismo⁴⁷⁷. La carencia de este factor ha sido considerado por la doctrina como causa de la denegación del modelo de guarda compartida⁴⁷⁸. Es lógico que ante la falta de éste, se deniegue en su caso porque es perjudicial. A modo de ejemplo, que el menor realice una actividad extraescolar durante el tiempo que permanece con la custodia de la madre, y que no se realice dicha actividad durante el periodo de tiempo que tiene que permanecer en custodia con el padre. El menor no puede ver alterado su ritmo de vida por el hecho de que le corresponda el tiempo de estar con su madre o con su padre. Otro ejemplo, que no exista acuerdo en el modelo de educación que deban recibir los hijos, porque este desacuerdo puede producir que sea imposible la adopción y el mantenimiento de un determinado modelo educativo, lo que indudablemente afectará al interés.

Los dos últimos componentes de este criterio, guardan una especial relación entre sí. La aceptación de los padres de mantener una comunicación entre los hijos y el no custodio durante el período de alternancia, está íntimamente relacionado con la forma de relacionarse el progenitor con sus hijos y sobre todo de no obstaculizar la relación del menor con el otro progenitor en los períodos temporales que le correspondan a cada uno.

El último componente de este primer criterio, es relativo a la relación que los padres hayan mantenido con los hijos con anterioridad a la ruptura. Consiste en la

⁴⁷⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, (2010), pág. 13.

⁴⁷⁷ LATHROP GÓMEZ, pág. 500. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 170.

⁴⁷⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010), pág. 14.

valoración del Juzgador de la dedicación que con anterioridad a la ruptura cada progenitor haya mantenido con respecto a los hijos. Es obvio que si uno de los progenitores no ha desarrollado una dedicación constante con los hijos cuando no existía ruptura, difícilmente la va a mantener cuando se establezca el nuevo modelo de custodia. Pero también ha de tenerse en cuenta que la situación anterior a la ruptura ha podido ser consecuencia de un acuerdo entre los progenitores que se han distribuido los roles, por lo que no es justo penalizar dicha distribución si la misma, ha ocasionado que uno de los dos no dedicara especial atención al menor, porque se encontraba trabajando fuera del domicilio. Lo que se pretende no es castigar al progenitor que no ha atendido por las razones que fueran a los hijos, sino determinar en interés del menor, si en la nueva situación, la existencia de determinados obstáculos profesionales puede ser impedimento en su caso para que se le dediquen a los menores el tiempo que es necesario. VIÑAS MAESTRE en relación con esta cuestión y para su comprensión afirma que es necesario tener en cuenta la existencia de dos factores que constituyen la esencia de este elemento, por un lado lo que califica como el “Criterio de la vinculación psicológica” y por el otro, el “Criterio del cuidador primario”. Se entiende por el primero, la relación existente entre el menor y sus progenitores o, uno solo de ellos, en el sentido de mantener con éste una relación más estrecha que le permitirá relacionarse de forma óptima con el mismo. Es una cuestión que vendrá determinada principalmente por los informes de los Equipos Técnicos o la propia manifestación del menor. Es un elemento a tener en cuenta pero tampoco debe establecerse como fundamental en opinión de la autora. Con respecto al segundo, hace referencia a quién de los dos progenitores ha desarrollado de forma permanente las labores de cuidado y atención de los hijos con anterioridad a la ruptura. Este factor ha sido, y así lo recoge la autora en diversas resoluciones judiciales, un elemento determinante a la hora de otorgar o denegar la custodia compartida o alterna. Pero hay que tener en cuenta que las actuales relaciones de pareja, hacen que cada vez sea más difícil continuar con los roles tradicionales que atribuían a la madre una dedicación mayor para con los hijos. Pero tampoco se ha de olvidar ni menospreciar que de forma general, y así lo ha recogido la Jurisprudencia, existe una relación natural más cercana entre los hijos y la madre que con respecto al padre, por la causa que sea. A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de fecha 14 de junio del 2011 (RJ:SAP Z 1700/2011), en donde se atribuye la custodia a la madre por “*constituir la figura cuidadora*

de referencia, lo que tiene claro reflejo en la vinculación de la menor con su madre.” En similares términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª de fecha 27 de diciembre de 2011(RJ: SAP B 12084/ 2011).

Este criterio en todas sus versiones, ha sido y sigue siendo para la Jurisprudencia uno de los factores más importantes a la hora de determinar el interés del menor en relación a la guarda alterna, sin que las últimas resoluciones del Tribunal Supremo lo haya modificado, sino que lo ha ratificado, al establecerlo junto con otros como criterios a tener en cuenta por el Juzgador.

2.6.2. Proximidad de domicilios.

Con anterioridad a la nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo, existía el criterio de que es necesario que ambos progenitores residan en lugares cercanos al lugar donde el menor tenga su entorno escolar y social, para evitar lo que se denominó como deslocalización⁴⁷⁹. No obstante, este criterio, aunque aceptado por la doctrina no estaba, legalmente establecido en ninguna norma, por lo que en algunas ocasiones se otorgó la custodia sin tenerlo en cuenta⁴⁸⁰. Aunque también se denegaba a pesar que los domicilios de los progenitores estuvieran próximos⁴⁸¹. Por lo que si bien este criterio era generalmente aceptado, tampoco constituía el único elemento a

⁴⁷⁹ CERVILLA GARZÓN (2009), pág. 51, llega a afirmar que la “custodia compartida no es posible si el domicilio custodios se ubica en diferentes localidades (incluso si esta custodia fuera fruto del acuerdo, pues sería, sin lugar a dudas un acuerdo perjudicial para el menor)”. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 169, es partidaria de este elemento, sobre todo porque considera que garantiza la estabilidad del entorno del menor. TAMAYO HAYA, pág.751. IVARS RUIZ, pág. 169. SERRANO MOLINA, pág. 740. CASTILLO MARTÍNEZ (2007), pág. 1752. ZURITA MARTÍN (2007), pág. 294. ROGEL VIDÉ, pág. 301. PÉREZ SALAZAR RESANO (2010) pág. 272. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág.13.La Jurisprudencia es de la misma opinión, así tenemos Sentencias que no conceden la custodia alterna por la distancia entre domicilios, por un lado Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, de fecha 2/7 /2008 (SP/ SENT/ 177410. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª de 2/5/2007 (SP/SENT 143793. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de abril de 2006 (JUR 2006/ 230967). Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª de fecha 29/5/2008 (SP/SENT/ 179476). Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 17 de enero del 2007 (JUR 2007/ 158903.) Por su parte si se concede la custodia alterna cuando los progenitores viven a poca distancia entre ellos , lo que facilita que los hábitos del menor, no experimenten alteraciones sustanciales, así se refleja en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de julio del 2005 (LA LEY 163697/ 2005).

⁴⁸⁰ GARCÍA GARNICA (2008), pág. 53, es partidaria de que cuando no se produzca el criterio de la proximidad de los domicilios, en relación al domicilio del menor no es autorice la custodia compartida.

⁴⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004/ 20303)

tener en cuenta para el otorgamiento. No obstante, con anterioridad a lo establecido en las últimas Sentencias por el Tribunal Supremo era uno de los más importantes. Resulta evidente que el menor si debe convivir con ambos progenitores por períodos de tiempo, no puede estar trasladándose a lugares distintos y alejados entre sí, que le dificulten su relación con los amigos o con su respectivo hábitat. Es comprensible que ante dos progenitores que viven en localidades distantes, exista una natural oposición a la concesión de la custodia, por motivos de la no cercanía entre los domicilios de los progenitores. Pero en situaciones de distancia relativamente corta, se piensa en la misma ciudad, puede ser perfectamente posible la custodia compartida, siempre y cuando el menor este escolarizado en el mismo centro.

En relación con este aspecto, ha existido un criterio generalmente aceptado, que guarda estrecha relación con el anterior. Es el referido a que lo normal es que fuera el menor el que rotara por el domicilio de los progenitores en vez de ser al revés⁴⁸². LATHROP GÓMEZ, defensora del modelo de custodia compartida, considera con un gran sentido común que la custodia conjunta *“no debe entenderse como una guarda “pendular” en razón de cual los hijos cambian constantemente de domicilio, se trata de permitir al menor tener una relación personal con uno y otro progenitor por periodos de tiempo determinado...”*.

Es evidente que, debido a la complejidad del mecanismo de la custodia alterna, es más práctico que se traslade el menor al domicilio del progenitor, que no al revés. No obstante la Audiencia Provincial de Castellón, en la conocida sentencia de fecha 23 de octubre del 2006, dictaminó lo contrario, es decir que fueran los progenitores los que rotaran por el domicilio del menor⁴⁸³. No es disparatado pensar que la mejor solución para el problema de la distancia, sería que el menor fuese el que estuviese viviendo en el domicilio conyugal y fueran los progenitores los que se

⁴⁸² En la misma línea puede constatar entre otras en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18 de fecha 20 de febrero del 2007 (JUR 2007/ 101427), Audiencia Provincial de Toledo de fecha 16 de mayo de 2008 (JUR 2008/ 330924).

⁴⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de octubre del 2006 (JUR 2007/ 228244.) En esta Sentencia se confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en orden al establecimiento de la custodia compartida pedida por un progenitor. La novedad es que el Juzgador entra a detallar de forma específica el régimen de custodia, y sobre todo el régimen de visitas para el no custodio. De igual forma y en ello radica la novedad, establece que serán los progenitores cuando seán custodios, los que se trasladarán al domicilio familiar donde reside el menor de forma permanente. Para dar más seguridad jurídica al menor, se establece que serán los progenitores los que pagarán por mitad los gastos del domicilio familiar, dado que el menor ostenta el uso pero no la propiedad del mismo.

mudaran a él, para convivir con los hijos. De esta manera el menor no se vería afectado por ningún desplazamiento, sino todo lo contrario. El único inconveniente es que, en esa hipótesis, el que se trasladaría al domicilio sería el progenitor que tuviera asignado la custodia durante ese tiempo y probablemente la pareja con la que estuviera rehaciendo su vida, y también se añadirían los hijos que convivieran con su pareja en el caso de que esta también estuviese separada⁴⁸⁴.

A raíz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo concretamente la Sentencia de fecha 11 de marzo del 2010, anteriormente referida, se ha modificado considerablemente este criterio en el sentido de considerar que la deslocalización de los menores es una consecuencia normal de todo proceso de ruptura de los progenitores, por lo que no debe ser un criterio a tener en cuenta para denegar la custodia compartida, siempre que éste no perjudique el interés del menor. Se debe dar preferencia a las necesidades afectivas de los menores antes que a la proximidad o no de los domicilios de los progenitores⁴⁸⁵. El cambio es importante porque se ha pasado de tenerlo como un factor decisivo a no tener que considerarlo como un criterio a tener en cuenta para determinar este modelo de guarda y custodia. Este cambio de criterio puede ser excesivo, porque un aspecto es dotarle de una importancia fundamental y otro es no darle la importancia que tiene para el desarrollo efectivo del modelo de custodia alterna.

⁴⁸⁴ De todas formas ese problema no sería de difícil situación, y considero que el beneficio del menor sería mayor que el hecho de tener que abandonar la vivienda cada cierto tiempo y tener que dirigirse con la maleta hacia el otro domicilio de su progenitor. Todo el mundo dice que lo que interesa es el interés del menor, incluso los progenitores cuando solicitan la custodia. Pues una prueba de coherencia, sería que estén dispuestos a sacrificarse por el bien de su hijo. Que dado que han sido ellos los que alterado la normal vida del hijo con su ruptura, los que estén dispuestos a solucionar los problemas que la misma ocasiona. No es un castigo contra los progenitores que deciden por la causa que sea, la de romper la relación con su pareja, es un llamamiento a la responsabilidad como padres hacia ese hijo ante una decisión que le afecta de forma brutal y que no ha pedido ni ha solicitado, sino que le ha venido impuesta por la libre decisión de sus progenitores.

⁴⁸⁵ VIÑAS MAESTRE (2012), pág.40. PARDILLO HERNÁNDEZ, pág. 9.

2.6.3. Buenas relaciones.

Este criterio había sido considerado, con anterioridad a la última Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como elemento fundamental para que se pueda conceder la custodia alterna⁴⁸⁶. Algún autor, defensor de su importancia, lo amplía, añadiendo no solamente que existan buenas relaciones entre ellos, sino que además tengan "capacidad para mantener acuerdos de cooperación activa"⁴⁸⁷. Inclusive se considera que la falta de entendimiento entre los progenitores es la causa que fracase en gran medida este modelo⁴⁸⁸. De todas formas, algún autor se había mostrado partidario de flexibilizar este criterio en el sentido de considerar no imprescindible que los progenitores tengan que llevarse excelentemente bien, bastará solamente con el hecho que puedan mantener una relación que permita desarrollar un proyecto educativo común⁴⁸⁹. Teniendo presente la nueva Jurisprudencia, este criterio ha sido descartado como fundamental para determinar el interés del menor, cuestión básica para el otorgamiento del modelo de custodia compartida⁴⁹⁰. No obstante y con fecha posterior a las Sentencias del Tribunal Supremo, concretamente en el año 2011, se han dictado bastantes resoluciones judiciales por parte de la Jurisprudencia menor donde la mala relación de los progenitores se sigue considerando un obstáculo para la concesión de la custodia compartida. Así a modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª de 30 de septiembre del 2011 (RJ:SAPM 12685/2011), de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª de fecha 13 de diciembre del 2011 (ROJ:SAPB 11861/2011). Lo que demuestra que el cambio de criterio en este aspecto puede ser considerado como precipitado y alejado

⁴⁸⁶ SERRANO MOLINA, pág.738. TAMAYO HAYA, pág. 749. DOMÍNGUEZ CASTELLANO, pág.5. CERVILLA GARZÓN, pág. 48. PÉREZ SALAZAR RESANO (2010), pág. 272. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010), pág. 14, refiere bastantes Sentencias de la Audiencias Provinciales donde se rechaza la custodia compartida por la mala relación de los progenitores.

⁴⁸⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), pág. 168, argumenta que la capacidad o predisposición para el diálogo y el acuerdo, no supone que no puedan existir determinadas divergencias puntuales en determinadas materias, sino que debe de existir entre los padres un tendencia a superar las desavenencias que puedan existir por el bien del hijo. VIVAS TESÓN, pág. 756.

⁴⁸⁸ LATHROP GÓMEZ, pág. 491, incide sobre esta cuestión, atribuyéndole el objeto de las críticas de los detractores de la medida, a la falta de comunicación entre los progenitores, así como que esta carencia de comunicación es la causa de que exista fracaso en la custodia compartida.

⁴⁸⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 5. DE TORRES PEREA, pág.18, argumenta que en toda ruptura de pareja existirán diferencias y tensiones por lo que no puede ser éste un criterio para denegar la custodia compartida.

⁴⁹⁰ PARDILLO HERNÁNDEZ, pág.9.

de la realidad de este modelo. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 7 de junio del 2013 (JUR/2013/192987) considera que las relaciones de los progenitores por si mismas no constituyen un obstáculo para la concesión de la custodia alterna. El problema no son las relaciones entre los progenitores en el sentido de mantenerlas de forma satisfactoria, sino que éstas afecten de forma negativa al menor. No se exige que se tengan que tener buenas relaciones, sino que las que se tengan no sean perjudiciales para el menor. Evidentemente con unas relaciones malas entre los padres, es más probable que la situación afecte negativamente al interés de éste. Pero teniendo buenas relaciones también se puede crear una situación que sea contraria a este interés. Por lo que no es tanto la existencia de relaciones malas o buenas, sino que las mismas perjudiquen al menor.

2.6.4. La tenencia de medios materiales suficientes.

Este criterio pretende garantizar que el menor no sufrirá una merma en cuanto a la atención de sus necesidades vitales. Cuando se produce la ruptura de los progenitores también acontece la ruptura del sistema económico que regulaba dicha relación, por lo que es difícil que se pueda mantener de igual forma la estabilidad económica de los nuevos núcleos familiares. Se precisa una determinada capacidad económica para el mantenimiento del modelo de guarda y custodia compartida. Con anterioridad nos hemos referido a los problemas relativos a la vivienda y los derivados de la situación económica resultante tras la ruptura, por lo que no me referiré de nuevo a ellos. No considero que este motivo deba ser excesivamente influyente a la hora de que el Juzgador se pueda decantar o no por la custodia compartida o alterna. No obstante, la doctrina si lo considera importante⁴⁹¹. El Tribunal Supremo no lo ha establecido como criterio específico, aunque puede perfectamente incardinarse bien dentro del criterio de la capacidad de los progenitores, bien en el último criterio referido a cualquier otra circunstancia que permita la consecución del interés del menor.

⁴⁹¹ IVARS RUIZ, pág.169. SERRANO MOLINA, pág.737.

2.6.5. La edad, la voluntad de los menores, el número de hijos, y la separación de los hermanos.

La edad de los menores ha sido siempre un elemento a tener en cuenta por el Juzgador para otorgar el modelo de guarda y sobre todo para establecer un régimen de visitas. La corta edad del menor en el caso que éste tuviera menos de dos años, ha permitido prácticamente que se atribuyera no solamente la custodia exclusiva a la madre sino que se limitará el régimen de visitas del no custodio en el sentido de desestimar la pernocta con éste. De forma paulatina tal y como en el capítulo de la patria potestad se expuso en el apartado referente régimen de visitas, se ha ido modificando este elemento de tal manera que no constituya un obstáculo para el otorgamiento del modelo de custodia alterna. En la actualidad y a tenor de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede afirmar, al no venir reflejado de forma específica como tal, que este elemento no constituye una objeción para otorgar este modelo de custodia.

La voluntad de los menores, es relevante al estar específicamente establecido por el Tribunal Supremo como un factor a tener en cuenta, pero con los límites que tal derecho conlleva en cuanto a su capacidad para ser oído. Este elemento ha servido para el otorgamiento o la concesión del modelo, junto con otros factores.

La audiencia del menor tiene como finalidad conocer la opinión del principal afectado, puesto que de lo manifestado puede resultar la adopción o negación de la medida⁴⁹². Otra cuestión será que lo manifestado deba inexorablemente vincular al Juzgador a la hora de determinar sobre la atribución de la custodia compartida⁴⁹³.

⁴⁹² De esta forma se puede constatar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª de 5 de diciembre del 2007 (LA LEY,314829/ 2007), donde los dos hijos, de 10 y 15 años manifiestan que no desean la custodia compartida y así lo exponen al Tribunal. De igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, de fecha 29 /2/ 2008 (SP/SENT/ 162332), se admite la custodia compartida, aunque existen discrepancias entre los progenitores, porque los hijos prefieren el modelo. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª de fecha 26/6 / 2007 (SEP/ SENT/ 145429), lo manifestado por el hijo, de 11 años de edad, en el sentido de continuar con la madre y dormir con su padre y su hermano dos días a la semana, además de los fines de semana lleva a adoptar la guarda compartida. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18, de fecha 15 de febrero del 2007 (SEP/ SENT/ 162240, dispone la no concesión de la custodia compartida dada la oposición de los hijos abiertamente manifestada. De igual forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª de fecha 5 de Abril del 2006 (SEP/ SENT/ 98444), desaconseja la custodia compartida al haber sido negada por el menor, al cuál se le atribuye una oposición relevante.

⁴⁹³ PÉREZ MARTÍN (2007), pág. 235, adopta un posicionamiento muy crítico al respecto al considerar que la opinión manifestada por los menores no debe de vincular al Juzgador dado la alta

Por lo tanto, el único instrumento que se ha facilitado al menor en referencia a su papel en la concesión de la custodia alterna o compartida es la posibilidad de ser oído por el Juzgador. No obstante, es conveniente resaltar que el Juzgador deberá analizar de forma conveniente lo manifestado por el menor y ver si es partidario que el sistema de su custodia y guardia sea el de la custodia compartida o alternada.

El número de hijos constituye un criterio a tener en cuenta, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo referida, motivado por la necesidad de satisfacer de forma satisfactoria las necesidades materiales surgidas tras la ruptura.

La no separación de los hermanos, recogida en el artículo 92.5 del Código Civil, ha constituido siempre un factor a tener en cuenta a la hora de la atribución de la custodia exclusiva. La posibilidad que los hermanos con libre criterio decidan con quien de los progenitores les parece mejor que permanezcan, no tiene nada que ver con la posibilidad de separarlos. Esta cuestión es importante porque desde mi opinión puede afectar al interés del menor en su desarrollo evolutivo, sobre todo si la edad de los hijos hace desaconsejable dicha medida. Lo normal es que los hermanos permanezcan juntos, lo que en un modelo de custodia compartida no se ve afectado, porque en cualquier caso ellos permanecen unidos. El problema puede surgir cuando se este planteando la posibilidad de atribuir la custodia a uno de los dos progenitores, en este caso si se deberá tener en cuenta este factor sobre todo si los hijos tienen edad y mantienen criterios diferentes entre ellos sobre su preferencia frente a uno u otro de sus padres.

2.6.6. El resultado de los informes exigidos legalmente.

Este criterio ha sido y es uno de los más importantes a la hora de determinar por parte del Juzgador si se otorga o deniega el modelo de custodia alterna, porque de él ha dependido en multitud de casos la resolución judicial. Sigue teniendo importancia y el Tribunal Supremo lo sigue considerando como un criterio decisivo. Los informes a los que hace referencia este criterio corresponden a la intervención de profesionales y se circunscriben a lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil,

probabilidad de influencia que tenga el menor por parte de ambos progenitores. Incluso teniendo presente el síndrome de alienación parental.

párrafo 6º y 9º. Con respecto al párrafo 6º, su intervención se limita a aconsejar al Juzgador que el menor tiene que ser oído, lo que ocurrirá después de haber iniciado su actuación como tales, mediante la exploración psicológica del menor y de sus progenitores.

La intervención a la que nos referimos viene regulada en el párrafo 9º, donde se les atribuye la esencia de su intervención, debido a que el Juez en cualquier momento y ante cualquier situación de las descritas en todo el artículo 92, puede solicitar la intervención de estos especialistas para que informen sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores, lo que en la práctica supone que manifiesten si es perjudicial para el interés del menor la adopción de un modelo u otro de guarda y custodia.

La doctrina considera que la intervención de estos especialistas aún siendo importante, no debe ser el único factor decisivo que el Juzgador tenga en cuenta a la hora de decidir sobre la concesión de este modelo de guarda⁴⁹⁴. Pero no se puede negar que el contenido de los informes presentados por los integrantes de estos Equipos Técnicos tendrá una importancia decisiva en la decisión judicial y prueba de ello son las innumerables sentencias que resuelven con base en los mismos⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ BERROCAL LANZAROT (2006), pág. 705, defiende que esta medida de la intervención de los Equipos Técnicos, debe de ser considerada “una medida complementaria”, debiendo primar sobre todas, la intervención del menor.

⁴⁹⁵ Como ejemplos contrarios a la custodia compartida tenemos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12 de fecha 17 /9/ 2008. SP/ SENT/ 483600, se deniega la custodia por lo manifestado en el informe contrario a la misma “*Por las consideraciones emitidas en el informe psicosocial, que hemos valorado, y por la argumentación jurídica de la sentencia apelada, entendemos que ha de decaer la pretensión impugnatoria de la apelante ,sobre la atribución en su favor de la guarda y custodia, y sobre la constitución de una guarda y custodia compartida.*” Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª de fecha 29/7/ 2008 (SP/ SENT/ 424157). Se deniega la custodia compartida, así como incluso la pernocta solicitada para los domingos por el padre, por lo manifestado en el informe psicosocial. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de fecha 3/3/2009 (SP/ SENT/ 47495). Se deniega la custodia por las consideraciones manifestadas por los Equipos, los cuales, en virtud de lo explorado, desaconsejan por la mala relación de los progenitores que se adopte la medida. Por su parte, informes partidarios de la custodia compartida emitidos por los Equipos tenemos en Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª de fecha 26 /5 /2008 (SP / SENT/ 174639). Destaca que el Tribunal, frente a la existencia de varios informes periciales, disconformes, se inclina por las recomendaciones del Gabinete Psicosocial adscrito al Juzgado, y concede la custodia compartida. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª de fecha 22 / 10 / 2007 (SP/ SENT/ 150856). Acuerda el Tribunal la medida, por ser recomendada la custodia compartida por los Equipos mediante su informe.

Es un avance que se utilice la expresión de Equipo Técnico Judicial en lugar del generalista “facultativo”. Esta diferenciación semántica permite introducir no solamente al clásico experto en ciencia médica, sino que el término, al ser más genérico, facilita la introducción de otros profesionales tales como psicólogos, asistentes sociales, pedagogos, cuyo dictamen puede ser también importante en relación con el propio menor⁴⁹⁶.

Su labor se circunscribe a la realización del correspondiente informe, después de la realización de las exploraciones a los menores y las entrevistas a los progenitores, en donde de forma lo más clara y concisa posible se resuelve si en el caso sometido a informe, la custodia compartida es un modelo que puede concederse o si presenta algún inconveniente que desaconseje su concesión. No deben recogerse en el mismo las consideraciones y opiniones que el especialista tenga sobre el modelo de custodia, sino limitarse al análisis del caso con la mayor objetividad posible⁴⁹⁷. No obstante, su labor está siendo cuestionada por la institución del Defensor del Pueblo quien ha abierto una investigación sobre posibles irregularidades en el funcionamiento de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia a raíz de denuncias presentadas por ciudadanos⁴⁹⁸. Los autores de la quejas ante el Defensor del Pueblo, las fundaban en la falta de garantías procesales, de rigor y de constancia en los testimonios, los cuales pueden ser manipulados por parte de los peritos, así como de la carencia de protocolos de actuación, y del nulo control y fiscalización a la que son sometidos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ PASTOR VITA, pág. 42. De la misma opinión TAMAYO HAYAS, pág. 747.

⁴⁹⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010), pág.18.

⁴⁹⁸ Información aparecida en el Periódico Las Provincias de fecha 19 /02 / 2007-

⁴⁹⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 4, se queja de la falta de protocolos de actuación, que origina un mal funcionamiento en la práctica por parte de estos Equipos. Así mismo, expone que en muchas ocasiones el informe psicológico esta fundamentado por el sexo del progenitor, de tal manera que se observa que las alabanzas hacia el progenitor cuando es mujer en unas determinadas circunstancias, se rechazan para el hombre, a pesar de encontrarnos en esas mismas circunstancias.

2.6.7. El criterio “cajón de sastre”.

Este criterio viene establecido de forma específica por el Tribunal Supremo cuando en la Sentencia de fecha 29/4/2013, anteriormente referida dispone “*y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*”. Esta redacción permite que además de los criterios comentados, se pueda argumentar cualquier otro que garantice o facilite a los menores una vida adecuada, lo que supone en definitiva establecer un elemento que conceptualmente es indeterminado. Se deduce que el criterio del Alto Tribunal ha sido el no establecer listas cerradas de criterios si no que el Juzgador pueda establecer el modelo en interés del menor. A mi juicio este último criterio aún teniendo una finalidad positiva puede ser a la larga contraproducente por su indeterminación. Si se reclama concreción a la hora de determinar los conceptos jurídicos, no es conveniente, aunque la finalidad sea buena, el disponer la existencia de criterios indeterminados.

2.7. La custodia alterna en el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental.

El legislador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley, formula la justificación de esta pretendida modificación de determinados artículos del Código Civil referentes al ámbito de las relaciones familiares con los siguientes argumentos, “*introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia*”.

Pretende el legislador conseguir un sistema legal donde se evolucione de la opción preferente de la custodia exclusiva o monoparental, a otro modelo que no es sino el de la custodia compartida, pero no de forma imperativa, sino dándole al Juzgador tal posibilidad en función del interés del menor.

Se mezclan por lo tanto tres cuestiones por un lado, pretender que la custodia exclusiva deje de ser el modelo preferente por los progenitores y sobre todo por los órganos judiciales. Por otro, potenciar la custodia compartida o alterna no de una forma clara, sino dándole al Juez la posibilidad de elección. Y la tercera, supeditando la resolución al interés del menor.

De la lectura detallada de la pretendida reforma en lo concerniente a la guarda y custodia del menor, se observa que por un lado se ofrecen como novedades, aspectos que ya se encontraban recogidos en la normativa y sobre todo en la Jurisprudencia, y por el otro se quiere potenciar un determinado modelo de custodia pero al mismo tiempo se establecen normas que en la práctica limitan y hacen imposible su adopción.

Se dispone en el artículo 92 bis, *“El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno sólo de los progenitores o por los dos de forma compartida”*. Se le atribuye al Juzgador la facultad de decidir en cada caso concreto y en interés del menor, el modelo de guarda y custodia que se establecerá para el ejercicio de la patria potestad por los progenitores en situación de ruptura.

Se establece que esta posibilidad se llevará a cabo bien *“cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.”* La novedad radica en que si existe disputa entre los progenitores para que se conceda a cada uno de ellos la custodia de los hijos, ante la disparidad, el Juez podrá, o conceder la custodia exclusiva a uno de ellos, o bien la compartida a ambos, aunque ninguno de ellos pida este modelo de custodia. Esta posibilidad existe en la actual normativa, concretamente en el artículo 92.8 cuando excepcionalmente, a instancia de una de las partes, con informe ya no necesariamente favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en el interés del menor. Por lo tanto no es una novedad en sentido estricto del término. Lo que si puede considerarse como novedad, aunque también con matices, es que el Juzgador si lo

considera conveniente para el interés del menor, podrá establecer un modelo de custodia sin que lo hayan solicitado los padres. En la actual legislación debe de ser solicitado por lo menos por una de las partes si aplicamos el artículo 92.8 del CC.

No obstante debe entenderse, que si los padres solicitan el modelo de custodia alterna de común acuerdo, el Juez en el ámbito de su facultad, podrá o no concederlo, si considera que es perjudicial al interés del menor.

En el mismo precepto se regula que el Juez debe pronunciarse en relación con el régimen de visita, ahora denominado, régimen de estancia, relación y comunicación en dos supuestos. Por un lado, para facilitar la relación del menor con el progenitor con el que no conviva, y por el otro, para permitir que éste se relacione con los abuelos, pariente y allegados, incluso con sus hermanos. Es importante esta apreciación, porque parece plantear, la posibilidad de separar a los hermanos en caso del otorgamiento de la guarda y custodia. Aunque más adelante concretamente en el apartado séptimo defiende de forma expresa que no se separe a los hermanos. Resulta evidente en cualquier caso que la posibilidad de separar a los hermanos dependerá de la conveniencia para el interés de los mismos.

Para el modelo de custodia alterna afecta, aunque no es una novedad, que para su otorgamiento, al igual que para el de la custodia exclusiva, se solicite opinión a los hijos, las partes, los peritos y al Ministerio Fiscal.

Si es novedad, que la norma disponga tanto para la exclusiva como para la alterna, que se deberá ponderar a la hora de tomar la decisión unos factores, que son idénticos para ambos modelos de custodia. Estos elementos son los que el Tribunal Supremo ha establecido al respecto en sus últimas Sentencias sobre esta cuestión, las cuales hemos analizado con anterioridad.

Tampoco es novedad, la posibilidad de recabar informe a los expertos debidamente cualificados, puesto que esta posibilidad ya estaba contemplada en la actual normativa. Tampoco puede considerarse como novedad que se denegará la custodia compartida, por las mismas cuestiones que la exclusiva en lo referente a los delitos contra uno de los cónyuges. De igual forma, no se atribuirá la custodia compartida si alguno de los progenitores esta incurso en un proceso penal por presunta comisión de violencia doméstica o de género, siempre que exista una resolución judicial donde se determinen indicios fundados y racionales de criminalidad. La novedad, radica en que exige un auto de procesamiento, evitando que con la simple denuncia de una de las partes, se le impida al denunciado la

custodia de los hijos. Asimismo se le faculta al Juez de Familia para que aún no existiendo proceso penal abierto, si advierte la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito. No obstante, la nueva norma permitirá como novedad que a pesar de la prohibición anterior, en interés del menor, entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia o peligrosidad, se le pueda otorgar la custodia al progenitor autor de tales hechos. Establece el legislador al respecto mecanismos de control y seguimiento para garantizar el correcto cumplimiento sin especificar la naturaleza de los mismos.

Lo más negativo de la pretendida reforma es establece la posibilidad de otorgar un modelo de custodia compartida o alterna cuando ninguno de los progenitores lo ha solicitado. Existen dudas razonables para pensar si esta imposición puede ser beneficiosa para el menor.

2.8.El modelo de custodia alterna y el interés del menor.

En la sociedad y en el mundo del derecho existe la percepción que en el futuro, el modelo al cual se tiende a ir es precisamente el de la custodia alterna o compartida. Prueba de ello es el Anteproyecto de Ley presentado por el Gobierno. Cada vez son más los posicionamientos doctrinales a favor de este modelo y de forma lenta pero inexorable se va comenzando a instaurar dicho modelo en el ámbito de las resoluciones judiciales. De igual forma, los criterios últimos del Tribunal Supremo al considerar que el modelo de guarda compartida no debe ser considerado como una excepción, sino como un modelo de lo más normal, dado que garantiza la relación afectiva del menor con sus progenitores⁵⁰⁰. Lo que sucede es que el hecho de que un modelo tenga “a priori” más aceptación no quiere decir que sea compatible con el interés del menor. La custodia alterna en la práctica solamente puede tener posibilidades de funcionar cuando es solicitada por ambos progenitores, y éstos tienen muy claro que el único interés que debe prevalecer es el del menor. Por lo tanto, no es correcto considerar la existencia de un sistema general aplicable a todos

⁵⁰⁰. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de fecha 29/4/2013 (EDJ 2013/ 58481), que recoge la Jurisprudencia anterior, incidiendo sobre esta cuestión.

los supuestos. Lo mismo que no se puede afirmar que todos los menores tengan o puedan tener el mismo interés.

Si el interés del menor hay que buscarlo en cada caso concreto, de igual forma el modelo de custodia habrá que adaptarlo a cada caso concreto, sin que se pueda afirmar con rotundidad que tanto la custodia exclusiva como la compartida o alterna son en términos generales lo mejor para el menor. Sería fácil posicionarse a favor o en contra de este modelo, bastaría adherirse a cualquiera de las posturas doctrinales. Pero si queremos tener presente de manera exclusiva el interés del menor, debemos por coherencia mantener que, solamente puede obtenerse en función de cada caso concreto. Para determinar en cada caso concreto si es más beneficioso el sistema de custodia alterna o el de la exclusividad con un amplio régimen de visitas, es necesario unir determinados factores. Estos criterios que han sido señalados por la reciente Jurisprudencia del Tribunal son los que pueden servir para determinar si en ese caso concreto, el modelo será acorde con la custodia alterna.

De entre todos los factores que hay que tener en cuenta, debemos considerar la audiencia del menor con suficiente uso de razón como uno de los más importantes. La opinión del menor al respecto puede ser esclarecedora de su deseo y puede ser un elemento muy importante para el Juzgador a la hora de decidir sobre el modelo de guarda y custodia que pueda establecerse. La custodia alterna puede beneficiar al menor, pero a quien sin duda beneficia es a los progenitores dado que pueden desarrollar con sus hijos, más eficazmente, su faceta de padres. Podemos pensar que si el modelo es beneficioso para los padres puede por lo tanto, de forma indirecta beneficiar al menor, pero puede ocurrir lo contrario. La actual situación que se ha producido en nuestro sistema jurídico de la atribución automática de la guarda y custodia únicamente a la madre ha originado muchos problemas en algunos casos y esa situación ha perjudicado al menor al no relacionarse de forma abierta con el otro progenitor. El legislador ha modificado el sistema con la intención de hacer que la situación actual cambiara a favor de la implantación de la custodia compartida como sistema general, siendo la custodia exclusiva la excepción. No considero que establecer de forma obligatoria el sistema de custodia alterna impuesto a todos los progenitores y en todos los supuestos sea tampoco beneficioso para el menor. Porque la imposición y más en cuestiones de familia no es positiva para el menor ni para los sujetos que intervienen.

El modelo de custodia alterna o compartida presenta una serie de ventajas pero también ocasiona inconvenientes para el interés del menor. Lo mismo que el modelo de custodia exclusiva. Por lo tanto considero que este modelo no puede ser catalogado de compatible o no compatible con el interés del menor, de forma general y abstracta, sino que habrá que analizar cada caso concreto y en virtud de las particularidades de cada menor y habiéndolo oído, más la conjunción de otros factores diversos, llegar a la conclusión de establecer o no el modelo de custodia en función de las particularidades del menor y de sus propios progenitores.

CAPITULO IV.- EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO COMO INSTRUMENTO PARA EL EJERCICIO EFECTIVO DEL INTERÉS DEL MENOR. LA AUDIENCIA DEL MENOR.

1. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO. CONCEPTO.

La intervención del menor en el proceso civil no es una novedad que se haya introducido por el Legislador en las últimas disposiciones normativas. La posibilidad real de dicha intervención aparece regulada con anterioridad a la Ley 15/2005 e inclusive a la Ley 1 /1996 en distintas disposiciones. La LEC de 1881 regula por primera vez la intervención del menor en el proceso, aunque no se establece en su articulado la forma mediante la cual se realizará dicha intervención .En nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad incluso a la Ley 1/1996 existe la posibilidad de la intervención del menor en el proceso y también se recoge la posibilidad de que pudiera ser oído siempre y cuando fuese mayor de 12 años o en caso de una edad inferior tuviese suficiente juicio.

El menor puede intervenir en los procesos judiciales, bien como parte, testigo, objeto de una pericial o en el ejercicio del derecho a ser oído. Con respecto a la participación como parte, hay que decir que en el artículo 61.1 de la LEC se recoge la posibilidad que se pueda ser parte en un proceso al serlo todas las personas físicas. No obstante aquellos que no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, habrán de comparecer mediante sus representantes legales o en su caso de defensor judicial.

En su intervención como testigo puede y debe comparecer en tal condición en aquellos procesos siempre y cuando tengan catorce años y a juicio del Tribunal tengan el discernimiento necesario para asimilar su función⁵⁰¹. En el curso de una prueba pericial en los procesos matrimoniales, puede ser sujeto de un estudio

⁵⁰¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA (2002), pág. 79. Se pregunta como el Juez va a determinar sobre si el menor testigo tiene juicio suficiente para admitirle como tal si cuando esto se produzca, el menor ha sido oído.

realizado por los expertos que dictaminen en relación a sus circunstancias personales, sociales y familiares.

Cuando utilizamos la expresión referente al derecho a ser oído nos estamos refiriendo al derecho que el ordenamiento jurídico otorga al menor por ser un sujeto al que hay que conceder una especial protección, para que su opinión sea oída por la persona que ha de resolver sobre una cuestión que de forma directa o indirectamente le afecta, para que dicha opinión sea tomada en consideración⁵⁰².

Existe una diferencia importante en definir este derecho como el de ser oído o por el contrario derecho a ser escuchado. El ser oído, implica que un tercero, en este caso puede ser el Juez o los progenitores, tienen derecho a escuchar la opinión del menor, para adoptar una decisión con la mayor información posible. Por el contrario, si hablamos de derecho a ser escuchado, es el propio menor quien reclama ser oído por la persona que tendrá que decidir sobre una cuestión que le afecta, porque le interesa transmitir su parecer con la lógica finalidad de que influya de alguna manera en la persona que toma la decisión. Desde un punto de vista conceptual, surge la cuestión que más adelante se tratará con respecto a la naturaleza jurídica del derecho, en relación a si podemos considerarlo como una obligación o, por el contrario, como un derecho que le permite guardar silencio, aunque sea requerido para expresar su opinión⁵⁰³.

Es necesario establecer desde un principio tal y como hemos venido haciéndolo que este derecho es uno de los exponentes principales del principio

⁵⁰² MARÍN LÓPEZ (2005), pág. 167. De igual forma, el Tribunal Constitucional en sentencia 17 / 2006 de 30 de enero siendo Ponente Aragón Reyes, configura la audiencia del menor como un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico de nuestro país y por el artículo 12 de la Convención de la Naciones Unidas. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA (2002), pág.40, utiliza la expresión “introducir su pensamiento, opinión o juicio en un proceso judicial o administrativo”. Personalmente me parece que la utilización de este término supone una especie de forzamiento a instancias del menor. No obstante esta expresión concuerda con la idea fundamental que desarrolla el autor en referencia al hecho de que el menor es quien debe de decidir en la mayoría de los supuestos si quiere ser escuchado o no. CASTAÑO PENALVA, pág. 104, manifiesta que la audiencia no significa otra cosa que el menor sea llamado para que exprese su opinión, sin que esta pueda ser vinculante.

⁵⁰³ GARCÍA PASTOR, pág. 120.

fundamental del interés del menor, de tal modo que dicho interés tiene su expresión práctica más significativa en el derecho del menor a ser oído⁵⁰⁴.

Se considera por la doctrina que la finalidad de la audiencia es que el Juzgador pueda “investigar el interés del los menores”, dado que el mejor instrumento para conseguirlo es el contacto directo con los mismos, sin necesidad de intermediarios⁵⁰⁵. Incluso se justifica la audiencia como fruto del respeto a la personalidad del menor⁵⁰⁶. Por este motivo la doctrina del Tribunal Constitucional ha consagrado a este derecho con la categoría de fundamental, disponiendo que su vulneración por los poderes públicos supone una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva regulada en el artículo 24 de la Constitución Española⁵⁰⁷. Aunque hay que tener presente que no toda ausencia o falta de audiencia supone una vulneración de la tutela judicial efectiva porque puede que no sea imperativa o porque habiéndola solicitado el menor o, cualquiera de las partes el Juez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2005, no la estime conveniente, o considere que el menor no tiene juicio suficiente. Pero siendo obligatoria, si el Juez no oye al menor, entonces nos encontraremos ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva tal y como se dispone por el Tribunal Constitucional⁵⁰⁸. Más adelante nos detendremos en analizar la postura del Tribunal Constitucional con respecto a este derecho.

⁵⁰⁴ PASTOR VITA, pág. 41. GARCÍA GARNICA (2008), pág. 48. CASTILLEJO MANZANARES, págs. 393 y 396, considera que la audiencia del menor es producto de la necesidad de aceptar como principio general del interés del menor. Inclusive para que la decisión del Juez se adopte en base a dicho interés, es necesario que se produzca la audiencia de éste. RABADÁN SÁNCHEZ-LA FUENTE, pág. 37.

⁵⁰⁵ PEREZ MARTÍN (1997), pág. 965.

⁵⁰⁶ DE LAMA AYMA, pág. 101, considera que la mejor forma de que el menor llegue a convertirse en un adulto responsable y autónomo es permitir que participe en las decisiones que le pueden afectar de forma directa. Por lo tanto es necesario que se le escuche para poder asumir los roles de los adultos .

⁵⁰⁷ GARCÍA GARNICA (2008), pág. 48. En el mismo sentido la Sentencia de Tribunal Constitucional 152/ 2005 de 6 de junio sanciona la falta de audiencia del menor en un proceso judicial como la violación del derecho a la tutela judicial efectiva. En sentido contrario MARÍN LÓPEZ (2005), pág. 223, entiende que no es correcto hablar de un Derecho Fundamental en si mismo sino que puede estar incardinado en otros derechos fundamentales. Considera que cuando no se produce el cumplimiento de la audiencia del menor, lo que se produce no es una vulneración de un Derecho Fundamental sino simplemente el incumplimiento de un trámite procesal.

⁵⁰⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 221/ 2002, 71 / 2004 y 152/ 2005.

Desde un concepto procesal se suele utilizar de forma indistinta los términos exploración o audiencia del menor. Ambos conceptos son catalogados como sinónimos pero es conveniente tener presente que entre ellos existen matices que hacen a mi modo de ver inapropiado la utilización del término “exploración”, para describir la audiencia. Conceptualmente el primero, hace referencia al acto procesal donde la autoridad judicial en un proceso determinado oye al menor para que manifieste lo que estime pertinente en relación al objeto del proceso dado que la resolución en mayor o menor medida le afectara. El segundo, se refiere al acto en donde el Tribunal lo examina, mediante una entrevista en donde el papel del Juez no es el de un mero oyente, sino que adopta un papel activo al inquirir para averiguar la verdadera voluntad del menor, o inclusive para conocer cuestiones referentes al mismo pero sin que tenga en principio intención de referirlas⁵⁰⁹. El matiz estriba en el hecho de que cuando se explora, realmente no se esta realizando una audiencia, sino que se es objeto de una indagación por parte del Juez, o de terceros. Por lo que en sentido estricto estamos realizando una pericial no una audiencia⁵¹⁰. Por tal motivo es más correcto utilizar el término exploración cuando queramos referirnos a la situación en la cual el menor sea objeto de estudio por los miembros del Equipo Técnico Judicial o en caso de ser sujeto activo en un proceso penal como autor, cómplice o testigo, porque la finalidad de la exploración es distinta en estos ámbitos a la audiencia. Y el término audiencia en los supuestos en que va a exponer su parecer, opinión, deseo, a los únicos efectos de que se cumpla el derecho a ser oído por la persona que va a resolver sobre una cuestión que pueda afectarle. La utilización indistinta que se hace en la norma no debe conducirnos a pensar que ambos conceptos sean iguales, porque no parece que asimilarlos sea beneficioso para una comprensión efectiva del término.

Continuando con la cuestión conceptual, el derecho a ser oído, también puede tener una acepción estricta o amplia. La estricta debe entenderse como el derecho que tiene a ser escuchado por quien debe de tomar una resolución sobre aspectos que le afectan o le afectarán. Finaliza el derecho o mejor dicho la realización del mismo, una vez que ha sido escuchado. El sentido amplio por su parte engloba al estricto, y

⁵⁰⁹ ARANGUERA FANEGO (2008), pág. 2. De la misma manera GONZÁLEZ DEL POZO (2007), pág.458.

⁵¹⁰ De la misma opinion ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA (2002), pág. 89.

se amplia para que la opinión, deseo o manifestación sea tenida en cuenta, en mayor o menor medida por la misma persona que la ha escuchado⁵¹¹. El sentido estricto únicamente conlleva que pueda ser oído con independencia del efecto que tal hecho produzca en la persona ante quien ha expuesto su opinión. Por el contrario, el sentido amplio implica no solamente ser escuchado, sino que su opinión debe ser tenida en cuenta por quien ha escuchado, iniciándose un debate en donde se intercambien opiniones y argumentos, con la finalidad de poder adoptar la decisión más correcta. Es evidente que la concepción amplia en el sentido que se expone, debe ser discutida por lo que en si mismo implica, dado que la doctrina es partidaria de considerar de forma general, que el hecho que el menor sea oído, no tiene que significar que su opinión necesariamente tenga que ser la que prevalezca, aunque tampoco lo contrario⁵¹².

Por último podemos establecer que existen dos tipos de audiencia del menor, por un lado la judicial que se realiza ante el Juez en el marco de un proceso judicial, regulada en los artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil y por otro lado extrajudicial, que es la que tiene lugar fuera del proceso ante los padres, tutores o guardadores⁵¹³. La importancia de esta distinción estriba sobre todo en los efectos que su inobservancia puede suponer. De esta manera, en la audiencia judicial, en aquellos supuestos que la misma sea imperativa, su inobservancia puede suponer la nulidad de las actuaciones procesales posteriores, al vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva del menor. Por su parte la no realización de la audiencia extrajudicial no supone la invalidez de acto jurídico alguno, sino sencillamente la

⁵¹¹ LATHROP GÓMEZ, pág.153, señala la existencia de dos etapas o estadios sucesivos en el proceso de oír al menor. Por un lado una primera fase consistente en el hecho de que debe de ser oído de conformidad a lo establecido en cada normativa y en todos los procedimientos y actuaciones que le afecten en el ámbito familiar, escolar judicial etc. En la segunda etapa es donde hay que determinar si debe o no de considerarse su opinión y de ser así, lo que ello implica. CASTILLEJO MANZANARES, pág. 298, utiliza la expresión de doble finalidad para referirse a que la audiencia tiene una doble finalidad, por un lado el que sea oído, y por el otro que su opinión sea normalmente atendible.

⁵¹² RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 183, en relación con el interés del menor, manifiesta que” *el darle al menor una amplia participación en la determinación de su interés, no quiere decir que se tenga que declinar en él la toma de la decisión.*” Resulta evidente que esta consideración es lógica, pero tampoco debemos de secundar a los que puedan considerar que los derechos del menor son solamente para ejercerlos, pero para nada más, es decir que se considere que el menor al ser un completo incapaz, no debe de ser tenido en cuenta su opinión, con independencia de que la misma sea fruto de una madurez aceptable.

⁵¹³ MARÍN LÓPEZ (2005), pág. 191.

vulneración de uno de los preceptos que constituyen el ejercicio de la patria potestad de los progenitores, concretamente el artículo 154 .3 del Código Civil.

2. NATURALEZA JURIDICA.

La naturaleza jurídica del derecho a ser oído ha suscitado dos discusiones doctrinales. La primera, motivada por la consideración de que sea una obligación o por el contrario una facultad. La segunda, se centra en si es un acto jurídico independiente o, estamos ante un acto procesal incardinado dentro de los medios probatorios.

2.1.¿La audiencia del menor es una obligación o un derecho?

La audiencia del menor es considerada de forma general por la doctrina como un derecho, sin profundizar si se transforma en una obligación , o si por el contrario es un derecho en el sentido que puede ser ejercitado en función de la mayor o menor aptitud de aquel⁵¹⁴. Los que se oponen a la consideración de la audiencia como una obligación, utilizan el argumento que el carácter imperativo, se contrapone con la existencia misma de un derecho⁵¹⁵. En esta línea hasta la reforma de la ley 15/2005, el carácter de la audiencia era claramente imperativa, de tal manera que el propio Juzgador debía acordarla para mejor proveer aunque las partes no la hubieran solicitado⁵¹⁶. Si es un derecho no puede ser obligatorio, porque el derecho supone facultad, libertad. No se puede estar obligado a ser escuchado si no se quiere, porque entonces no sería un derecho sino una obligación⁵¹⁷. Abundando sobre esta cuestión,

⁵¹⁴ ARANGUENA FANEGO (2008), pág.1. MORENO QUESADA, pág. 111, afirma que es un derecho de los mismos. PÉREZ SALAZAR-RESANO (2005), pág. 204.

⁵¹⁵ GARCÍA MEDINA, pág.228. ROBERTO COLOMA (2011), pág. 50. SAÉNZ DÍEZ DE ULZURRUM ESCORRIAGA, pág. 100, hace referencia a que la imperatividad del concepto fue causa en su día de numerosas críticas, debido a que supone que el menor tenga necesariamente que pasar por el trámite de la audiencia aunque no fuese necesario entre otros motivos por el hecho de que los progenitores estuviesen de acuerdo o que no existiese motivo de controversia.

⁵¹⁶ PÉREZ MARTÍN (1997), pág. 965.

⁵¹⁷ De la misma opinión CASO SEÑAL, pág. 25.

surge una corriente de opinión, a la que más adelante nos referiremos, que considera que el hecho que el menor tenga que ser oído es perjudicial para el mismo, por lo que se debe limitar la práctica efectiva de dicho ejercicio en aras de su propio interés⁵¹⁸. La tenencia de un derecho faculta a quien lo tiene para su ejercicio si es esa su voluntad y sobre todo protege a su titular frente a quien quiera impedir que lo ejercite. En este caso considero que el menor solamente si así lo desea y reúne los requisitos de edad y suficiente juicio podrá manifestar o mejor dicho ejercitar tal derecho ante terceros. Evidentemente, si hemos afirmado que el derecho a ser oído es la mayor expresión del interés del menor, precisamente en aras de este interés, podemos perfectamente defender que si no quiere no debe ser oído. Siendo el motivo, el respeto a la voluntad del menor en el ejercicio de un derecho que como tal no puede ser obligado a realizar en contra de su parecer⁵¹⁹. El precepto recogido en la Ley del Menor, artículo 9, establece el derecho, pero no podemos extraer del mismo un sentido de obligación o deber del menor⁵²⁰.

2.2. ¿Es un medio probatorio?

Los partidarios de que la audiencia de menor no constituye una prueba más dentro del proceso, sino un derecho, se basan en que la intervención en el proceso,

⁵¹⁸ BARTOLOME TUTOR, págs. 303 y ss, citando a ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, argumenta, que la exploración o audiencia, esta supedita al interés del mismo, por lo que hay que tener que presente que en virtud de dicho interés se le puede denegar la misma, si el Juzgador considera que ella será perjudicial. VARELA PORTELA, pág. 54, reflexiona sobre los sentimientos de culpa del menor sobre todo en la adolescencia, por lo que aboga por una utilización de la audiencia de forma restrictiva y realizada por personal especializado, oponiéndose a la “aplicación mecánica “. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia Sección 1ª de fecha 14 de septiembre del 2009 (SP/SENT/ 482460), rechaza la audiencia del menor, de 11 años de edad, por apreciar tal y como se informa por el Equipo que “ *tal situación es altamente estresante para él, al presentar una sintomatología ansiosa*”.

⁵¹⁹ ZALARRUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA (2002) pág. 49. De la misma opinión, al estimar que el menor no debe de ser obligado a ser oído si éste no desea serlo por coherencia con su interés.

⁵²⁰ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 398, se pronuncia de forma clara al respecto de que la Ley prevé la audiencia como “ el derecho que tiene éste a dar a conocer su voluntad, a que se le oiga en los procesos que le afecten.” GUILARTE MARTÍN CALERO, pág. 130, dice que se configura la audiencia como un derecho y no como un deber, lo que provoca una falta de coherencia en determinados preceptos del Código Civil. Asimismo considera que el legislador del 2005 la configura como un derecho del menor y no como una obligación. ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA (2002), pág. 55.

bien en la audiencia o en la exploración, es consecuencia de un derecho expresamente otorgado por el ordenamiento jurídico con una naturaleza “sui generis”⁵²¹. Lo importante es ser escuchado de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, con independencia que sea mediante un determinado acto probatorio. De tal modo que para garantizar la realidad del derecho y su eficacia podrá modificarse o transformarse el medio probatorio de tal modo que se adapte como medio procesal a las exigencias del sujeto⁵²².

Los partidarios de considerarlo como un medio probatorio exponen que la exploración y la audiencia desde una perspectiva estrictamente procesal es un medio de prueba determinado y concreto⁵²³. Desde una consideración jurídico-procesal, la exploración y la audiencia es un medio de prueba que puede ser solicitado por las partes en su caso y que como tal medio ha de llevarse a cabo tal y como se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, el hecho de admitir la audiencia como un medio probatorio exclusivamente, implica que exista una discusión al respecto, en relación a la naturaleza de la prueba⁵²⁴. Un sector doctrinal considera que esta prueba se incardina dentro del reconocimiento judicial, con la particularidad que el objeto del reconocimiento no serán muebles o lugares sino personas, concretamente menores⁵²⁵. Por lo tanto, habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 353 y siguientes de la LEC, pero acomodándola a que el sujeto de la prueba es un menor. Por el contrario, otro sector doctrinal rechaza que la audiencia pueda ser considerada como un medio de prueba incardinada dentro del reconocimiento, defendiendo que es una institución distinta por lo que no puede quedar sometida a las normas que regulan el reconocimiento de personas. Efectivamente reviste por la naturaleza del

⁵²¹ GARCÍA PASTOR, pág. 139.

⁵²² CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS AUXILIARES EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 17, 18 y 19 de febrero del 2010. SP/ DOCT/ 4480, pág. 3.

⁵²³ CORDÓN MORENO, pág. 892, la incluye dentro de las especialidades en materia probatoria, en el sentido de una prueba más.

⁵²⁴ PÉREZ MARTÍN (1997), pág. 965, reconoce la existencia de la discusión doctrinal sobre la naturaleza de la audiencia en el sentido de si nos encontramos ante una prueba, bien testifical o de reconocimiento o si por el contrario nos encontramos ante una institución legal no regulada procesalmente.

⁵²⁵ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 404. ARANGUENA FANEGO (2008), pág. 3. SÁENZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORRIAGA, pág. 102. LÓPEZ MUÑI GOÑI, pág. 470.

sujeto unas características que la hacen distinta del simple reconocimiento que se regula en los artículos 353 y siguientes de la LEC, y de la simple prueba testifical. Pero no por ello deja de ser un medio de prueba con unas particularidades concretas, que se asemejan en gran medida a las de la prueba testifical o del reconocimiento de personas.

Se produce en la práctica procesal, una fusión entre la consideración de ser un simple medio de prueba con la de tener una naturaleza concreta y distinta del simple reconocimiento y prueba testifical.

En este sentido, otro sector de la doctrina es partidario de conjuntar ambas consideraciones doctrinales en una sola, en donde se reconozca que es un medio de prueba derivada del reconocimiento de personas, pero al mismo tiempo es un derecho del menor, con unas características concretas, por lo que su realización no dependerá del hecho de ser solicitado como medio de prueba por las partes sino que también dependerá de que el menor desee ser explorado o ser oído por el Juzgador⁵²⁶.

En el ordenamiento encontramos otras figuras jurídicas que guardan similitud con la exploración o audiencia del menor pero que no forman parte del derecho de audiencia. Así, en nuestro ordenamiento se contemplan distintos supuestos en donde el menor tiene que manifestar su consentimiento para que determinado acto jurídico alcance su plena validez. Supuestos en los que tiene que asentir o no sobre determinadas cuestiones que le afectan, pero no supone que tenga que manifestar su parecer u opinión sobre dicha cuestión. Es requerido para que muestre su conformidad o asentimiento pero no para que exponga su parecer sobre una determinada cuestión. Por lo tanto hay que diferenciar lo que es el asentimiento de lo que implica el derecho a ser oído⁵²⁷.

En el Código Civil se regulan supuestos en los cuales, tiene que prestar su asentimiento regulados con anterioridad a la Ley 1/1996⁵²⁸. El derecho a ser oído

⁵²⁶ PLANES MORENO y GONZÁLEZ DEL POZO, págs. 457 y ss.

⁵²⁷ SERRANO CHAMORRO, pág.3.

⁵²⁸ Nos encontramos con los ejemplos siguientes; Para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia, el artículo 23 del CC exige que el mayor de 14 años, siempre que sea capaz de prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, y renuncie a su anterior nacionalidad.

consiste en manifestar su opinión en todos aquellos actos en los que la decisión le pueda afectar, siendo para ello necesario que este implicado en el acto o en el proceso. Por el contrario, el derecho a prestar su asentimiento no deja de ser un mero acto complementario, que si bien en determinados aspectos es importante, pensemos en el supuesto de la adopción, no puede configurarse con la misma naturaleza jurídica que el derecho a ser oído, que es un derecho general, aplicable a todos los supuestos que afectarán al menor de forma importante.

3. PLASMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO.

El derecho del menor a ser oído lo encontramos regulado en el ámbito jurídico internacional, en las diversas normativas que regulan las relaciones familiares en sus múltiples facetas. Se recoge en el artículo 24 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño se dispone en varias disposiciones el derecho mediante la expresión libre de su opinión⁵²⁹. En el ordenamiento jurídico comunitario se

El artículo 121 del Código Civil, establece que el reconocimiento de un hijo solo precisa para su validez la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, si lo ha otorgado un menor incapaz para contraer matrimonio, por razón de la edad, esto es, los menores de catorce años.

El artículo 48.2 del Código Civil, establece que la dispensa de edad para contraer matrimonio puede ser solicitada por el propio menor.

El propio menor al amparo del artículo 158 del Código Civil puede solicitar al Juez la adopción de medidas cautelares para asegurar la prestación a su favor de alimentos y proveer a sus futuras necesidades, para evitarle perturbaciones dañosas e, o en los cambios de titularidad de la patria potestad, y , en general cualesquiera que tenga como objeto apartarle de peligros o evitarle perjuicios.

Es necesario el consentimiento del hijo en los contratos que obliguen al mismo a realizar prestaciones personales siempre que tuviere suficiente juicio.

El menor de edad, pero mayor de 16 años puede hacer innecesaria la autorización judicial para la enajenación de valores inmobiliarios por los padres, de conformidad con el artículo 166.3 del CC, prestando para ello su consentimiento en documento público.

En la adopción, el artículo 177 del CC, exige el consentimiento del adoptando mayor de doce años, al igual que el acogimiento.

Los mayores de 14 años pueden realizar testamento, a excepción del ológrafo.

⁵²⁹ En el artículo 12 de la CDN “ *Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta todas 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 o de la ley nacional.*” Por su parte el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 establece “ *Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para*

constituye como una premisa indiscutible y obligatoria, con las salvedades referentes al perjuicio para el menor o a su falta de madurez⁵³⁰.

La posibilidad que fuera oído en la legislación Italiana se introdujo a raíz de la Ley de reforma de 6 de marzo de 1987, aunque se limitaba ésta a los supuestos estrictamente necesarios, cuando tenga los doce años y en edad inferior siempre que tenga discernimiento⁵³¹. En Francia, se establecía en su ordenamiento de forma habitual siempre que fuera necesario y no supusiera inconvenientes para los menores. El menor podría ser oído sólo, con un abogado de su elección, o con una persona de su confianza. No obstante el Juez podría vetar la designación si considerara que la elección no es afortunada conforme a su interés⁵³². No obstante, los Tribunales franceses de instancia no se mostraban demasiado entusiastas con la idea que los jueces tuvieran que tener entrevistas con los menores. La Corte de Casación en sentencia de 5 de junio de 1991, estimó que si bien era necesario que los menores pudieran ser oídos, no era imprescindible que su opinión tuviera que ser depuesta ante el Juez, bastando con el hecho que la opinión pueda llegar al Juez a través de un tercero imparcial. A pesar de esta postura contraria al hecho que pudiera directamente exponer su parecer ante el Juez, ha surgido en Francia una corriente,

su bienestar .Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.”

⁵³⁰ Con anterioridad al año 2000, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992, en su artículo 8,14, dispone que en todas aquellas materias que impliquen la adopción de una decisión familiar o administrativa, que afecte al niño, siempre que no suponga un riesgo o perjuicio alguno, para el mismo, deberá de ser oído desde el momento en que su madurez lo permita en todas las decisiones. Del mismo modo en la Convención Europea sobre Ejercicio de los Derechos de los Menores, adoptada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, se estableció en su articulado 6, letra b, que la autoridad judicial, en los procedimientos que afecten al menor, deberá de consultar al niño, salvo que esto resulte perjudicial o contrario a los mejores beneficios del menor. En el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, se reconoce el derecho a “expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y su madurez”. Más recientemente en el Reglamento de la Comunidad Europea número 2201/2003, del Consejo de Europa, de 27 de noviembre de 2003, referente a la competencia, y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, se establece que la audiencia del menor desempeña un papel importante en la propia aplicación del Reglamento. Y se destaca de forma significativa en su artículo 41, que el Juez solo podrá expedir el certificado relativo al derecho de visita, si se le ha dado al menor la posibilidad de audiencia, siempre que no fuese esto, considerado perjudicial dada la edad o madurez del menor.

⁵³¹ LATHROP GÓMEZ, pág. 152, en referencia a lo dispuesto en la legislación italiana resalta la figura del curador mediante el cual el menor a partir de los dieciséis años, en los procedimientos de separación y divorcio cuenta con la figura de éste, para la defensa de sus intereses, con la posibilidad de interponer sus propias demandas en los procesos iniciados por los padres.

⁵³² LATHROP GÓMEZ, pág. 151.

que apoyándose en la propia Convención de los Derechos del Niño, reivindica que sea considerado como parte plena en los procesos donde se discuta la guarda, debiendo ser por ello defendido por un abogado con independencia de la postura de sus progenitores. Esta última corriente también ha encontrado detractores que consideran que la intervención del abogado puede ocasionar una falta de espontaneidad en la declaración del menor⁵³³.

Para analizar la plasmación del derecho a ser oído en nuestro ordenamiento jurídico hay que forzosamente establecer tres etapas. La primera, que se inicia a raíz de la promulgación de la Ley 1/1996, la segunda, a partir de la Ley 15/2005 y la tercera, derivada de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre en vigor desde el 4 de mayo de 2010⁵³⁴.

- a) La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y más concretamente el artículo 9 de la norma modifica parcialmente el Código Civil vigente en su momento y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo referente a la audiencia del menor, introduciendo el principio que podemos calificar sobre todo a raíz de las reformas legislativas que se producen con posterioridad, de generalista⁵³⁵. En dicha norma se regula la intervención disponiendo que pueda ejercitar su derecho en cualquier procedimiento jurídico donde pueda estar directamente afectado o implicado, y cuando pueda afectar a su esfera personal, familiar o social⁵³⁶.

⁵³³ GARCIA PASTOR, págs. 124 y ss.

⁵³⁴ RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág.41.

⁵³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2011), pág. 421, manifiesta que la audiencia del menor, ya se encontraba en nuestro ordenamiento jurídico desde las reformas de 1981, tratándose de un mecanismo que faculta al menor en intervenir para que sea escuchado, en aquellas cuestiones que le pueden afectar, aunque su opinión no será vinculante.

⁵³⁶ Las pretensiones de Ley 1/1996, son un tanto excesivas y desde luego la realidad de los hechos ha demostrado que el legislador pensaba que ésta norma ,tal vez en un exceso de soberbia legislativa, sería la “ norma de todas las normas”, en cuanto a la protección de los menores. No obstante esta predisposición a la grandilocuencia esta reforzada por las opiniones de algunos, como GISBERT JORDÀ, pág. 6, que califica la norma como “ *La Carta Magna de los menores*”, porque considera que , recopila los derechos de los menores en un marco jurídico individualizado, y que al mismo tiempo los califica como “ *sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.*” Y también MORENO TORRES SÁNCHEZ (2004), pág. 22, considera que la Ley 1/1996 de 15 de enero “constituye la norma fundamental en la regulación del sistema de protección de menores.”. Personalmente considero sin ánimo de polemizar que la Ley 1/1996, es consecuencia de la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a los acuerdos firmados y ratificados por España. La ratificación por España de la Convención sobre los

Se considera en términos generales que este precepto supone la consagración de este derecho, dentro de nuestro ordenamiento jurídico⁵³⁷. Algún sector doctrinal no le atribuye el carácter que tiene para la mayoría por el hecho de ser oído ya se encontraba tipificado en el Código Civil con anterioridad al año 1996, e inclusive se consideraba que la audiencia era un medio idóneo para servir a su interés⁵³⁸. La norma establece que la audiencia adquiere un carácter imperativo en el sentido más literal del término. Los operadores jurídicos comprenden que se ha hecho en la práctica inevitable, debiendo por tanto, cuidar el trámite de audiencia de modo escrupuloso, para evitar ser acusado de vulnerar el procedimiento que en ese momento se este tramitando⁵³⁹.

Otra cuestión será el valor que se le otorga a lo manifestado por el menor, pero a partir de la Ley 1 /1996, se tiene asumido que es preceptivo en los casos que el menor tuviese más de 12 años, y cuando tuviera una edad inferior demostrase suficiente juicio⁵⁴⁰. Se aplica el criterio cronológico en cuanto a la edad de 12 años porque se considera que cualquier menor de esta edad y superior tiene madurez suficiente para manifestar su opinión en un asunto que le afectase. Y el criterio del juicio suficiente para el que tuviera menos de 12 años. De tal manera que se

Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, obligan a nuestro país a adecuar la legislación de conformidad con lo dispuesto en las normas internacionales ratificadas por España.

⁵³⁷ De esta manera lo califica RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 193. De la misma forma MARÍN LÓPEZ (2005), pág. 172, refiere de que es una norma que sirve de inspiración para el ordenamiento jurídico estatal y autonómico en la materia.

⁵³⁸ GARCÍA CANTERO (1982), pág. 390.

⁵³⁹ SERRANO CHAMORRO, pág. 1. CASTILLO MARTÍNEZ (2006), pág. 119. Y ello es así, puesto que con anterioridad a la Ley 1 / 1996, el Código Civil regulaba la audiencia del menor en sus artículos 92, 154, y 156, pero de una manera no imperativa sino facultativa, puesto que el criterio para que el menor fuera oído, se circunscribe a la madurez o mejor dicho el “suficiente juicio”, por lo que se debía oír a los menores siempre que el Juez considerase que tenían el suficiente juicio para ello. BÓ JANÉ y CABALLERO RIBERA, pág. 5, postulan que lo dispuesto en el artículo 9, no puede ser calificado como el nacimiento de un derecho ex novo, sino más bien, el reconocimiento de algo ya existente.

⁵⁴⁰ MARÍN LÓPEZ (2009), pág. 253, sobre esta cuestión, indica que el artículo 9 guarda silencio sobre el hecho de determinar que menores pueden acogerse al derecho a ser oído. Se muestra partidario de que el límite venga establecido en función de la madurez y juicio suficiente del menor, puesto que la edad no se menciona como factor objetivo de naturaleza limitadora.

garantiza una amplia horquilla que permite a partir de los 6 años, exponer su opinión ante el Juzgador y ante terceros. De igual forma la norma permite cuatro posibilidades para que pueda ser oído, por un lado de forma personal por sí mismo, por medio de sus representantes legales, a través de la persona que él designe y por último, a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitir su opinión objetivamente. Se establece que las comparecencias se realizarán en la forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, sin que se establezca un modelo concreto, puesto que en función del menor, se desarrollará la audiencia.

La voluntad de no regular el desarrollo de la audiencia, en la creencia que la flexibilidad facilitara su práctica, ha originado como más adelante se analizará, que no exista un criterio uniforme. Lo que ha generado inseguridad jurídica que indudablemente afecta al menor y a su interés. No obstante, no admite ningún tipo de dudas, que la voluntad de la norma es la de garantizar que las comparecencias, se desarrollen de la mejor forma para evitar perjuicios psicológicos.

El artículo 9º de la Ley 1/1996 en su apartado tercero, establece un mecanismo de garantía consistente en que si se le niega el derecho a ser oído por el órgano judicial, esta denegación deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal, además de al propio menor, y a la persona que hubiera sido designada por éste, para solicitar la audiencia. La finalidad de esta disposición es que el Ministerio Fiscal, en la representación que ostenta, y en defensa de los intereses del menor, pueda recurrir la resolución desestimatoria.

Se apuesta por la concepción que los menores de edad son sujetos activos, y por ende deben participar en la búsqueda de sus necesidades y para ello nada mejor que mediante la audiencia en la toma de decisiones que de forma directa o indirecta le van a afectar. No obstante este precepto tal y como está redactado pronto va a ser objeto de críticas por parte de la doctrina. La cual, fundamentándose en la defensa del interés del menor considera que la posibilidad de ser oído de forma general, es contrario a su interés⁵⁴¹.

⁵⁴¹ RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág. 43, recoge el sentir de una parte mayoritaria de la doctrina al afirmar que el interés del menor es que la intervención del mismo se produzca únicamente cuando el Juez lo estime necesario al considerar que la misma es claramente perjudicial para el menor.

- b) La Ley 15/2005. El legislador asume algunas de las críticas que la generalista intervención del menor ha cosechado en la doctrina, y apuesta por una interpretación claramente restrictiva al introducir que la audiencia se llevará a cabo solamente cuando el Juzgador lo estime necesario. Para ello introduce la reforma del artículo 92 del Código Civil y del artículo 777.5 de la LEC, aunque paradójicamente no modifica otros preceptos, entre ellos el artículo 156 y 159 del CC, y 770.4 de la LEC, los cuales siguen manteniendo en su articulado la audiencia del menor siempre que estos tengan 12 años o, siendo menores, que tengan suficiente juicio.

El nuevo artículo 92. 6 del Código Civil establece “*oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor...*” y el artículo 777 (5) de la LEC dispone “*El Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor*”. Se abandona la concepción aceptada hasta la fecha que todo menor mayor de 12 años debía de ser objeto de audiencia o exploración con carácter obligatorio. Dicha imperatividad se encontraba regulada en el artículo 92 del Código Civil que ordenaba que se oyera a los hijos mayores de 12 años y a los menores de esa edad que tuvieran suficiente juicio antes que el Juzgador adoptara cualquier decisión referente al cuidado y atención de los mismos. Esta obligatoriedad de igual forma, aparecía regulada en la LEC en los preceptos 770.4 en relación al proceso contencioso al exigir la preceptiva audiencia de los hijos.

Algún sector de la doctrina justifica el cambio introducido por el legislador en el hecho de reconducir la situación creada por la Ley 1/1996 hacia una situación menos generalista y limitar la audiencia del menor, fundamentándolo en la defensa de su propio interés⁵⁴². Se utiliza el argumento que no comparto, que el interés del

⁵⁴² RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág. 40. DE VERDÁ Y BEAMONTE, pág. 278, ARANGUENA FANEGO (2009), pág. 142. MANZANA LAGUARDA, pág.278. LATHORP GÓMEZ, pág. 136, recoge el iter parlamentario de la Ley 15 / 2005, y afirma que la reforma se llevo a cabo, por el hecho de que se quería eliminar el carácter automático de la audiencia del menor mayor de 12 años. Invocándose para ello, los efectos negativos que tiene la exploración del menor en sede Judicial. Es decir que las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios se fundamentaban en que la exploración del menor, por si misma, tenía efectos negativos, por lo que había que limitarlas en la medida de lo posible. Se argumentaba que la necesidad de la exploración, se limitaba al supuesto de desacuerdo entre los progenitores en los supuestos contenciosos de crisis matrimoniales, pero no era

menor se defiende limitando su intervención en los procesos judiciales. Esta concepción es toda una contradicción, porque si se le ha otorgado al menor el derecho a ser oído como una manifestación de su interés, limitarlo es perjudicarlo. No existe mejor defensa que permitir que sea el propio menor quien manifieste al Juzgador lo que estime necesario con la finalidad de influir en la posterior decisión que el Juzgador adoptará y que sin duda afectara en mayor o menor medida su vida.

Esta novedad es muy importante porque introduce una limitación restrictiva al derecho a ser oído, al hacer depender la audiencia de un concepto aleatorio y subjetivo, “cuando se estime necesario”⁵⁴³. Es evidente que la nueva regulación considera la audiencia como un derecho, pero no como una obligación para el Juzgador en el sentido que no le obliga a oír al menor⁵⁴⁴. Con la nueva redacción se le atribuye al Juez la responsabilidad y el deber de asegurar en definitiva que el derecho se respete, lo cuál parece innecesario⁵⁴⁵. Responde esta idea a una concepción proteccionista, que implica que se tiene derechos pero por su interés no conviene que se ejerzan, lo que no deja ser contradictorio y altamente negativo para el propio menor⁵⁴⁶. De igual forma, no se introduce en la norma modificada ninguna

necesaria en los supuestos de consenso entre los progenitores. SERRANO MOLINA, pág. 163, defiende que el mismo interés del menor que obliga al Juez a velar para que se cumpla el derecho que tiene el menor, es el mismo que va a hacer que la audiencia a partir de la reforma de la ley 15 / 2005 quede subordinada a que el Juez lo estime necesario.

⁵⁴³ Sobre esta cuestión es interesante la argumentación que se expone en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1^a de fecha 20 de octubre del 2006 / SP/ SENT/ 99855, “ Obsérvese que, aunque desaparece del art 92 CC el carácter obligatorio de la audiencia para el caso de que el menor tenga más de doce años, tal necesidad queda sobreentendida desde el momento en que dicha edad habilita para tener un juicio merecedor de ser escuchado cuando se trata de medidas que le afecten personal o materialmente... En el supuesto enjuiciado, el citado derecho no fue respetado, a pesar de que tenía más de doce años en la fecha de interposición de la demanda, se ha omitido un trámite esencial del procedimiento, con el resultado de franca indefensión para una persona, que no siendo litigante directo, si que resulta afectada por los pronunciamientos en juego, por lo que procede de conformidad con lo dispuesto en el art 283 de la LOPJ, decretar la nulidad de actuaciones, retrotrayendo el procedimiento al trámite inmediatamente anterior a la sentencia, a fin de que se proceda a practicar la exploración del hijo menor...”

⁵⁴⁴ CASTILLO MARTÍNEZ (2006), pág. 122.

⁵⁴⁵ LATHORP GÓMEZ, pág. 134, afirma que puede existir una cierta contradicción, perplejidad e incoherencia, en el hecho de que el artículo 92, en su párrafo segundo, contenga un mandato imperativo para el Juzgador de que el menor debe de ser oído, pero por el contrario el artículo 92, en su apartado 6, se refiera, a cuando se estime necesario, eso si, en los supuestos de guardia y custodia compartida.

⁵⁴⁶ GAVIDIA SÁNCHEZ, pág.367.

alusión al beneficio del menor ni a los criterios que ayuden a concretar cuándo debe ser oído. Esta modificación ha sido considerada por la doctrina como un paso atrás en este derecho⁵⁴⁷.

Para mayor confusión la reforma de la Ley 15/2005, modifica el artículo 777.5 de la LEC pero mantiene a su vez el artículo 770.4 sin modificar su sentido, lo que indudablemente supone una contradicción considerable. La contradicción se produce entre el artículo 92.6 del Código Civil y el artículo 770.4 de la LEC, dado que en los procesos matrimoniales contenciosos, el primero dispone que el Juez esta obligado a oír a los que tenga juicio suficiente, pero únicamente cuando lo considere necesario. Por el contrario, el artículo 770.4 de la LEC establece en los procesos matrimoniales que la audiencia es un trámite obligatorio para los que tengan 12 años, o suficiente juicio. Es evidente que la disposición más favorable es la recogida en la LEC en el artículo 770.4, dado que garantiza al menor ser escuchado cuando reúna los requisitos, sin que el Juez pueda impedir dicha audiencia al no tener que considerar la conveniencia o no de celebrarla. En relación con los procesos matrimoniales consensuados, regulados en el artículo 777.5 de la LEC, se dispone que la audiencia no es un trámite necesario salvo que el Juez lo considere y siempre que tenga suficiente juicio⁵⁴⁸. Esta contradicción la doctrina la ha resuelto, hasta la reforma de la Ley 13 /2009, al considerar que dado que la Ley 15 / 2005 es de fecha

⁵⁴⁷ MARÍN LÓPEZ (2005), pág.189.

⁵⁴⁸ MANZANA LAGUARDA, pág. 279, considera que lo que sucede es que se ha querido establecer en el artículo 777,5 un elemento para eludir la obligatoriedad del artículo 92.6, cuando sea solicitado por las partes y demás sujetos, aunque como la propia autora reconoce, en otro precepto se sigue manteniendo esta obligatoriedad para el Juzgador de tener que oír al menor, concretamente en el artículo 770.4 de la LEC, al establecer “ *Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuviese suficiente juicio, y en todo caso si fueren mayores de doce años*”. Es decir lo que ha ocurrido es que la norma ha cometido un olvido, o un fallo, al establecer lo dispuesto en el artículo 777. 5, porque si después de todo lo que se ha luchado para conseguir que el menor tuviera derecho a ser oído, se establece el límite de “ cuando se estime necesario”, se está limitando dicho derecho, a la voluntad o mejor dicho a la estimación del Juzgador. CASTILLO MARTÍNEZ (2006), pág. 123, manifiesta que la reforma de la Ley 15 / 2005, ha sido positiva, porque supone el acabar con el criterio cronológico del menor en su derecho a ser oído, sustituyéndolo por el criterio de la madurez sin establecer edad alguna, lo que permite que la decisión de ser oído, se ajuste mejor al desarrollo evolutivo del menor.

posterior, deben las normas que aún mantenían el sentido generalista interpretarse de conformidad al espíritu de la Ley 15 /2005⁵⁴⁹.

Uno de los aspectos más significativos, aunque inoperante, recogido en la Ley 15 /2005 y que ha sido introducido en los preceptos modificados, art 775 de la LEC y el artículo 92.6 del Código Civil, es que se haya otorgado a los miembros del Equipo Técnico Judicial, al Fiscal y al propio menor, la facultad de solicitar que el Juez oiga al menor. Esta disposición puede parecer que es favorecedora para el interés del menor, por el hecho que pueda ser solicitado por todos los que intervienen en el proceso. Pero esta ampliación de los solicitantes no garantiza que la solicitud se lleve a cabo, porque esta supeditada en primer lugar, a que los potenciales proponentes lo hagan, en segundo lugar, a que tengan suficiente juicio y tercero y no menos importante, a que el Juzgador acepte la solicitud de las partes. Si realmente se pretende garantizar que sea oído, se tendría que haber dejado la normativa sin modificar.

- c) Por último la Reforma 13 / 2009 de 3 de noviembre modifica el artículo 770.4 de la LEC, en los mismos términos en los que se regulaba el artículo 775.5 de la LEC. Desaparece la contradicción existente a raíz de la Ley 15 /2005, puesto que en todos los procedimientos matrimoniales tanto contenciosos como consensuados, la audiencia podrá ser solicitada por las partes, Ministerio Fiscal, y los Equipos Técnicos , pero se acordará cuando se estime necesario de oficio. Se unifica la normativa jurídica pero en el mismo sentido restrictivo.

A modo de resumen, tenemos que reconocer que tiene derecho a ser oído, pero se ha restringido el derecho a partir de la Ley 15 /2005 al supeditar la audiencia en los procedimientos matrimoniales contenciosos y consensuados a que el Juzgador la estime necesario y se ha justificado dicha reforma en base al propio interés del menor. Lo que indudablemente no se comprende porque la audiencia del menor es la máxima expresión de su interés.

Resulta curioso no obstante que a pesar de la reforma de la Ley 13/2009, aún existan en nuestro ordenamiento jurídico preceptos, concretamente el artículo 156.2 CC y el artículo 159 CC donde se regula la audiencia sin la restricción impuesta a los procedimientos matrimoniales. Es indudable que estos preceptos recogen en todo

⁵⁴⁹ RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág. 43.

su sentido el derecho a ser oído sin que pueda existir más limitación que la edad o el suficiente juicio. Ambos preceptos están relacionados con el ejercicio de la patria potestad por lo que éste ámbito, es decir la familia, puede ser la causa por la cual, no se haya atribuido al Juez la posibilidad que no estimase necesaria la audiencia. En principio la causa que motiva la audiencia no se fundamenta en un conflicto de ruptura matrimonial sino de discrepancias en el ejercicio de la patria potestad. De tal modo, la resolución que el Juzgador se vea obligado a adoptar no tendrá como consecuencia para el menor dejar de convivir con uno de los dos progenitores, sino que tendrán efectos menos perjudiciales.

4. ÁMBITO Y CONTENIDO.

4.1.Ámbito familiar, judicial y administrativo.

La norma 1/1996 ha establecido que este derecho se deberá ejercitar tanto en el ámbito familiar como administrativo o judicial en el que éste directamente implicado, o en todas aquellas cuestiones que le afecten⁵⁵⁰. Extiende este derecho a las cuestiones de índole patrimonial.

En el ámbito familiar hace referencia al ejercicio de la patria potestad. Deben por tanto los padres garantizar que el hijo pueda ejercitar su derecho en aquellas cuestiones que le afecte. No se trata que los padres tengan que actuar de conformidad a los deseos que manifiestan los menores, sino que se escuche a los que tengan suficiente juicio. El que no sean escuchados no invalida los actos que los padres realicen, pero indudablemente supone una vulneración del ejercicio de la patria potestad⁵⁵¹. Es en cierto modo difícil garantizar este derecho, salvo si los

⁵⁵⁰ LATHROP GÓMEZ, pág. 131. ROMERO COLOMA (2011), pág. 51. RABADÁN SÁNCHEZ-LA FUENTE, pág. 37. El Tribunal Constitucional en sentencia 221/ 2002 de 25 de noviembre, establece que es obligada la audiencia del menor en los supuestos en los que se pueda ver afectada su esfera personal y familiar.

⁵⁵¹ RIVERO HERNÁNDEZ (2007), pág. 199, hace referencia a que la audiencia de los hijos en las cuestiones familiares no solamente esta recogida en la norma del Código Civil, sino también se recoge en la Ley 1 / 1996. Es defensor claro de que los padres, deben de escuchar al menor, lo que evidentemente es fácil dado que no supone esta forma de ejercicio del derecho de ser oído la seriedad ni causa, en el menor el estrés que pueda llegar a producir la audiencia ante el Juzgador. Pero tienen que acostumbrarse los progenitores a ejercitar el derecho que tiene el menor a ser oído . Así no lo

progenitores deciden escucharlo cuando tengan que adoptar una decisión que les afecte. Es importante que se desarrolle con normalidad en el ámbito familiar, puesto que éste es el lugar donde el menor va a realizar su desarrollo evolutivo. Si se le ofrece la posibilidad que en función de su madurez sus progenitores le escuchen, probablemente contribuirán a desarrollar en el mismo un aspecto de responsabilidad que le favorecerá en su etapa de adulto. Dentro del ámbito que podemos catalogar como familiar, existen diversos preceptos en el Código Civil que facultan la audiencia en supuestos de divergencia entre los progenitores en el marco de la patria potestad. Concretamente el artículo 156 CC y el 159 CC, los cuales como hemos señalado con anterioridad establecen el derecho de forma obligatoria para el Juzgador. No se debe olvidar que también se tiene reconocido este derecho en determinados artículos del Código Civil en cuestiones referentes a la adopción, en el artículo 177, en la tutela concretamente en los arts. 231, 237 y 280, y en los aspectos regulados en los artículos 164.1 y 165.2 del Código Civil⁵⁵².

En relación al ámbito administrativo manifestar que hace referencia a todos los procedimientos administrativos, en los cuales el menor se pueda ver afectado. Hay que tener en cuenta que en el artículo 84 de la LRJPAC también se contempla la posibilidad que como parte interesada, pueda examinar el expediente y realizar las alegaciones que se considere pertinentes. Si bien técnicamente es más un derecho de

encontramos en el artículo 154 párrafo 3 del CC, en donde se establece que los hijos deberán de ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. La norma pretende que los padres una vez hayan tenido conocimiento de las opiniones del menor actúen de la manera más beneficiosa para el menor. En este precepto la audiencia no se encuentra supeditada a una determinada edad, sino únicamente a que tenga suficiente juicio, y a que la decisión sobre la que tenga que manifestar su opinión le afecte. De la misma opinión DÍAZ PICAZO Y GULLÓN, pág. 261, al incidir en el hecho de que la no audiencia del menor no supone una nulidad del acto que se realiza por parte de los progenitores pero no hay duda de que supone una vulneración de la patria potestad o como señala “una grave extralimitación en el ejercicio de la patria potestad”. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2002), pág. 42. De igual manera RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, pág. 3, dice que los padres deben de atender la opinión de los menores de edad antes de tomar una decisión que pueda directa o indirectamente afectar a los mismos.

⁵⁵² BO JANÉ y CABALLERO RIBERA, pág. 11. PÉREZ MARTÍN (1997), pág. 54, por su parte destaca el hecho de que el Legislador haya omitido en la redacción del artículo 9 de la Ley 1/ 1996, que el menor deba de ser oído en la esfera patrimonial. Evidentemente señala el autor, que la cuestión no deja de ser anecdótica, porque el Código Civil, al igual que la LEC, recogen la posibilidad de que el menor sea oído cuando la cuestión haga referencia a su esfera patrimonial.

personación que de audiencia. Es importante recordar que en los procedimientos relativos a la protección del menor, es decir, la tutela ex lege, la guarda administrativa y el acogimiento, aunque no exista la audiencia prevista en la normativa, debe a partir de la Ley 1/1996, articularse el procedimiento para que se produzca, máxime teniendo presente que en los procedimientos referidos, es importante la opinión del menor, por lo menos su conocimiento de cara a poder tomar una decisión lo más ajustada a su interés.

Con respecto al ámbito judicial nos referimos a la intervención del menor en los procesos mediante la audiencia y tenemos en este caso que hacer referencia a los procesos judiciales de la jurisdicción civil y en la penal. Con respecto a la segunda, el menor puede ser parte en un proceso penal en su condición de víctima, testigo, autor o como objeto de una pericial. Existen abundantes estudios referentes a la intervención en el proceso penal principalmente en su condición de testigo o de víctima de un delito principalmente de naturaleza sexual⁵⁵³. Es de destacar que en el ámbito penal aunque el Legislador establece mecanismos de protección a la hora de ser explorado, se aceptan como normales cuestiones formales que para la audiencia no están tan aceptadas, tales como la grabación de su declaración, la presencia de sus representantes legales en el transcurso de la misma, salvo que estén estos últimos imputados en delitos donde el menor sea la víctima. La posibilidad que pueda ser explorado entre otros por el abogado de la defensa, la intervención de los expertos en la exploración ante el Juez, la presencia inexcusable del Ministerio Fiscal etc. Con respecto a la exploración en estos procesos, se recomienda por la doctrina que la misma se desarrolle dejando al menor plena libertad para que narre los hechos, evitando las preguntas capciosas y las sugestivas, necesidad de crear un ambiente positivo, en donde se encuentre a gusto⁵⁵⁴.

⁵⁵³ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, págs. 1 y ss, recoge la normativa europea sobre la declaración como testigos de los menores que a su vez son víctimas destacando que la misma no debe de apartarse de las reglas y garantías básicas de la actividad probatoria. No hay que establecer mecanismos más allá de lo razonable para que los menores puedan ejercitar su derecho ante un Tribunal. ADROHER BIOSCA, págs. 33 y ss. GISBERT POMATA, págs. 139 y ss. DE LA ROSA CORTINA, págs. 93 y ss.

⁵⁵⁴ DE LA ROSA CORTINA, pág. 122. ADROHER BIOSCA, pág. 43. GISBERT POMATA, pág. 149.

Con respecto al ámbito procesal civil en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil en su Libro IV se regulan dentro del epígrafe los “Procesos Especiales” y dentro de ellos, en el Título I, los “procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”. En los procesos que se regulan dentro de dicho Título, solamente se dispone la audiencia en los artículos 770.4 y 777.5 de la LEC, los cuales se encuentran ubicados dentro del Capítulo IV referido a los “procesos matrimoniales y de menores”. En el artículo 770.4 se introduce la audiencia como una prueba a realizar en el proceso contencioso siempre que se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, de las partes, miembros del Equipo Técnico o inclusive del propio menor, cuando tuviese suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años. Por su parte en el artículo 777.5 se introduce en el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo.

4.2.Ámbito de ejercicio.

El derecho a ser oído del menor se limita a aquellos asuntos en los que este directamente implicado o bien que le puedan afectar⁵⁵⁵. Resulta lógico que tenga un límite concreto que no es otro que el derivado de las cuestiones que les pueda afectar de algún modo. En situaciones de crisis matrimoniales se verá afectado por los temas relativos a la guarda y custodia. Lo que manifieste al respecto podrá determinar la resolución que se adopta por parte del Juzgador.⁵⁵⁶ Aunque pueden existir otros tales

⁵⁵⁵ GOIRIENA LEKUE, pág. 2, hace referencia al hecho de que el precepto del artículo 9 de la Ley 1 / 1996, ha sido objeto de duras críticas, principalmente por el hecho de que más que una norma jurídica se configura como si fuese un principio programático, aunque es partidaria de esta consideración. De igual modo destaca que el derecho a ser oído tal y como está redactado cuando se refiere a que el derecho está limitado a los asuntos en los que el menor está directamente implicado, es un concepto jurídico indeterminado, lo que genera en cierto modo una indefensión, al no poder concretar cuáles son los asuntos en los cuales el menor está directamente implicado. MARÍN LÓPEZ (2009), pág. 253, es partidario de que la audiencia debe limitarse a cuestiones que guarden relación con la tutela judicial que se cuestiona o se solicita. Así mismo con respecto a la forma en la que se debe llevar a cabo, se posiciona a favor de preguntas útiles y sencillas, que permitan que el Juzgador pueda esclarecer la cuestión litigiosa.

⁵⁵⁶ Se manifiestan en diversas sentencias que la voluntad del menor manifestada en la exploración debe de ser tenida en cuenta a la hora de resolver sobre la custodia y guarda, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares Sección 4ª de fecha 13 de julio del 2009 / SP/ SENT/ 478472, donde el deseo del hijo de 15 años de trasladarse a vivir con su madre a la Argentina y la oposición a residir con el padre, responden a una decisión “autónoma, firme y razonada, siendo aconsejable atender a su voluntad”. De igual forma lo podemos comprobar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de fecha 9 de marzo del 2009 (SP/ SENT/ 110139),

como el derecho de visita del progenitor no custodio o de los abuelos⁵⁵⁷. Se considera por la doctrina que es en este tipo de procedimientos donde debe ser oído en relación a la guarda y custodia⁵⁵⁸. No se puede tener una visión limitada o restringida con respecto al contenido porque tal y como veremos cuando analicemos la forma en la cual se debe llevar a cabo la audiencia, la práctica de la misma se desarrolla en la mayor parte de las ocasiones de una forma abierta en cuanto a los temas a tratar, sin desviarse o alterar la finalidad del Juzgador. Si pensamos que porque la audiencia normalmente se produce en los supuestos de crisis matrimoniales y en los procesos contenciosos, el contenido de la misma se va a centrar únicamente en que el menor manifieste si quiere estar con el padre o con la madre, es claramente un error y denota un desconocimiento profundo de lo que supone en realidad la audiencia en este tipo de procesos.

5. REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA.

Para que se pueda desarrollar la audiencia es necesario que se cumplan unos requisitos fundamentales de naturaleza objetiva y subjetiva. El requisito objetivo es que el menor tenga 12 años, y el subjetivo es que tenga juicio suficiente y, a partir de la reforma de la Ley 15/2005, que el Juez en los procesos contenciosos y consensuados lo estime necesario.

donde se respeta la preferencia del hijo manifestada en la exploración, de vivir con su madre y hermana, al haberla manifestado teniendo la edad legal exigida para ser oído. Y de igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección 2ª de fecha 16 de mayo del 2006 (SP/ SENT/ 92299), de respetar la decisión manifestada por el hijo de 15 años de seguir viviendo con su padre, por lo que se desestima la pretensión de la madre.

⁵⁵⁷ El hecho de que los menores pueden ser escuchados en el ámbito de las crisis matrimoniales en otros aspectos distintos de la guarda y custodia, tal como el derecho de visitas, lo tenemos ejemplarizado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Sección 1ª de fecha 16 de junio del 2008, (SP/ SENT/ 176056) la oposición de un nieto, de 6 años de edad a relacionarse con la abuela, no impida que se establezca un régimen de visitas a favor de esta última. Lo significativo más allá de la cuestión del derecho de visitas reclamado por la abuela, estriba en el hecho de la corta edad del menor.

⁵⁵⁸ GARCÍA PASTOR, pág. 121. TAMBORERO Y DEL PINO, pág. 90, utiliza la expresión “ absurdo” para definir que los menores sean oídos en procesos en donde no se discuta la guarda y custodia. REYES GALLUR, pág. 12, utiliza la expresión “ aberrante”.

Con respecto al requisito objetivo, es un requisito cronológico inspirado en la tradición jurídica española con respecto a la edad en la cual se considera que tiene madurez suficiente como para que sus actos y sobre todo sus opiniones puedan ser escuchadas y posteriormente en su caso, tenidas en cuenta. Hasta la reforma, el criterio generalmente aceptado por la Jurisprudencia con respecto a la madurez, se fundamentaba en la edad. Se establecía una edad que podíamos considerar como mínimo, la de los 12 años, y una edad de consolidación de la madurez que se cifraba en los 15 años. El arco entre los 12 años y los 15 era habitualmente el marco de desarrollo que se tenía en consideración con respecto a la madurez del menor. Con respecto al requisito subjetivo referido a que tenga juicio suficiente se ha venido aplicado preferentemente a los menores de 12 años para que pudieran ser oídos. La naturaleza subjetiva se sustenta en que es el Juzgador quien tiene que determinar en su caso si se tiene esa madurez.

Se dispone la posibilidad que sea oído si tiene suficiente juicio, y se solicite su intervención por las partes, incluido el mismo menor. No es necesario que tenga 12 años, sino que tenga madurez suficiente⁵⁵⁹. A partir de la reforma del año 2005, no es necesario establecer una edad concreta, puesto que queda a criterio del Juzgador determinar la madurez del menor, con independencia de la edad física del mismo⁵⁶⁰. Así tenemos resoluciones judiciales que, por extrañas que nos puedan parecer, consideran a un menor de cuatro de seis años, maduro para inclusive

⁵⁵⁹ SERRANO CHAMORRO, pág. 2.

⁵⁶⁰ CASO SEÑAL, pág. 25, indica que cada menor tiene unas características personales concretas, las cuales pueden no coincidir con su edad cronológica. Por lo tanto la madurez del menor vendrá determinada por otros factores, los cuales en algunos casos coincidirán con la edad, pero en otros no. RIVERO HERNÁNDEZ (2000), pág. 196, es partidario de que no se establezca una edad concreta para que el menor sea oído decantándose por el criterio de la madurez. De todas forma reconoce que una edad que podría considerarse como conveniente para considerar al menor maduro, sería a partir de los 9 o 10 años. La cuestión de establecer una edad concreta ha sido criticado por la Jurisprudencia. Así se reconoce en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña Sección 5ª de fecha 11 de septiembre de 2006 (SP/ SENT/ 112026), cuando se manifiesta “ La práctica y la experiencia judicial demuestran que no puede sentarse una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deba de ser oído el menor, pues ello dependerá de su madurez psicológica y desarrollo intelectual y emocional. Por esta razón es razonable que el legislador no tenga en cuenta el dato objetivo de la edad del menor que va a ser explorado y que atienda al criterio susceptible de ponderación judicial de la suficiencia del juicio.

tener en consideración su opinión, y por otro lado no se considera maduro a uno de 10 años⁵⁶¹.

Desaparecido el criterio de la edad, el problema se localiza en determinar que tiene suficiente juicio, dado que este requisito se convierte en un aspecto fundamental para poder llevar a cabo la audiencia. Según la doctrina, el menor que tiene una capacidad de entender y querer de forma razonada, que le permite expresar dicho querer de forma coherente, tiene juicio suficiente⁵⁶². El inconveniente es que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, lo que conlleva que no exista un criterio unívoco, sino que como toda indeterminación esta sujeta a distintas y diversas interpretaciones⁵⁶³. Se puede afirmar que cuando hablamos del “suficiente juicio”, nos estamos refiriendo más al desarrollo mental y psíquico, que a la propia edad. Para determinarlo se debe tener presente entre otros factores, la realidad social

⁵⁶¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de fecha 15 de septiembre del 2008,(SP/ SENT/ 426017), El menor de cuatro años de edad, es explorado, por el Equipo, y de esa exploración se hace constar en el informe que es contrario a establecer un régimen de visitas con su abuelo. Pues bien el Tribunal, acepta lo manifestado por el menor, que se recoge en el informe pericial y desestima el recurso no concediendo el régimen de visitas a los abuelos. De igual forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2, de fecha 6 de marzo del 2008 (SP/ SENT/ 426085). Con respecto a la edad de 6 años, lo tenemos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Sección 1ª de fecha 16 de junio del 2008 (SP/ SENT/ 176056) donde se explora a un menor de seis años, en relación con su oposición a que su abuela ejerza el derecho de visitas. Con independencia de la resolución, que fue no hacer caso de lo manifestado por el menor, lo significativo es que se oyerá al menor de 6 años. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de fecha 6 de junio del 2008 / SP/ SENT/ 173286, no considera maduro a un menor de 10 años, de conformidad con el informe del Equipo Judicial, por lo que no se tiene en consideración su opinión en el asunto de la guarda y custodia. La Sentencia del Tribunal Constitucional 152 / 2005, de 6 de Junio de 2005, considera que la edad del menor que era de 11 años, “edad en la que se entiende presumible el suficiente juicio para expresar su parecer sobre el cambio de custodia”. Pero inclusive en la misma Sentencia en el fundamento de derecho se manifiesta “Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del suficiente juicio para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados...” Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996 (Actualidad Jurídica Aranzadi nº 250,). Se alude en esta resolución judicial del alto tribunal al hecho de que el menor cuando cumple los 14 años tiene un mayor “grado de discernimiento y de enfoque autónomo en su toma de decisiones”, que cuando tenía 8 años. Es partidario de reconocerle madurez a partir de los 14 años, y no de los 8 años.

⁵⁶² MARÍN LÓPEZ (2009), pág. 258.

⁵⁶³ MIRANDA ESTRAMPES, pág. 3, es partidario de que la entrevista del menor, tenga un carácter excepcional y ser reservada para los menores que presenten un alto grado de madurez y comprensión, dando una edad la de los 14 años.

en donde se desarrolla, debiendo de comprobar si sus opciones y manifestaciones, son coherentes con las metas o finalidades que se encuadren en su realidad social⁵⁶⁴.

De todas formas, cuando nos referíamos al hecho que el Juzgador tenía que determinar el interés del menor, recordar que hay que limitarse a cada caso concreto y no pretender establecer criterios generales o abstractos, sino todo lo contrario, reducir la cuestión de la madurez al caso concreto y al menor de forma específica. La madurez es un factor importante a la hora de valorar la opinión, dado que se considera que cuanto más maduro sea, menos posibilidad habrá que su opinión este influenciada por los progenitores o terceros⁵⁶⁵. Resulta paradójico tal y como hemos comentado, que como señala la doctrina para que el menor sea valorado en función de si tiene juicio suficiente o no, es imprescindible que la persona que ha de valorar dicho juicio, en este caso el Juzgador, ha de escucharlo previamente⁵⁶⁶.

6. LA FORMA DE REALIZAR LA AUDIENCIA

Con respecto a la forma de realizar la audiencia del menor y ante la ausencia de norma que regule su práctica, únicamente encontramos en dos preceptos elementos que, sin ser exhaustivos permiten deducir los límites que han de ser respetados en la misma⁵⁶⁷. Así se dispone en el artículo 9.1, 2 de la Ley 1/1996 y se reconoce posteriormente mediante la reforma de la Ley 15/2005, que “*en los procedimientos judiciales las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo cuidando de preservar su intimidad*”. No admite ningún tipo de dudas, que la voluntad del Legislador es la de garantizar que las comparecencias, se desarrollen de la mejor forma para evitar perjuicios psicológicos a los menores. De igual forma en el artículo 770.4 de la LEC

⁵⁶⁴ GARCÍA MEDINA, pág. 238.

⁵⁶⁵ GARCÍA PASTOR, pág. 141.

⁵⁶⁶ GARCÍA PASTOR, pág.125. SÁENZ –DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, pág. 100.

⁵⁶⁷ BARTOLOME TUTOR, pág. 304. RODRIGUEZ ALVAREZ, pág.401 .ARANGUENA FANEGO (2009), pág. 150. CASTAÑO PENALVA, pág.102. SÁENZ- DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIAGA, pág. 100, critica que la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la forma de realizarse la audiencia “ guarda demasiado silencio”.

redactado a partir de la Ley 15 /2005 se señala que “*En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído 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*”. Por lo tanto y con independencia de cómo se realice la misma, hay que tener presente que al realizarla habrá que cuidar la intimidad del menor, procurar la no interferencia de otras personas, que se realice de forma adecuada al desarrollo evolutivo y que se salvaguarde sus intereses.

La audiencia se realiza ante la ausencia legal de forma de forma discrecional, pero cada vez más se acomoda a unos parámetros que suelen ser comunes para prácticamente todos los órganos judiciales.

Cada órgano judicial lo realiza de la forma que lo considera más adecuada. De tal manera que unos practican el acto en el despacho del Juez, otros en la Sala de Vistas. Unos la realizan a solas con el menor a puerta cerrada, otros lo hacen con la presencia de las partes y en especial del Fiscal, hay algunos que solicitan la presencia de los psicólogos del Gabinete Psicosocial⁵⁶⁸. En definitiva cada Juzgado tiene su particular método de realizarlas, lo que produce una inseguridad procesal, y no garantiza realmente su eficacia⁵⁶⁹.

La doctrina formula unos consejos tales como la no presencia de los padres durante la exploración⁵⁷⁰. La incomunicación de los hermanos entre sí, antes de ser oídos todos, aunque puede permitirse que dos hermanos realicen la audiencia a la misma vez, sobre todo si uno de ellos es más tímido o está cohibido. Hay que convencer al menor, que el Juez solo busca información para decidir sobre la

⁵⁶⁸ CASTILLEJO MANZANARES, pág. 404, reconoce que la forma más común de celebrar la audiencia del menor es a puerta cerrada, sin la presencia de las partes, ni del secretario judicial, y en contadas ocasiones la del Fiscal. MARTÍN RICO, pág. 257, defiende que se realicen a puerta cerrada, en referencia al procedimiento para la protección de la intimidad del menor. GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 460, incide en la ausencia de las partes en el momento de la audiencia por considerarla claramente perturbadora.

⁵⁶⁹ ARANGUENA FANEGO (2008), pág. 155 y ss.

⁵⁷⁰ De la misma opinión GARCÍA PASTOR, pág. 120 y ss. LOPEZ MUÑO GOÑI, pág.474. GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 461. De igual forma, la Circular de la Fiscalía General del Estado 3 / 1986 de 15 de diciembre sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, indicaba que la audiencia del menor debía de celebrarse en ausencia de los padres.

cuestión, y es conveniente contar alguna anécdota para relajar la tensión existente en toda exploración de un menor⁵⁷¹.

Teniendo presente las consideraciones de la doctrina se pueden concretar unos parámetros que deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer un modelo general para la celebración de forma correcta de la audiencia.

Así en primer lugar, hay que conceptualarla dentro del concepto de una entrevista, no de un interrogatorio, por lo que las preguntas dirigidas al menor, no pueden ser formuladas como si de un interrogatorio se tratara⁵⁷². Hay que procurar que el menor refiera cosas, datos, elementos, sucesos, sin necesidad de que respondan a una pregunta concreta o determinada, con la finalidad de que el Juez pueda percibir las circunstancias reales para determinar cual de las posibles soluciones será la que deberá tomar siempre teniendo presente su interés⁵⁷³. Ello es así porque de lo contrario, se responderá con un escueto si o no, sin explayarse a una pregunta concreta⁵⁷⁴. Sobre esta cuestión es importante destacar, que las preguntas que se formulen no deben ir dirigidas a obtener una respuesta concreta sobre si desea irse a vivir con uno u otro progenitor, porque la respuesta puede estar inducida y a

⁵⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 174, se muestra partidario de hacer la exploración en dos fases, la primera tendría como único objetivo averiguar si el menor tiene suficiente juicio y la segunda a raíz de la primera, sería la exploración directa.

⁵⁷² De la misma opinión LÓPEZ MUÑI GOÑI, pág. 474. Así se considera en las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia, celebrado en Valencia el 26, 27 y 28 de octubre del 2009, pág. De igual forma CASO SEÑAL pág. 24. AGUIRRE SEOANE, pág. 44, no debe ser la exploración del menor un interrogatorio sino una exploración debiéndose por tanto de diferenciarse ambos actos procesales.

⁵⁷³ A tal efecto resulta esclarecedor la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª de fecha 2 de julio de 2007 (SP/ SENT/ 14136), donde se recoge de forma muy ilustrativa como se ha desarrollado la exploración, mediante una conversación bien llevada por el Juzgador y procurando que el menor, le contara cosas, más que se limitara a responder, por su interés los transcribo textualmente “ *Como resultado de la exploración efectuada al menor, según consta en la correspondiente acta, a lo largo de la conversación mantenida se ha constatado que es un niño alegre, simpático, hablador ,proporcionando muchos detalles de su vida escolar y de sus aficiones. Cuando se le ha preguntado acerca de su estancia con su padre los días entre semana ha obviado completamente la pregunta, si bien al principio manifestaba que era un poco lío porque no sabía donde estaba, a continuación ha derivado la conversación hasta otros temas. Se le nota un niño contento y feliz y la nueva situación no le ha generado ninguna animadversión hacia cualquiera de los progenitores con ocasión de la ruptura...*”.

⁵⁷⁴ PÉREZ GALVÁN, pág. 13, es partidario que el Juez explique al menor de forma adecuada a su edad y madurez el acto que va a desarrollar y sobre todo que transmita que será el Juez quien tome la decisión.

su vez puede ocasionarle un sentimiento de que esta traicionando a uno de sus progenitores⁵⁷⁵. Es preferible que se explye con espontaneidad sobre las cuestiones cotidianas de su vida con su familia para descubrir sus afectos y apegos con respecto a uno u otro progenitor sin necesidad que se decante de forma expresa por los problemas que ello le puede ocasionar, de cara a la posterior convivencia con sus progenitores⁵⁷⁶. De ahí que en aras a la espontaneidad, algún sector de la doctrina es partidario de no facilitar al Juez ningún pliego de preguntas, ni indicarle nada sobre los extremos que deben abordarse en la audiencia⁵⁷⁷. Sobre esta cuestión algún Juzgador es partidario que la audiencia se realice en una primera parte, formulando unas preguntas escritas y posteriormente dichas preguntas son las que el Juzgador utilizará en la conversación con el menor con la finalidad en caso de contradicción entre lo manifestado con posterioridad y lo escrito, hacerle ver dicha contradicción. Así mismo se justifica esta forma de actuación en el hecho que al tener que escribir las respuestas en muchos casos el Juzgador detecta cuando esta contestando de forma espontánea o por el contrario cuando intenta recordar aquello que sus progenitores le han dicho que le diga al Juez⁵⁷⁸. No obstante hay que tener presente que el respeto a la intimidad del menor hace innecesaria cualquier pregunta cuya finalidad sea manifestar su ideología, creencia o religión. No debe el Juzgador extralimitarse en su indagatoria sobre aspectos que excedan de la simple opinión porque en tal caso y a juicio de la doctrina se estaría excediendo de la autorización legal⁵⁷⁹.

En segundo lugar, se debe emplear un lenguaje adaptado a la madurez del menor, comprensible y alejado de expresiones imperativas y coercitivas⁵⁸⁰. En tercer lugar, el lugar elegido ha de ser preferentemente un espacio alejado de la formalidad de una sala de audiencias, e inclusive de un despacho judicial. Será preferible

⁵⁷⁵ GARCÍA PASTOR, pág. 121.

⁵⁷⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 463.

⁵⁷⁷ PÉREZ MARTÍN (1997), pág. 984.

⁵⁷⁸ Esta forma de celebrar la audiencia me fue referida por el titular del Juzgado de Familia nº 9 de Murcia.

⁵⁷⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA (2002), pág. 88.

⁵⁸⁰ GARCÍA MEDINA, pág. 236, se refiere a un lenguaje natural, con utilización de términos jurídicos pero comprensibles, términos sin un significado determinado. CASO SEÑAL, pág.25. ARANGUENA FANEGO (2008), pág. 5. GONZÁLEZ DEL POZO pág. 462. MANZANERO, pág. 5.

realizarlas en una habitación alejada de la decoración propia de una sede judicial, puesto que de esta manera, se sentirá menos intimidado. Se recomienda que los intervinientes en la audiencia, es decir el Juez y el Fiscal en su caso, no vistan la preceptiva toga porque conlleva un elemento de distanciamiento psicológico con el menor, que incluso podría ocasionar que afectara su espontaneidad⁵⁸¹. Este aspecto de la vestimenta del Juez y demás partes como elemento que pueda influir es un tanto excesivo. Algún autor señala con gran acierto que lo realmente importante no es tanto la vestimenta del Juez sino la sensibilidad de la que haga gala en su conversación para conseguir que el menor no le cuente lo que otros, en referencia a sus progenitores, pretenden que le diga, sino lo que realmente es producto del sentimiento⁵⁸².

En cuarto lugar, se debe procurar salvo que las circunstancias del caso lo aconsejen que no este presente ningún miembro del Equipo Técnico Judicial, puesto que lo más normal será que, estando presentes, sean ellos los que desarrollen la misma, por lo que el Juzgador solamente será un convidado de piedra⁵⁸³. No obstante existe abundante sector doctrinal que se muestra partidario de su presencia para que

⁵⁸¹ ARANGUENA FANEGO (2009), pág. 154, es partidaria de que la audiencia del menor se realice en las habitaciones destinadas a los Equipos Técnicos Judiciales, dado que habitualmente estas habitaciones están decoradas especialmente para la acogida de los niños. PÉREZ MARTÍN (2007) ,pág. 1451, defiende que se puedan realizar en los propios domicilios de los menores, y con la presencia de un psicólogo. Lo que no deja de ser un poco contradictorio, puesto que si se defiende el espacio del domicilio del menor, para favorecer la tranquilidad de éste, la presencia de un psicólogo puede desconcertar al menor. De la misma opinión PLANES MORENO y GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 460. SÁENZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAGA, pág. 102.

⁵⁸² Efectivamente LÓPEZ MUÑOZ GOÑI, pág. 474, prefiere la sensibilidad del Juez como elemento fundamental para conseguir que se abra de forma sincera hacia la persona que en definitiva va a decidir sobre una cuestión que le afectará. Hay que procurar que hable sin miedos eliminando todos aquellos factores que le coarten y le impidan expresar con libertad su opinión.

⁵⁸³ Opinando lo contrario ARANGUENA FANEGO (2009), pág.155, es partidaria de la presencia de los especialistas sobre todo para “ preparar el terreno”, es decir, entablar un diálogo previo con el menor y preparatorio del posterior realizado por el Juzgador. De igual forma, la autora es partidaria de que sea el especialista quien formule el interrogatorio en presencia del Juez, en circuito cerrado de televisión. De igual manera es partidario de la presencia en la exploración de los profesionales del Equipo MIRANDA ESTRAMPES, pág. 3, inclusive defiende que debería de estar realizada y dirigida por éstos, debido a que según el autor, los miembros del Equipo gozan de una profesionalidad y una preparación, amén de los instrumentos necesarios para lograr el objetivo de que el menor responda a las cuestiones que se le planteen. Personalmente considero esta posibilidad un tanto exagerada y desde luego responde al hecho que el Juzgador será un convidado de piedra. RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 197, es partidario de la presencia de los especialistas en la exploraciones, calificándola de útil y necesaria.

ayuden al Juzgador a descifrar lo manifestado por el menor⁵⁸⁴. Más adelante analizaremos los Equipos Técnicos en relación con la exploración del menor y con su intervención en la audiencia del menor.

En cuanto a las personas que deben asistir a la audiencia del menor, hay que incluir aparte del Juez, el Ministerio Fiscal y el secretario judicial⁵⁸⁵. El motivo de la presencia de estos operadores jurídicos se sustenta con respecto al Ministerio Fiscal, en la defensa de los intereses del menor, y en relación al secretario judicial el de garantizar con su presencia la veracidad de lo manifestado por el menor.

7. LA PUBLICIDAD DE LA AUDIENCIA.

Los preceptos en donde se establece la audiencia del menor, anteriormente referidos, regulan que ésta, deberá de realizarse sin interferencias de otras personas, lo que ha llevado a entender de forma general que se debe realizarse en la mayor parte de las ocasiones sin la presencia de las partes y en un ámbito de estricta intimidad con el Juzgador y en algunos casos con la única presencia del Ministerio Fiscal⁵⁸⁶. Esta interpretación ha dado lugar a plantearse si esta forma de realizar la

⁵⁸⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 463. GARCÍA PASTOR, pág. 122. ORTUÑO MUÑOZ (1995), pág. 193, ha indicado que la función de estos Equipos Psicosociales, no es la realización de un mero peritaje, sino que desarrollan una función más próxima al asesoramiento, auxilio y cooperación con el Juez. Por el contrario CAMPO IZQUIERDO, pág.2, es partidario de considerar a estos profesionales como peritos, y limitar su intervención a su condición de tales, es decir, únicamente cuando el Juez necesite unos conocimientos científicos o técnicos, de los que carezca.⁵⁸⁴ Considero que la influencia que ejercen sobre los Jueces, no es una cuestión cuya responsabilidad sea de los miembros de los Equipos, sino que en mayor parte es debido a la dependencia de éstos al contenido de sus informes. Por lo tanto, no es justo atribuirles a ellos en sentido negativo dicha influencia, salvo que la misma sea utilizada por ellos para decantarse en sus informes, por una u otra parte, no por criterios científicos, sino meramente subjetivos. Pero partiendo de la profesionalidad que se le supone, las críticas deben de ir encaminadas al aspecto material y de fondo de su actuación.

⁵⁸⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 461. y la Circular de la Fiscalía 3 / 2009 sobre Protección de los Menores Víctimas y Testigos.

⁵⁸⁶ CASO SEÑAL ,pág. 26, es partidaria de en ningún caso en la sala de vistas y con la toga puesto, de igual forma que no es conveniente que se encuentren presente más de dos personas en el momento de la práctica de la exploración. Con respecto al hecho que no se realice en la sala de vistas ni con la toga puesta se argumenta en el aspecto que al menor no se le crea confianza si sabe lo que representa el Juez en el sentido de la autoridad. Y con respecto a que no hayan muchas personas se argumenta de que en caso de que hayan más de dos personas, esta situación puede influir negativamente en el desarrollo y que provoque en el menor situaciones de angustia y presión que pueden condicionar de forma grave la propia exploración.

audiencia del menor, no es contraria al derecho de defensa de las partes en un proceso de ruptura matrimonial, y en especial en los que se cuestiona la guarda y custodia de los hijos. Pero además también ha suscitado polémica la ausencia de documento que acredite el contenido de la audiencia, tanto para conocimiento de las partes como del Tribunal de Apelación en su caso. Lo manifestado por el menor, puede tener consecuencias con respecto a él mismo y a terceros, por lo que se debe de garantizar que éstos tengan por lo menos la seguridad que lo que el menor manifestó lo sea, y no este sujeto a interpretaciones subjetivas del Juzgador⁵⁸⁷. Por tal motivo es necesario que para que se pueda garantizar la veracidad de lo contado, es fundamental la presencia en la audiencia del Secretario Judicial, con la finalidad de que levante acta, al ser el único que realmente puede hacerlo⁵⁸⁸. Mayoritariamente se considera que se debe levantar acta de la diligencia realizada. La discrepancia surge en el hecho de si debe ser extensa en cuanto a referir las manifestaciones del menor en su totalidad o si por el contrario debe limitarse a recoger únicamente el resultado de la misma. Si tomamos como ejemplo el habitual supuesto de un procedimiento en donde el objeto de la discusión es la atribución de la guarda y custodia, y la decisión se ha resuelto en función de lo que el menor ha manifestado en relación con la preferencia hacia uno de los progenitores. Realmente de no asistir a la exploración las partes, ni tan siquiera el Secretario Judicial, ¿podemos aseverar realmente que el

⁵⁸⁷ ZUGASTI AQUIA, pág. 2. Se plantea la necesidad de que la audiencia del menor sean grabadas en soporte audiovisual. Debido a que se falsean las actas de las exploraciones reflejándose cosas distintas a las manifestadas por los menores. De igual forma, se argumenta que en los Recursos de Apelación, al no haber sido grabadas las intervenciones de los menores, no puede el Tribunal de Apelación conocer lo realmente manifestado por los menores, sus expresiones, gestos y demás factores que si conoce el Juzgador en Primera Instancia. AGUIRRE SEOANE, pág. 44, es partidario de la privacidad de las audiencias pero no es incompatible privacidad, con el hecho de que las partes conozcan aunque de forma sucinta las manifestaciones de los menores sin que ello conlleve colocarlo en una situación comprometedora. MIRANDA ESTRAMPES, pág.3, es partidario de que solamente se encuentre presente el Juez y el Fiscal, debiendo el primero de “documentar fielmente el desarrollo de la audiencia, detallando exhaustivamente lo manifestado por el menor, a ser posible transcribiendo literalmente sus palabras, y dando cuenta de la actitud adoptada por el menor durante la misma, así como reflejando los demás datos que pudieran ser relevantes par interpretar la opinión del menor.”

⁵⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 174, opina en sentido contrario, al considerar que el secretario judicial no tiene porque estar dado que no tiene que dar fe de su realización ni de su resultado. ARANGUENA FANEGO (2009), pág. 152, defiende la presencia del secretario Judicial, debido al carácter de fedatario público del mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 453,1 de LOPJ. PÉREZ GALVÁN, pág. 13, es partidario de que en las audiencias de los menores se haga constar el modo en el que el derecho del menor se ha concretado o incluso si no se hubiera producido esta audición.

menor se ha manifestado o no de una determinada manera?⁵⁸⁹. No considero que atribuirle al Juzgador una fe pública que legalmente no ostenta favorezca el interés del menor ni desde luego garantice la seguridad jurídica⁵⁹⁰. Existen mecanismos técnicos que garantizan la veracidad de lo declarado. Una simple grabación audiovisual de la exploración, tranquilizará a todas las partes sobre la realidad de lo manifestado⁵⁹¹. Debemos recordar que en el ámbito penal se recomienda la posibilidad de grabar las declaraciones de los menores. Los que se oponen a esta posibilidad defienden que para poder hablar sin presión, es necesario que se realice en la intimidad⁵⁹². También que si los progenitores conocen realmente lo manifestado por el menor, con toda su crudeza o sinceridad, puede perjudicarlo de cara a su futura relación familiar⁵⁹³. De todas formas, el hecho que el progenitor sepa lo que se manifestó, no tiene porque afectarle, puesto que en definitiva es la realidad del menor y su sinceridad⁵⁹⁴.

La Jurisprudencia mantiene posturas contrapuestas de tal modo que encontramos resoluciones judiciales como la sentencia de la Audiencia Provincial de

⁵⁸⁹ En el lado opuesto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1ª de 1 julio del 2009 (SP/ SENT/ 468306), rechaza con gran criterio la petición de una de las partes de repetir la exploración del menor, en presencia de los letrados, puesto que la finalidad última que perseguía la parte proponente ,era averiguar a través de los Letrados,” las influencias perniciosas que las amistades de la madre puedan tener sobre el hijo.”

⁵⁹⁰ MIRANDA ESTRAMPES, pág. 3, reconoce al respecto las deficiencias de la práctica forense y la falta de adecuación de lo manifestado por el menor con lo finalmente expuesto.

⁵⁹¹ Con respecto a la grabación de las audiencias de los menores, hay que recordar que en el trámite parlamentario el Grupo Catalán, tal y como se recoge en el Boletín Oficial de la Cortes Generales, del Senado, Serie II, de 26 de mayo de 2005, número 14, propuso que las exploraciones de los menores se desarrollarán conjugando el interés del menor, con las exigencias de inmediación y contradicción de las partes, garantizadas mediante el empleo de medios audiovisuales. Pero la propuesta fue rechazada por la Cámara por considerar que se violaba el derecho a la intimidad del menor. Opuestos a esta medida los Jueces en las Conclusiones del Primer Encuentro de Jueces y Abogados de Familia celebrado en Madrid del 17 al 19 de noviembre del 2003, en su resolución decimotercera, cuando se afirma” *Se destaca la utilidad de las grabación con la excepción de la exploración de menores y de incapaces.*” De igual forma se opone a la grabación de la exploración del menor con el Juez, el psicólogo o el Equipo, en las CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS AUXILIARES, pág. 4.

⁵⁹² MARÍN LÓPEZ, (2009) pág. 259.

⁵⁹³ SÁENZ –DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAGA, pág. 103, es partidario de un acta detallada para garantizar la defensa de las partes en la segunda instancia, pero reconoce que puede llegar a suponer una intromisión en la intimidad del menor, por lo que no es conciliable ninguna postura al respecto.

⁵⁹⁴ CASO SEÑAL, pág. 27, el menor tiene que conocer siempre lo que ha manifestado y el destino que dicha manifestaciones tendrá, de lo contrario a juicio del autor , el menor puede sentirse engañado.

Madrid Sección 22 de fecha 7 de marzo de 1995 que no considera necesario que el resultado se incorpore a los autos, porque la práctica de la audiencia en modo alguno vincula la decisión judicial y como tampoco es obligado el hecho de poner en conocimiento de las partes de cuanto se desarrolló en su práctica, solamente debe permanecer en conocimiento de los integrantes del Tribunal. En sentido contrario el Auto de la Audiencia Provincial de Pamplona de 20 de diciembre del 2001, decretó la nulidad de actuaciones en un procedimiento matrimonial porque el resultado de la audiencia de la menor no constaba en los autos, impidiendo al órgano de apelación conocer el contenido de la misma. Partiendo que la audiencia es una expresión del interés del menor se debe de igual forma garantizar la realización de la misma no solamente con el respeto a su dignidad, sino también para poder garantizar la realidad de lo manifestado. Esto justifica que deba realizarse cuando menos en presencia del Secretario Judicial. Se deberá levantar la correspondiente acta donde se haga constar todas las manifestaciones vertidas por el menor, no solamente para el conocimiento de las partes, sino para el correcto ejercicio de su posibilidad de recurrir ante la Audiencia Provincial⁵⁹⁵.

8. TERCEROS INTERVINIENTES EN LA AUDIENCIA.

8.1.La audiencia por persona distinta del menor.

El derecho a ser oído puede ser desarrollado por la persona que el menor ha designado para manifestar su opinión, de conformidad con lo dispuesto en el art.

⁵⁹⁵ En relación con el acta, LÓPEZ MUÑI-GOÑI, pág. 132, se muestra partidario en aras de evitar perjuicios y molestias al menor, que el acta sea sucinta, siendo para ello necesario que no se haga constar en la misma ,todo lo que realmente ha ocurrido en ella. Discrepo de la consideración efectuada, es necesario que las partes sepan realmente lo que ha expuesto el menor. En sentido contrario, ARANGUENA FANEGO (2009), pág. 158, es partidaria de una acta lo más extensa posible de cara a garantizar a las partes un correcto derecho de defensa. De la importancia del acta y de su extensión se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1ª de fecha 18 de junio del 2009(SP/ SENT/ 466160), donde se manifiesta “*De la extensa exploración o audiencia se deja buena constancia en el acta de la vista, reflejándose la situación de conflicto permanente entre el menor y su madre...*”. ARROYO FIESTAS, pág. 3, es partidario en sentido contrario,de limitar lo contenido en el acta a lo fundamental, no obstante reconoce la dificultad que ello implica en la valoración de la prueba en segunda instancia, por lo que para solucionar este problema, se debe, según el autor, repetir la exploración del menor ante la Audiencia de forma reservada.

9.2.1 de la LOPJM⁵⁹⁶. El hecho que sean personas distintas no supone problema alguno, puesto que se presupone que serán mayores de edad. De todas formas hay que plantear la posibilidad que no fueran personas mayores de edad, en cuyo caso, habría que aplicar el mismo protocolo que para el menor a la hora de manifestar su opinión, es decir, habría que tener presente si éstos “portavoces”, tienen capacidad y madurez suficiente como para poder ejercer tal función. De igual forma, la Ley contempla la posibilidad que el menor preste el consentimiento por si mismo, o que lo haga por medio de sus representantes legales siempre que obviamente no sean parte interesada ni tengan interés contrapuesto con los suyos, o inclusive a través de otros sujetos, los cuales por su profesión o relación puedan transmitir objetivamente su opinión⁵⁹⁷. Esto puede dar lugar a ciertas suspicacias en el sentido que concuerde lo manifestado por estas personas con lo realmente deseado por el menor, pero ésta cuestión le corresponderá dilucidarla al Juzgador. Así mismo se puede plantear la cuestión, que el menor que tenga suficiente juicio, desplace en la representación legal a los padres o tutores y nombrar a otra persona. En este caso, la doctrina considera que lo que se faculta, no es exactamente eso, sino la posibilidad de designar a un simple portavoz, lo que se conoce como un “nuntius”. Lo más lógico sobre esta cuestión es lo que señala PEREZ-MARTÍN, cuando considera que se debería haber posibilitado que el menor respetando la representación que tienen los padres o tutores, pudiera nombrar a una persona cuya actuación se subordinara al hecho de que ellos no pudiesen actuar⁵⁹⁸. Es criticable que se pueda designar para tal cometido a una persona con independencia de sus progenitores⁵⁹⁹.

El derecho a ser oído contempla la posibilidad que el menor designe a un tercero para que hable por él ante el Juez. Se entiende que la persona designada tendría la función de comunicar la opinión del menor, por lo tanto el nombramiento de esta persona no es para asesorar al juez sino simplemente para transmitir la

⁵⁹⁶ RUIZ JIMÉNEZ, pág. 43. SÁENZ- DÍEZ ULZURRUM ESCORRIAGA, pág. 100.

⁵⁹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ (1997), pág. 196. En sentido contrario MARIN LOPEZ (2009), pág. 258.

⁵⁹⁸ PEREZ MARTÍN, (1997), pág. 54.

⁵⁹⁹ De la misma opinión RUIZ RICO RUIZ/ GARCÍA ALGUACIL, pág. 59. Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES, pág. 4, no lo ve así, sino que defiende la voluntad del legislador de que pueda designar a un tercero para que manifieste por el mismo su opinión al Juzgador, no lo entiende el autor como un intento de alterar la representación paterna, sino como una finalidad que ofrece el Legislador para facilitar al menor el ejercicio de su derecho a ser oído.

opinión. ¿Cuándo se produce la designación?. En el momento de la audiencia, con anterioridad, y si es con anterioridad, ¿Se realizará mediante escrito presentado y firmado por el menor? ¿Es necesario que el menor designe a un Procurador o Letrado o basta solamente que se persone en la oficina judicial, pregunte por el funcionario que está encargado del procedimiento, se acredite y solicite una comparecencia en donde designe a su "portavoz"? ¿Puede realizarse de forma oral, en el momento de celebrarse la audiencia?. Y en esa situación, ¿ Debe estar el menor en el momento de la realización de las manifestaciones por el designado? Demasiadas cuestiones sin posibilidad de respuesta, producto de la ausencia de regulación de este mecanismo.

En el supuesto que recoge la norma, "*A través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitir su opinión objetivamente*", no considero que acogiéndose a esta posibilidad, el menor este ejercitando plenamente su derecho a ser oído. Esta posibilidad hace referencia a terceras personas, preferentemente técnicos que conozcan por relación de su profesión cuestiones relativas al menor, que manifiesten sus conocimientos ante el Juez, motivados por una especial confianza. Por lo que esta posibilidad, hace mención preferentemente a intervenciones de naturaleza técnica. Por lo que no debería encuadrarse dentro del ejercicio del menor de su derecho a ser oído⁶⁰⁰.

8.2.La intervención del Fiscal en la audiencia.

La Constitución Española atribuye al Ministerio Fiscal la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social. El artículo 3, párrafo 7 del Estatuto Orgánico le encomienda la protección de los desvalidos y de los menores. De ahí la especial vinculación del Ministerio Fiscal con respecto a los procedimientos de familia y por ende con los intereses de los menores. La actuación del Ministerio Fiscal en estos procedimientos en base a los principios de imparcialidad, defensa de

⁶⁰⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA (2002), pág. 91.

la legalidad e interés público y social, se concreta en la defensa siempre de los intereses de los menores, bien actuando como parte, asesor del Juez, dictaminador o representante de los menores ,ausentes o incapaces⁶⁰¹ .

El artículo 2º de la LOPJM dispone que el Ministerio Fiscal tiene como misión la de velar por la primacía del interés superior del menor, y para ello es necesario que se involucre en la audiencia. En relación a esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2006, determina que la presencia del Ministerio Fiscal en la audiencia de los menores en un proceso judicial no puede ser obviada por el Tribunal, puesto que esto supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva , teniendo presente que en los procedimientos matrimoniales y de familia donde concurren menores, la presencia del Ministerio Fiscal como órgano imparcial y defensor de los derechos del menor, le garantiza el derecho a solicitar la celebración de la audiencia y su *“intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera patrimonial y familiar, e interesar en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de menores que estime necesarias”*⁶⁰². Por lo tanto el Tribunal reafirma que la posición que ostenta en estos procesos viene determinada por lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución, y se traduce en el hecho que su intervención esta situada en un plano superior a la de las otras partes en conflicto.

⁶⁰¹ MORÁN GONZÁLEZ, pág. 88, al respecto considera que la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de familia, no se encuentra estructurada legalmente, sino que es compleja y heterogénea.

⁶⁰² La sentencia tiene su origen en que el Ministerio Fiscal interesa ante la Audiencia Provincial de Tarragona, elevar protesta por el hecho de que las exploraciones efectuadas a las menores en la fase de primera instancia, se habían realizado sin la presencia del órgano público. Y por consiguiente que se declarara la nulidad de las actuaciones. Considerando que se había vulnerado el derecho de “audiencia legítimo que se recoge en el artículo 229.2 de la LOPJ, de esta parte a intervenir en la práctica de las exploraciones, produciéndose indubitada indefensión del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones...” La Audiencia Provincial declaró no ha lugar la nulidad solicitada por auto de 17 de abril del 2001. El Fiscal recurrió en reposición contra el auto siendo desestimado por la Audiencia. En la vista del recurso de Apelación, el Fiscal formuló protesta a los efectos de un posterior recurso de amparo. La Audiencia Provincial dictó sentencia del pleito principal otorgando la custodia de las menores al padre. El Fiscal promovió incidente de nulidad de actuaciones, en virtud de la incongruencia omisiva en que a su juicio incurrirá la sentencia, al no haberse pronunciado sobre la protesta que formuló el Fiscal en el acto de la vista del recurso de apelación. La Audiencia acordó no admitir a trámite el recurso de nulidad de actuaciones, el Fiscal recurrió en reposición, siendo desestimado dicho recurso en noviembre del 2001. El Fiscal interpone recurso de amparo fundamentándolo en el hecho de que al no haberle permitido la intervención en la exploración de las menores, se había vulnerado el derecho del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Partiendo del hecho que la intervención del Fiscal es fundamental, es necesario concretar como se debe llevar a cabo la misma. En la sentencia referida, la Audiencia Provincial había considerado que para proteger la intimidad de las menores, la exploración se desarrollaría a puerta cerrada sin la presencia de las partes, argumentado que la presencia de la partes, supondría una *“falta de libertad nada deseable de las menores, a las que el mero hecho de comparecer en el Juzgado las aturde”*⁶⁰³. El Tribunal Constitucional en la sentencia referida, considera sobre esta cuestión, que la presencia del Ministerio Fiscal es fundamental, porque si bien es cierto que se debe en las audiencias garantizar que las mismas se celebren de forma reservada, ello no justifica que no pueda asistir el Fiscal, quien por otra parte, como hemos visto es el garante de los derechos de los menores, por encima de sus propios progenitores. Por lo tanto, el Fiscal debe de estar físicamente en la audiencia, no es suficiente como señala acertadamente MARÍN LOPEZ que se le haga posteriormente entrega del acta de la misma, puesto que no es lo mismo conocer el resultado de una exploración, que poder participar en la misma⁶⁰⁴. Su participación esta condicionada a la realización de cuantas preguntas estime pertinentes en relación a los hechos, sin que tal y como indica la Circular de la Fiscalía General del Estado, de 15 de diciembre del 1986, *“la exploración no debe de ser confundida con un interrogatorio testifical”*. Debiendo tener presente el Fiscal en la audiencia, la edad y las circunstancias educativas del menor, de tal manera que su lenguaje responda a una comunicación efectiva, utilizando para ello palabras o expresiones de fácil comprensión. Por lo que la audiencia no debe realizarse únicamente por el Juzgador, en el sentido que solamente sea el Juez quien formule las preguntas. Debe el Ministerio Fiscal si lo estima necesario ser sujeto activo de la audiencia y no un mero convidado de piedra. Le corresponde a éste la defensa real de los intereses del menor por encima incluso de sus propios progenitores, de ahí que su participación tenga una doble finalidad, por un lado, la de participar activamente en la misma mediante la formulación de preguntas, y por otro lado, la de fiscalizar la propia actuación del Juzgador, para que ésta se desarrolle con respeto a la dignidad del menor.

⁶⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, 27 de septiembre del 2001.

⁶⁰⁴ MARÍN LÓPEZ (2009), pág. 269.

8.3. Los Equipos Técnicos en la audiencia.

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico de los denominados “especialistas”, se concreta por primera vez en la Ley del Divorcio, 30 /81, en donde se estableció la posibilidad que los Jueces competentes en la materia de Familia, pudiesen recabar el “dictamen de especialistas”⁶⁰⁵. A raíz de esta disposición, el Ministerio de Justicia, introdujo dentro de los Juzgados de Familia una plantilla de profesionales estables que desde su nacimiento se han venido denominando “Equipos Psicosociales”⁶⁰⁶.

Existe una controversia sobre la situación jurídica de estos Equipos, en el sentido que para los detractores, no están regulados en ninguna norma jurídica, en lo que se refiere a su composición y funcionamiento⁶⁰⁷. Se habla de “Psicofantasmas” y que son unos Equipos ilegales al no figurar como tales dentro del ordenamiento jurídico⁶⁰⁸. Pero con independencia de la situación legal de los Equipos Técnicos

⁶⁰⁵ MARTIN CORRAL, pág. 34, afirma que la Ley del Divorcio “abrió la posibilidad de que en tales procesos judiciales intervinieran de forma frecuente los psicólogos y trabajadores sociales en funciones forenses.”. IBÁÑEZ VALVERDE, pág. 2. PÉREZ DAUDÍ, pág. 8. GONZÁLEZ DEL POZO, pág.431.

⁶⁰⁶ Al amparo de lo establecido en el Libro VI, Título I, Capt I de la Ley Orgánica 6 / 1985 del Poder Judicial, en su artículo 473, se convocó por la Dirección General de Justicia del Ministerio de Justicia la primera convocatoria de oposiciones para cubrir las plazas creadas, tomando posesión la primera promoción en enero de 1988. A partir de esta disposición se introdujeron en distintos ámbitos de la jurisdicción, tanto en Menores, como en Vigilancia Penitenciaria, y en las Oficinas de Asistencia a Víctimas creadas a partir de la Ley 35 / 95. De igual forma, y conforme se produce el traspaso de competencias en materia de justicia a las distintas comunidades autónomas, los especialistas pasaron de depender del Ministerio de Justicia a las distintas Comunidades Autónomas existiendo en la actualidad los que dependen del Estado al no haberse transferido las competencias de Justicia a las Comunidades Autónomas.

⁶⁰⁷ PÉREZ DAUDÍ, pág. 8, manifiesta que existe una total indefinición de cómo se organizan y gestionan los equipos técnicos judiciales y como intervienen en el proceso judicial. Lo que motiva que los integrantes de estos equipos se hayan atribuido la defensa de los intereses del menor.

⁶⁰⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA (2007), pág.105, citando al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 391, de la VIII Legislatura de la Comisión de Justicia en su Sesión nº 23, celebrada el martes 10 de octubre de 2005, manifiesta “ *El equipo psicosocial no está en la ley, no existe. Todo lo que podemos plantear como similitud, por ejemplo, es con el forense en el ámbito penal. El forense esta regulado y tiene su posición clarísima. El equipo psicosocial es un funcionario fantasma del Ministerio de Justicia, que cobra del Ministerio de Justicia, que lo hay, se dice, adscrito a un Juzgado u otro, pero que ni en la Ley orgánica ni en la ley procesal está,*”. Sin utilizar los términos de fantasmas ni ilegalidad, la falta de una regulación específica para estos Equipos, se recoge como una circunstancia que debe de ser solucionada por el Legislador en las CONCLUSIONES DEL SEMINARIO “ Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de Familia”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 17 a 19 de noviembre del 2003, al

nadie puede negar que a los mismos se les atribuyen una determinada función en el ordenamiento jurídico, por lo que su actuación se encuentra legitimada y respaldada. Otra cuestión será, el valor o la importancia que se le tenga que dar a los informes que emiten, así como la calidad y profesionalidad de los mismos, y sobre todo el papel de estos equipos en relación con la defensa del interés del menor. Actualmente se ha modificado la terminología de especialistas, pasando a ser denominados, Gabinetes Psicosociales, Equipos Psicosociales, o Equipos Técnicos Psicosociales⁶⁰⁹.

La intervención de los Equipos Técnicos Judiciales en los procesos matrimoniales se regula en la legislación en diferentes preceptos que han sido comentados con anterioridad⁶¹⁰. La importancia de estos Equipos se ha visto acrecentada a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/ 2009, donde se avala que la audiencia del menor puede llevarse a cabo mediante la actuación de los Equipos sin que sea necesario que ésta se realice ante el Juzgador, dado que como señala el Tribunal Constitucional aquella no tiene otra finalidad que el Juzgador conozca la opinión del menor, y esto se cumple al remitir los Equipos el informe al Juzgador, en donde se hace constar las opiniones manifestadas por el menor⁶¹¹.

Es evidente que la actuación de los Equipos para efectuar correctamente la función que el ordenamiento jurídico le ha atribuido en relación con el menor, implica inexorablemente el realizar entrevistas, exploraciones, y conversaciones con

manifestar dentro de la conclusión 9º “ *Se insiste en la necesidad de dotar a los Equipos Técnicos adscritos a los Juzgados de Familia de un marco jurídico que los regule en especial en cuanto a su composición y funciones buscando una mayor calidad en los servicios que prestan.*” Esta petición ha sido una constante, puesto que en el III ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de Octubre del 2008, se recoge dentro de las conclusiones en el punto 4º “ *Dotar a los Equipos Técnicos de un marco jurídico que los regule en cuanto a su composición y funciones buscando una gran calidad de los servicios que prestan.*”

⁶⁰⁹ Con respecto a su composición, normalmente están integrados por psicólogos y trabajadores sociales, y su método de trabajo se sustenta en la entrevista con los afectados, cuando se trata de menores, con los progenitores, los menores y los miembros del núcleo familiar. El hecho de la doble composición, es decir de un psicólogo y de un trabajador social, como mínimo, facilita que dados los conocimientos de ambos profesionales, el resultado del dictamen recoja por un lado los aspectos personales y los sociales, tan importantes para el desarrollo evolutivo del menor.

⁶¹⁰ Recordar que tras las reformas introducidas por la Ley 15 / 2005 los Equipos Técnicos aparecen regulados en el artículo 92,6, y 9 del Código Civil, así como en el artículo 770,4 y 777,5 de la LEC.

⁶¹¹ MIRANDA ESTRAMPES, pág. 39.

los integrantes de la familia sobre la cuál gira el litigio⁶¹². Según los especialistas, las exploraciones deben hacerse acomodando las mismas a la edad y madurez del menor. Destaca el hecho que las preguntas deben de hacerse, al igual que en las audiencias ante el Juez, de forma clara, directa o indirectamente, si bien es preferible evitar preguntas cuya respuesta suponga un posicionamiento del menor con respecto a las lealtades con sus progenitores. El contenido de las preguntas, deberán referirse a su entorno, comportamientos y relaciones con sus amigos y con sus progenitores, en la línea de saber por el menor quien se ocupa de su alimentación, llevarle al colegio, hacer los deberes, etc.⁶¹³. Resulta evidente que el ejercicio de tales exploraciones deberá efectuarse con la calma y tranquilidad necesaria, sin que la presencia de los progenitores perturbe el resultado de la misma. El resultado se reflejará en el correspondiente documento, sin que eso impida que se graben las exploraciones para mejor desarrollo posterior del informe. La exploración ante el miembro del Equipo Técnico no tiene porque suponer un perjuicio psicológico que deba ser evitado. Y ello es así, porque los profesionales que la llevan a cabo, normalmente tienen una experiencia que evitará dicho presunto perjuicio. De igual forma se detecta si el menor acude a la exploración aleccionado o coaccionado por alguno de sus progenitores, cuestión ésta que se hará constar en el informe.

La realización de la exploración, no es idéntica a la que realizará ante el Juzgador. El Equipo pretende realizar un estudio que facilite la decisión del Juzgador, y el objetivo del mismo es intentar descubrir de la entrevista con el menor y su entorno cual es el verdadero interés del menor, desde una perspectiva pericial. Por su parte la audiencia con el Juzgador, tiene como finalidad que manifieste su opinión en relación con el objeto de la controversia. La exploración ante los Equipos no es sino una prueba pericial cuya finalidad es sin duda alguna contribuir a averiguar el verdadero interés del menor. Y por eso en aras de la consecución de éste

⁶¹² MARTÍN CORRAL, pág. 39, señala que en la casi totalidad de los informes emitidos por los psicólogos forenses requerirán el estudio de un sistema familiar porque resulta difícil descontextualizar a un menor de su entorno, de ahí, que sea necesario conocerlo para poder realizar de forma efectiva un estudio sobre el mismo.

⁶¹³ MARTÍN CORRAL, pág. 53, en su condición de psicólogo forense da unas indicaciones sobre las entrevistas con los menores, indicando que cuando el menor no haya adquirido una capacidad óptima de comunicación verbal, el mejor indicador será observar sus reacciones cuando se encuentre cerca de su familia o sus apegos. Por el contrario si el menor dispone de recursos orales pero éstos no están muy desarrollados, será necesario recurrir a otros elementos, tales como el juego, el dibujo, las fábulas o otras pruebas que permitan realizar evaluaciones adecuadas.

objetivo, el Equipo deberá ser valiente en sus conclusiones y sincero con la realidad de lo experimentado, porque actuando de esta forma probablemente se contribuya a la determinación de dicho interés.

No quiero omitir en este apartado otra circunstancia motivada por el hecho de si el Equipo debe estar presente en la audiencia que se le haga por parte del Juzgador y del Fiscal. Para resolver esta cuestión, es conveniente situar en el escenario al miembro del Equipo y dotarle de una finalidad que pueda justificar su presencia. Esta se contempla como un elemento de apoyo expreso del Juzgador, a la hora de formular las preguntas de cara a que éstas sean comprendidas por el menor, o bien se les formule de una manera que permita obtener la finalidad perseguida. También según la materia o la complejidad del tema a tratar, puede hacerse necesario la presencia de éstos durante la exploración, sobre todo cuando el objeto sea dilucidar aspectos de violencia sexual, o física entre los miembros de la familia⁶¹⁴.

Por lo tanto, en determinados casos concretos puede ser acertada la presencia de estos miembros durante la audiencia de los menores, como instrumentos de apoyo, asesoramiento al Juzgador, sin que ello pueda suponer que su intervención o protagonismo, pueda llegar a superar al del Juez, quien en definitiva es el responsable de la práctica de la audiencia.

8.3.1. Aspectos críticos.

No podemos obviar la controversia surgida en relación a la intervención de los Equipos, su necesidad e inclusive su oportunidad. Los que defienden el papel efectivo de estos profesionales argumentan que existe una campaña muy agresiva en los medios de comunicación contra su función⁶¹⁵. Se habla concretamente de “acoso

⁶¹⁴ FÁBREGA RUIZ (2005),pág. 17.

⁶¹⁵ IBAÑEZ VALVERDE, pág. 5, realiza unas acusaciones a determinadas organizaciones y colectivos como responsables intelectuales de estas campañas de descrédito. Es cierto que en determinadas direcciones en Internet, se puede comprobar que para algunas asociaciones principalmente de padres separados o partidarios de la custodia compartida, se cuestiona de forma incluso ofensiva la actuación de estos profesionales. No solamente se les acusa de ilegalidad al no estar recogida la figura de forma concreta en ninguna norma jurídica, sino que se les acusa de posicionarse de forma preferente y habitual a favor de la madre en la controvertida cuestión de la custodia compartida. De todas formas esta última crítica no es correcta, puesto que los Equipos en sus dictámenes se inclinan unas veces por la madre y otras por el padre. A modo de ejemplo la Sentencia

y derribo”, que se sustenta en la realización de campañas animando a la presentación de incidentes de nulidad de actuaciones en los procesos, en los cuales intervengan estos profesionales, facilitando incluso, modelos procesales para tal finalidad. Es cierto que la labor de estos profesionales se cuestiona, no tanto en cuanto a su capacidad profesional, donde es difícil establecer criterios de trabajo, si no se tienen unos conocimientos previos, pero si en relación a la importancia y el protagonismo que asumen estos Equipos en los procedimientos de crisis matrimoniales. Nadie discute, que los Jueces, en la mayoría de las ocasiones, adoptan sus decisiones sobre las divergencias entre los progenitores en relación con los hijos, tomando como base de forma prácticamente exclusiva, los dictámenes de estos Equipos. Tanto en primera instancia como en apelación e incluso en casación. A modo de ejemplo el TSJ de Cataluña revoca una sentencia, porque el Tribunal a quo no ha tenido en cuenta el informe del Equipo manifestando *“La valoración del informe de los especialistas efectuada por el tribunal de instancia se revela claramente ilógica en sus conclusiones...”*⁶¹⁶.

No suelen ser frecuentes las resoluciones judiciales que sean dictadas en un sentido distinto de los criterios que formulan los Equipos⁶¹⁷. Pero esto no es

de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de fecha 15 de junio del 2009(SP/ SENT/ 466106), donde se revoca la sentencia y se le otorga la custodia al padre, entre otros fundamentos por el informe favorable a este cambio emitido por el Equipo Psicosocial. De igual forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª de fecha 15 de julio del 2008. (DF. 18207), se le otorga la custodia al padre por el informe psicosocial contrario a la madre. Y la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de fecha 17 de septiembre del 2009 (DF. 16540) De igual forma, mantienen la custodia a favor del padre debido al informe del Equipo Judicial, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12ª de fecha 6 de junio del 2008 (SP/ SENT/ 173286). De la misma manera se retira la custodia a la madre a favor del padre en virtud de lo manifestado por el Equipo Judicial, en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª de fecha 4 de junio del 2008. (SP/ SENT/ 436524.

⁶¹⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil, de fecha 3/3 / 2010 (EDJ 2010/ 11108).

⁶¹⁷ Así tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 16 de octubre del 2006 (395/ 06, CDJ. 1003737001), donde se rechaza el recurso de Apelación presentado, y se confirma la sentencia dictada en primera instancia en contra del criterio del Equipo Técnico, por su claridad es conveniente conocer *“ Esta Sala no pone en duda la capacidad y buen hacer del equipo Psicosocial, adscritos a los juzgados de Cáceres así como de su objetividad e imparcialidad en la confección del informe. Pero tampoco se puede desconocer la apreciación y valoración del Juez de instancia, que es el que tiene plena facultad para la valoración de los medios de prueba que hayan operado en el procedimiento. Y con relación a la valoración del dictamen pericial del equipo Psicosocial, debemos de recordar que a tenor de lo dispuesto en el art 348 de la LEC, el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, que no es otra cosa que la lógica del sentido común. De ahí que la Jurisprudencia nos diga que no haya reglas generales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que el juzgado de instancia no estará obligado a subrogarse al mismo, pudiendo adoptar una decisión distinta que es lo ocurrido en el caso que estamos enjuiciando.*

consecuencia de la existencia de los Equipos, ni de la forma de realizar su trabajo, sino de la excesiva dependencia que los Jueces suelen hacer de estos dictámenes⁶¹⁸. Esto se podría corregir si por parte del Consejo General del Poder Judicial se fomentara que los Jueces de Familia, o los que sin tener la especialidad, resuelven en los órganos unipersonales, realizaran cursos de formación en materias de psicología infantil y pedagogía, que les permitiera tener un criterio personal con respecto al contenido de los informes elaborados por los Equipos Técnicos. La dependencia llega al extremo que ocasiones los Jueces hacen como propias en la resolución que resuelve los mismos términos y expresiones utilizados por los especialistas en los informes, sin hacer constar que son las de éstos⁶¹⁹.

Las razones de que los Juzgadores asuman de forma prácticamente exclusiva el contenido de estos informes se justifican de la siguiente manera. En primer lugar, que los Juzgadores por su formación, estrictamente jurídica, desconocen los criterios científicos que establecen a raíz de una entrevista personal, la capacidad o incapacidad, estabilidad o inestabilidad de una persona de cara a disponer de la guarda y custodia de los menores. Únicamente mediante la realización de estos dictámenes se puede profundizar en las relaciones familiares complejas, debido fundamentalmente a la ayuda de los componentes de los Equipos, los cuales por su imparcialidad, objetividad y profesionalidad conocen los mecanismos para poder hacerlo.

En segundo lugar, consideran los Tribunales, y los propios Jueces de Familia unipersonales, que los dictámenes emitidos por los integrantes de los Equipos

⁶¹⁸ ARTIGAS ROSA, pág. 2, responde a la pregunta que se le formula en la entrevista, sobre la valoración de los informes del Equipo Técnico Judicial, “ Estos informes son decisivos para el Ministerio Fiscal y para el propio Juzgador, quien a menudo opta por hacer suyas sus propuestas sin entrar a valorar esta prueba como una prueba pericial más”. Y dice con gran conocimiento de la cuestión por su actividad profesional “Es casi imposible leer en una sentencia una crítica a un informe de este equipo, no se contempla nunca la posibilidad de que se haya incurrido en un error en las valoraciones que se contiene. Las sentencias se recurren y por suerte pueden modificarse, pero los informes se presumen casi siempre acertados.”

⁶¹⁹ A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 4ª de fecha 10 de febrero del 2009 (SP/ SENT/ 453101), en ella en el dictamen de la psicóloga adscrita a la Sala, se dispone “ Se propone por dicha perito, la custodia compartida flexible...” y en el fallo nos encontramos “ debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y acordar la custodia compartida por ambos progenitores sobre los cuatro hijos comunes, menores de edad, con criterio flexible...”. Es decir que ni tan siquiera se molestan en buscar términos sinónimos, sino que trasladan al fallo, el dictamen sin ningún problema, incluyendo las mismas expresiones.

Psicosociales gozan de imparcialidad al no ser aportados por las partes⁶²⁰. No obstante no debe ser considerado de tal forma, porque se ha de tener presente el principio de contradicción y ante la existencia de varios informes no han de primar los de los Equipos sobre los de las partes por principio sino como consecuencia del correspondiente razonamiento volitivo⁶²¹. Se defiende estos informes frente a los de parte, porque a juicio de los Tribunales, dichos informes resultan más completos, al poder entrevistarse con ambos progenitores, a diferencia de los informes de parte, los cuales solamente pueden ser realizados entrevistando a una de las partes, la proponente⁶²². Esta evidente ventaja puede ser solucionada si se aplica lo dispuesto en las conclusiones efectuadas en el Seminario sobre Instrumentos Auxiliares en el ámbito del Derecho de Familia, al manifestar sobre esta cuestión que en estos supuestos, deberá el Juez de proponer a las partes, la ampliación o complemento por el mismo perito judicial con la finalidad de la sobreexplotación de los menores⁶²³.

⁶²⁰ A modo de ejemplo de los muchos que hay la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4ª de fecha 1 de febrero del 2010 (EDJ 2010/ 38028), donde se modifica la custodia a favor de la madre, en función del informe del Equipo. Informe que es considerado por la Sala como “De las pruebas practicadas, es especial me remitiré al informe psicosocial practicado por el equipo forense adscrito a este Juzgado por inmediatez y imparcialidad...” En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de fecha 13 de mayo del 2009 (LA LEY 169580/ 2009) se tiene en consideración únicamente el informe elaborado por una trabajadora social del Equipo del Juzgado, sin tener en cuenta otros informes realizados por psicólogos de parte.

⁶²¹ De esta manera lo reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10 de fecha 18 de julio del 2005 (DF 10321), cuando afirma “ Todo ello, evidentemente no quiere decir que a priori se tenga que dar más valor a algún informe pericial en detrimento de los demás, incluido el del perito judicial. Ahora bien, hay que dejar claro que el juez en esta actividad no solo no esta vinculado por ninguno de estos informes, sino que puede discrepar de los mismos siempre que lo haga de un modo fundado y utilizando las reglas de la sana crítica.” De todas formas también existen casos en los que existe una coincidencia entre los informes de parte y los del Equipo. Así sucede según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª de fecha 30 de octubre del 2007 (SP/ SENT/ 142911), cuando coinciden los informes periciales tanto de parte como el elaborado por el Equipo. De la misma opinion GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 456.

⁶²² La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª de fecha 29 de enero del 2009(SP/ SENT/ 453053), realiza un elogio del dictamen del Equipo debido a la complejidad del mismo, manifestando no sin razón “ *La solución de la cuestión ha de partir necesariamente del contenido del informe psico-social puesta tanto el psicólogo Sr Hugo como la trabajadora social Sra Mari Juana han realizado un exhaustivo trabajo en orden a reflejar la historia social familia, historia de la pareja, entorno familiar del padre custodio y de la madre no custodia, variables de posición de los padres y abuelos, evaluación psicológica del menor, la madre, el padre y por último la valoración, conclusiones alcanzadas y la propuesta*”. De igual manera la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga Sección 7ª de fecha 30 de junio del 2008 (SP/ SENT/ 174668), califica el informe del Equipo “*concienzudo y muy bien elaborado*”.

⁶²³ CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS AUXILIARES EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 17, 18 y 19 de febrero del 2010. SP/ DOCT/ 4480 .pág. 12.

Por lo tanto y en aras que la intervención de los Equipos, y por ende la influencia de sus dictámenes, no supongan un obstáculo para la consecución del interés del menor es necesario que se introduzcan algunas novedades.

Si consideramos que para que este objetivo se cumpla es necesario limitar la influencia de estos Equipos, tendremos que aumentar la capacidad de conocimientos de nuestros Jueces y Magistrados, de cara a la adquisición de conocimientos que les permitan realizar la misma función que realizan los Equipos Técnicos, o por lo menos que puedan discrepar de los informes de estos en base a determinados conocimientos. Otra cuestión será que se adopten unos criterios uniformes en relación a estos Equipos de tal manera que existan unos mecanismos similares para evitar la existencia de protocolos diferentes en función de cada Equipo. Se deberá contrastar el objeto de la actividad profesional con un método determinado y concreto, de lo contrario si no existe una unificación de los propios métodos, la labor desarrollada, dependerá de una cierta arbitrariedad que afectará sin lugar a dudas al menor⁶²⁴.

Esta cuestión es importante porque se pueda dar el caso que sobre un mismo objeto de estudio se puedan plantear hasta tres informes distintos realizados por el Equipo, lo que supone una dificultad añadida para que el Juzgador adopte una determinada resolución⁶²⁵. Con respecto a los informes se deberán hacer constar las pruebas realizadas, así como los medios técnicos empleados, y documentación examinada. Se puede, siguiendo a GONZÁLEZ DEL POZO, estudiar la posibilidad que los letrados de las partes puedan estar presentes en las diligencias de reconocimiento de los lugares como el domicilio de los litigantes o en las entrevistas de los trabajadores sociales con terceros, que pueden aportar información con

⁶²⁴ FÁBREGA RUIZ,(2005), pág. 3. No obstante esta cuestión es rechazada en las CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS AUXILIARES EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA, celebrado los días 17,18, y 19 de febrero del 2010, al considerar que no se debe de exigir a los Equipos que en la emisión del informe sigan una determinada metodología, o realicen unas concretas actuaciones.

⁶²⁵ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12 de fecha 19 de febrero del 2009 (SP/ SENT/ 451129), de su lectura se comprueba de la existencia de tres informes emitidos por los Equipos Técnicos, en diferentes fechas, contradictorios entre sí, con respecto a la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, concretamente el padre. El Tribunal opta por el último, no por nada en concreto, sino porque era el último.

respecto a los menores⁶²⁶. Igualmente entregar los informes dentro de un plazo razonable para que puedan ser examinados por las partes con anterioridad a la celebración de la vista. No es de recibo dar traslado del informe a las partes con tres días de antelación⁶²⁷. Con respecto a la cuestión puramente material, se deberán ubicar preferentemente en la misma sede donde se encuentren en su caso los Juzgados de Familia. Debiéndose invertir en medios económicos que permita la creación de nuevas unidades bien de forma permanente o bien de naturaleza itinerante para poder atender aquellas sedes judiciales que por su estructura organizativa carezcan en sus instalaciones de la presencia de estos Equipos⁶²⁸.

9. INFLUENCIA DE LA AUDIENCIA EN EL JUZGADOR.

Según la doctrina una cuestión será la audiencia realizada y otra la valoración de los datos ofrecidos al Juez por parte del menor⁶²⁹. Es indiscutible que el valor que se le dé a la audiencia dependerá en gran medida del grado de discernimiento y madurez⁶³⁰. Existe prácticamente unanimidad en la doctrina al considerar que lo manifestado no puede vincular por si mismo al Juez, sino que en función de otros factores o circunstancias, será un complemento más que conformará con otros la resolución judicial⁶³¹. Teniendo presente lo anterior debemos de reflexionar sobre lo que la audiencia supone en primer lugar para el Juzgador.

⁶²⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 448.

⁶²⁷ CONCLUSIONES DEL IV ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y ABOGADOS DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 26, 27, y 28 de Octubre del 2009. Pág. 12.

⁶²⁸ CONCLUSIONES del III ENCUENTRO MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA, celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de Octubre del 2008, pág. 5.

⁶²⁹ GARCÍA PASTOR, pág. 140. CASTILLEJO MANZANARES, pág. 398.

⁶³⁰ CASTILLO MARTÍNEZ (2006), pág.121.

⁶³¹ CASTILLO MARTÍNEZ (2006), pág. 121. BLASCO CARRASCO, pág. 146. CASTILLEJO MANZANARES, pág.399. GARCÍA PASTOR, pág. 122, considera que la audiencia del menor es un instrumento para que el Juzgador pueda conocer, nunca es un criterio de decisión.

Para el Juzgador supone fundamentalmente obtener información sobre el entorno del menor. Esta información que busca el Juzgador será de vital importancia para una de las decisiones que tendrá que tomar en el procedimiento matrimonial en su caso, la guarda y custodia del menor. Prácticamente es unánime la consideración que formulan los Jueces de Familia cuando afirman que lo que buscan es conocer fundamentalmente quien de los dos progenitores en el caso de que se este discutiendo la guarda y custodia, es quien habitualmente desempeña las labores propias del cuidado del menor. De igual forma la audiencia supone para el Juzgador el conocer los deseos, opiniones y valoraciones del menor en aquellas decisiones que le afectan y en especial en relación a la guarda y custodia del mismo. No es aspecto fundamental conocer si prefiere irse con su madre o su padre, salvo que tenga más de quince años, sino conocer como puede afectarle la adopción de una u otra decisión. Le corresponde al Juzgador de primera instancia el apreciar cual es el interés del menor, siendo esta una facultad discrecional no sujeta a casación, salvo que en las actuaciones figuren graves circunstancias que aconsejen otra cosa, tal y como señala la Sentencia 614/ 2009 del Tribunal Supremo, Sala Primera de fecha 28 de septiembre de 2009⁶³².

Uno de los factores fundamentales para que la voluntad del menor sea tenida en cuenta es que ésta se manifieste de forma convincente y rotunda, dado que realizarla de esta manera, sirve para apreciar la madurez efectiva del mismo. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 6º de fecha 30 de octubre del 2007 / SP/ SENT/ 2007, el Tribunal, acepta la decisión manifestada por el menor de que la custodia se le atribuyera a su padre, básicamente porque en la exploración , este se manifestó su voluntad de “*forma reflexiva y seria*” lo que demostraba para el Juzgador que el menor tiene un “*grado de madurez que le permite expresar deseos, sentimientos y emociones que no responden a un mero capricho del mismo...*” .

De igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 10ª de fecha 12 de febrero del 2007 / SP/ SENT/ 126251, admite el deseo del menor, argumentado que “*la contundencia y trascendencia del deseo del menor manifestada en la exploración* “. Bien es cierto que en este caso, el Tribunal añade que “*el deseo de los hijos constituye una circunstancia esencial capaz de*

⁶³² REF: EUDER : 184085/ 2009.

fundamentar una eventual modificación de la medida dada la trascendencia que dicha voluntad tiene a la hora de apreciar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, siempre que, naturalmente ese deseo responda a una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeras”. Por lo tanto para el Tribunal se presupone que la voluntad por defecto esta viciada y no responde a su verdadera voluntad sino a influencias externas, por lo que cuando se acredita que no es así, se le toma en consideración. Siguiendo en esta línea tenemos la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres Sección 1ª de fecha 20 de marzo del 2009/ SP/ SENT/ 454987, donde de nuevo se vuelve a repetir que se le ha hecho caso a la voluntad del menor, por *“cuando fue explorada por la Juzgadora, se manifestó de forma clara y rotunda, y con suficiente juicio, propio de su edad...”*. La edad de la menor es 15 años. Por lo tanto continúa el criterio que para que sea tenida en cuenta, es necesario que sea expuesta sin mácula de duda. Sin tantos calificativos del Juzgador la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias Sección 7º de fecha 7 de diciembre del 2007 / SP/ SENT/ 160415, acepta la decisión del menor, que tiene 12 años, de seguir con su madre, al haber manifestado en la exploración su voluntad. De igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7º de fecha 6 de octubre del 2006 / SP/SENT/ 162324, se tiene en consideración la voluntad del menor, de 13 años de edad, porque se considera que simplemente que tiene *” suficiente juicio y capacidad para que su opinión sea tenida en consideración.”* Sin ánimo de ser reiterativo termino con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares Sección 5ª de fecha 21 de noviembre del 2006 SP/ SENT/ 104226. La menor tiene 16 años, pero el Juzgador aprecia su voluntad no por su edad, sino porque en la exploración ha manifestado su voluntad de forma *“seria y mantenida”*. Más recientemente la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de 18 de mayo del 2010 (*Revista Derecho de Familia* nº 49 2010 Pág. 172 considera que *” el menor que tiene 13 años ha demostrado suficiente desarrollo de su personalidad y de sus facultades volitivas propias de un adolescente de su edad...”*). Cada vez es más frecuente que en las resoluciones judiciales sobre cuestiones relativas a guarda y custodia, se haga mención al derecho del menor y sea tenido en cuenta lo manifestado, en su caso como uno de los factores que fundamentan dicha resolución. A modo de ejemplo dos sentencias que manifiestan una cuestión que si bien puede parecer obvia es importante, concretamente al afirmar *“La voluntad de los menores*

no es determinante para el establecimiento del régimen de vida de los mismos, pero tampoco puede obviarse, más cuando el propio Código Civil establece con claridad que deben de ser oídos (art 92)”⁶³³. Y de igual forma “sin que, de otro lado, debemos de insistir en ello, pueda olvidarse que el “objeto“ de tales derechos es una persona, el propio menor, y no una cosa, de suerte que, aunque no resulte vinculante para el Juzgador, no puede prescindirse de la voluntad de los menores, en cuanto voluntad razonada, ni pueda afirmarse que la misma carece de relevancia jurídica, sino que, por el contrario, deberá de ser atendida debidamente de arreglo a una adecuada interpretación de la misma, facilitada , en su caso, como en el por la labor de los especialistas (art. 92 CC.)”⁶³⁴.

En sentido contrario, encontramos resoluciones judiciales en donde no se ha tenido en consideración la voluntad, sin que se manifieste que la causa para ello ha podido estar en la forma en la cuál se ha llevado a cabo dicha manifestación. En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22 de fecha 3 de diciembre del 2008, SP/SENT/445217, no se toma en consideración, y no dice nada el Juzgador sobre la forma en la cual se ha producido esta. Se argumenta que por encima del deseo de los hijos, esta la estabilidad emocional de éstos. De la misma forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª de fecha 30 de junio del 2008, SP/SENT/174668, se rechaza la voluntad manifestada por los hijos, sin indicar nada respecto a la forma en la cual se produjo la misma. En este caso, se argumenta el rechazo, por considerar que la voluntad estaba viciada por la negativa influencia del padre respecto de la madre. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª de fecha 15 de octubre del 2007, SP/SENT/153890, no se toma en consideración la voluntad, ni tampoco se dice nada de cómo se realizó la exploración. Por último la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª de fecha 17 de septiembre del 2009 / SP/ SENT/ 482438, de nuevo no se toma en consideración la voluntad del menor de 14 años, ni tampoco se dice nada respecto a como se ha producido ésta. Más reciente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª de fecha 28 de abril

⁶³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real Sección 1ª de fecha 16 de febrero del 2011. Ponente D. Luis Casero Linares, (Revista de Derecho de Familia nº 53. 2012, pág. 185.

⁶³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra Sección 2ª de fecha 29 de septiembre del 2011, Ponente D. Francisco Cobo Sáez. (Revista Derecho de Familia Nº 55. 2012, pág. 160.

del 2010 (*Revista de Derecho de Familia* N° 49. 2010, pág. 175) donde se reconoce que lo manifestado por el menor ha sido “*de escasa entidad y consistencia*”.

Por lo tanto podemos concluir que los Tribunales, de forma general cuando no admiten la voluntad manifestada por el menor no dicen nada respecto a si ésta se realizó, con madurez o de forma clara y convincente. Podemos pensar entonces que no se tuvo en cuenta la voluntad del menor porque no fue expresada de forma clara y contundente, o, que no tiene importancia que ésta se hubiera desarrollado de forma dubitativa.

Si anteriormente hemos analizado lo que puede suponer para el Juzgador la celebración de la audiencia, ahora corresponde determinar los efectos que ésta supone para el mismo. La práctica de la propia audiencia le proporcionará al menor a partes iguales, confianza, responsabilidad y en algunas ocasiones sentimiento de culpabilidad. Existe abundante doctrina sobre los efectos que en el menor produce su intervención en el proceso en cualquiera de sus posibles intervenciones. En el ámbito psicológico y principalmente aplicable al ámbito penal, se ha desarrollado una corriente denominada “*Psicología del Testimonio*”, que entre otras teorías desarrolla la consistente en afirmar los efectos negativos que ocasiona en el menor cualquier intervención procesal donde haya tenido que declarar o manifestar su opinión. Esta cuestión, la referente al perjuicio de la su intervención en las actuaciones procesales, ha sido tratada con profusión por la doctrina y ha dado lugar a una ingente labor legislativa por parte de diversas instancias, que si bien se refiere al ámbito penal, puede perfectamente aplicarse con limitaciones al ámbito del proceso civil⁶³⁵.

⁶³⁵ Efectivamente en la Recomendación (85),4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 26 de marzo de 1985 sobre la violencia dentro de la familia, insta a que la declaración de los miembros de la familia en los casos de violencia dentro de ésta se realice sin ninguna presión exterior. En la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal en su artículo 8º recomienda que los niños y los enfermos o minusválidos mentales deberán de ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o de cualquier persona cualificada para asistirles. Por su parte la Recomendación (87), 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa con fecha 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a víctimas y la prevención de la victimización, en donde se menciona la necesidad de crear y desarrollar los servicios dirigidos a las víctimas especialmente los niños. La Acción Común 97/154/ JAI de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños incide sobre la vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de delincuencia en especial los menores. En el mismo sentido y en la lucha contra la prostitución infantil el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de fecha 25 de

El hecho que el menor manifieste su opinión tiene indudables efectos positivos en su desarrollo como persona, porque en función de la edad que tenga, lo hace partícipe aunque de forma indirecta de la toma de una resolución que indudablemente le afectará. Lo negativo en el ámbito civil no es producido por el hecho que ejercite su derecho sino de la utilización que se le pueda dar por parte de los distintos progenitores, de la audiencia y de los efectos que la misma ocasiona, sobre todo cuando la cuestión litigiosa se centra en la guarda y custodia⁶³⁶.

10.DOCTRINA DEL TC SOBRE AUDIENCIA DEL MENOR.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 1 /1996, el criterio seguido por el Alto Tribunal era el de permitir la audiencia del menor siempre que tuviera suficiente juicio y fuese mayor de 12 años. Así en sentencia de fecha_ 14 de mayo de 1987 (RJ 1987,3350) declara la obligatoriedad de la misma en base al artículo 92.2 del Código Civil, puesto que no se oyó a la menor de 12 años de edad en el divorcio de sus progenitores, por tal motivo casa y anula una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, que había confirmado la sentencia de primera instancia donde se le atribuye la guarda y custodia a la madre. Reforzando ese criterio en sentido negativo encontramos que el Alto Tribunal dictó una sentencia de 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108) en donde se desestima el recurso de casación

mayo de 2000, dispone una serie de medidas tendentes a regular la presencia de menores en las actuaciones de naturaleza penal , de entre todas es conveniente destacar la referente a “ informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones. El Congreso 17 Mundial de la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados para la Juventud y la Familia celebrado en Belfast, en el año 2006, aprobó como conclusión nº 14 la referente a que los niños testigos deberían recibir apoyo durante todo el proceso judicial para garantizar que se sientan protegidos, ser oídos en el Tribunal y que sean capaces de dar testimonio de manera eficaz. Así mismo el Seminario Iberoamericano sobre “ Protección de Víctimas y Testigos” celebrado en Cartagena de Indias en marzo de 2007 se postulaba que para los menores como testigos se deberían de proveer medidas para disminuir los traumas ocasionados por su participación en el proceso.

⁶³⁶ En muchas ocasiones antes que se produzca la audiencia del menor en un proceso de divorcio o separación, en donde se discute quién de los dos progenitores ostentará la guarda y custodia, en el momento en el que el menor va a entrar a la sala de vistas, o al despacho del Juez, el progenitor custodio hasta el último momento intenta influir en la voluntad del menor, llegando incluso a recordarle de forma claramente imperativa que cuente la verdad. Esta situación de la que he sido testigos por motivos profesionales me hace preguntarme si el progenitor que aconseja al menor, conoce realmente cuales es la verdad de su hijo . Evidentemente sobre esta cuestión debemos los operadores jurídicos reflexionar sobre si alentamos estas situaciones bien porque las fomentamos de forma directa o bien de forma indirecta las consentimos por omisión profesional.

por considerar que la menor no estaba en el supuesto exigido para que fuese oída por el Juzgado, es decir el de suficiente juicio y mayor de 12 años. De igual forma en Sentencia de fecha 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 47569) casa la sentencia y remite las actuaciones al juzgado para que el juez encargado de la ejecución realice el trámite de la audiencia al tener catorce años y para que el mismo pueda expresar su opinión en relación al régimen de visitas de los abuelos.

Con respecto a las resoluciones dictadas por la Jurisprudencia menor con anterioridad a la ley 15/2005, es interesante destacar que de conformidad con el criterio establecido por el Tribunal Supremo, en materia de separación matrimonial el artículo 92.2 CC, obliga a que se practique la audiencia al ser ésta de carácter imperativo. Así tenemos Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de marzo de 1995 (AC 1995, 561) ,y de 2 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2296) ,Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 16 de octubre del 1992 (AC 1992, 1344) .La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 29 de enero del 2003 (AC 2003, 694) en donde se estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una resolución dictada en primera instancia donde los cónyuges de común acuerdo interponen demanda de divorcio y aportan un convenio regulador. Se estima el recurso al considerar que se ha producido una vulneración del artículo 777.5 al no haber escuchado a los mayores de 12 años. La sentencia pone de manifiesto que es obligatoria en todos los procesos matrimoniales incluso en los que existe acuerdo entre los cónyuges.

10.1. La audiencia y el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha mostrado un criterio cambiante justificado por el cambio normativo. Nos encontramos distintas sentencias en donde la ausencia ha sido causa de nulidad hasta llegar a una resolución judicial polémica en donde se muestra partidario de que la audiencia ante el Juzgador no sea necesaria si ha manifestado su voluntad ante otros operadores jurídicos. Siguiendo a MARÍN LÓPEZ conveniente comentar unas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en las cuales se dictamina de una forma peculiar sobre esta cuestión. En primer lugar, la Sentencia 221/2002 de 25 de noviembre que dio resolución al

famoso caso conocido como “la niña de Banamaurel”. Se estima el recurso de amparo ejercitado por el Ministerio Fiscal y los guardadores, contra un auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 3 de febrero del 2000 en donde se fallaba que la menor debería de reintegrarse en su familia adoptiva. Se consideró que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la menor al no haber sido escuchada sobre la cuestión. De todas formas para ser justos, hay que reconocer y en ello estoy de acuerdo con MARÍN LÓPEZ que en este caso, no se produjo realmente ninguna vulneración del derecho a ser oída porque durante la sucesión cronológica de los hechos, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial no la escucharon, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.2 del CC, vigente en este momento, no era imperativo, sino solamente cuando el menor o sus representantes legales solicitarán la práctica de dicha audiencia, lo que nunca se solicitó⁶³⁷.

En segundo lugar, la Sentencia 71/2004 de 19 de abril. El Tribunal Constitucional admitió el recurso de amparo por considerar que debería haber sido oída al tener suficiente juicio como para poder hacerlo. Es un tanto significativo que se entró a determinar la suficiencia y madurez real del menor para poder ejercitar el derecho a ser oído, cuando la Audiencia Provincial desestimó la petición al considerar que no tenía capacidad suficiente para ser escuchado. En esta ocasión si se solicitó el ejercicio del derecho de audiencia pero por los motivos expuestos fue denegado. Resulta evidente que aunque se entrara a determinar la suficiencia del menor y ello no fuera procesalmente muy correcto, en aplicación del artículo 9 de la LOPJM y teniendo presente que la resolución de la Audiencia que deniega la audiencia no fue motivada según consta en la Sentencia, la falta de dicha motivación si es motivo de admisión del recurso. No obstante por la causa que fuera esta claro que el Tribunal se mostraba partidario de darle efectiva al derecho del menor a ser oído, incluso a costa de no tener excesivamente en cuenta otros planteamiento procesales.

Por su parte la Sentencia 152/2005 del Tribunal Constitucional, hace referencia al supuesto de la negación de la audiencia decretando por consiguiente la vulneración del derecho. No obstante de la lectura de la misma, observamos que la

⁶³⁷ MARÍN LÓPEZ (2009), pág. 261.

situación presenta distintas peculiaridades. Por un lado la negación de la Audiencia Provincial en la sentencia de 29 de julio del 2003, es ajustada a derecho, porque no fue solicitada por nadie y a juicio de la Audiencia Provincial de Sevilla teniendo como fundamento el anterior artículo 92.2 del Código Civil, no existía obligación de oír al menor al tener menos de 12 años, concretamente tenía 9 años de edad, y al considerar que no tenía suficiente juicio para ello. Nos encontramos en un supuesto similar al comentado de la sentencia del 2004. Lo que ocurre es que el Ministerio Fiscal recurre, solicitando la nulidad de actuaciones al no haber sido oído. Y en respuesta de la Audiencia Provincial al incidente de nulidad, se comete el error, puesto que dado que el Fiscal había solicitado que fuera oído en dicho incidente, y teniendo éste edad suficiente, la Audiencia debería de haber admitido la audiencia. Al no hacerlo y desestimar el incidente interpuesto por el Fiscal, y además no motivar la resolución judicial, es cuando a juicio del Tribunal Constitucional se produce la violación del derecho, por lo que estima el recurso de amparo.

El criterio del Tribunal Constitucional comienza a cambiar en la Sentencia 22/2008 de fecha 31 de enero. El supuesto de hecho se refiere en un procedimiento de ejecución de sentencia provisional sobre guarda y custodia de un menor, cuando la madre se opone a la ejecución y solicita en su escrito de oposición, que la menor sea explorada por el Equipo Técnico con la finalidad de determinar la situación actual de ésta. El Juez de Primera Instancia se opone a la pretensión de la madre, lo que motiva que ésta interponga un incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto del Juez. En dicho recurso de nulidad de actuaciones, la madre argumenta la violación del derecho a ser oída, puesto que durante todo el proceso, el principal, la modificación de medidas, recurso de apelación y ejecución provisional, no se había practicado la audiencia a la menor. El Ministerio Fiscal se opuso a la pretensión de la madre, argumentado que en virtud del artículo 92.2 del Código Civil no era preceptivo, al considerar el órgano judicial que la misma no tenía suficiente juicio, dado que tenía 5 años. Además constaba en los autos un informe psicológico que a juicio del Fiscal podría suplir la audiencia del mismo. Contra todo pronóstico en base a lo que hemos visto en las Sentencias comentada con anterioridad a ésta, se desestima por el Alto Tribunal el recurso de amparo, al considerar que el derecho a ser oído, si bien es cierto que es un derecho reconocido internacionalmente no “es un derecho absoluto e incondicionado”, por lo que debe de estarse a la madurez efectiva

del menor en el momento cronológico del proceso. Rechaza la Jurisprudencia anteriormente aplicada, considerando que hay que tener presente el objeto de la resolución impugnada, como criterio para determinar si el menor tiene o no derecho a la audiencia. En este supuesto la cuestión no se dilucidaba en relación a la guarda y custodia del menor, como en las anteriores sentencias, sino que se centraba en la ejecución provisional de unas medidas ya adoptadas. Para mayor concreción hay que matizar que la pretensión de la madre se basaba en la concurrencia o no de la causa de oposición a la ejecución provisional, es decir a la posibilidad de retrotraer la situación anterior a la ejecución provisional, sin que eso afectare realmente a la guarda, custodia de la menor. En definitiva que el Tribunal Constitucional considera que no se ha producido violación del derecho porque el proceso en el que no se ha permitido ser oído no versa sobre cuestiones o decisiones que afecten al menor en su esfera personal, familiar o social. Discrepo de la resolución porque el artículo 9 de la LOPJM recoge el derecho en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que este directamente implicado y que pueda producir una resolución que le afecte en su esfera personal. Por lo que el criterio adoptado no es ajustado a Derecho. Otra cuestión será la edad, y su falta de capacidad suficiente, como factor para rechazar la audiencia, pero la naturaleza procesal de la pretensión solicitada, no es motivo suficiente para denegar la audiencia.

No se debe concluir este apartado sin referirme a la sentencia del Tribunal Constitucional dictada por la Sala Segunda de fecha 29 de junio de 2009, que ha levantado cierta polvareda, porque establece llevada a sus últimas consecuencias, lo que por otra parte la Ley 15/2005 ha establecido, en el sentido de que la audiencia dependerá en definitiva de la pertinencia que el Juzgador quiera darle.

La sentencia se dicta a raíz de un procedimiento de modificación de medidas iniciado por el padre al cual se opone la madre, solicitando de forma subsidiaria un régimen de visitas más restrictivo para el padre. Ante la naturaleza del procedimiento, se recabó informe al Equipo Psicosocial del Juzgado, el cuál emite un informe desfavorable a la pretensión restrictiva de la madre y por ende favorable al padre. La madre solicitó que el menor fuera oído en sede judicial, siendo denegada la pretensión por el Juzgado debido al hecho de que había sido oído por los miembros del Equipo. La sentencia desestima las pretensiones de la madre, lo que motivó que fuera recurrida ante la Audiencia de Valladolid, solicitando ante esta

instancia que fuera oído. El Ministerio Fiscal y el padre se opusieron al recurso de apelación. La Audiencia Provincial dicta Auto el 19 de junio del 2007, denegando lo solicitado por la madre, con los mismos argumentos utilizados por el Juzgador en la primera instancia. La madre recurrió, siendo desestimado por la Audiencia, la cuál dicto sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto y confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Ante esta situación, la madre interpone recurso de amparo contra las dos sentencias, argumentando que se ha vulnerado el derecho del menor y sus derechos fundamentales, por desconocimiento de la Jurisprudencia Constitucional concretamente las Sentencias 221 / 2002, 152/ 2005 y 17 / 2006. El Tribunal Constitucional rechaza el recurso de amparo fundamentándolo en el cambio del criterio del Legislador. Manifiesta el Tribunal que a consecuencia de la Ley 15/2005, que modifica el artículo 92 del Código Civil en su apartado 6, la audiencia no tiene un carácter imperativo sino que dependerá fundamentalmente del juicio del menor y si el Juzgador lo considera necesario de oficio o a petición del Fiscal. De igual forma se argumenta la denegación del amparo solicitado en el hecho que la opinión del menor sobre las visitas con su progenitor, se conocían a través de la entrevista con el Equipo, por lo que la reiteración de la opinión del menor no era conveniente. Con respecto a la decisión es necesario hacer una precisiones, en primer lugar y siguiendo a MARÍN LÓPEZ la aplicación del artículo 92.6 del CC no es correcta por el Tribunal, dado que en el precepto se indica que “antes de acordar el régimen de guarda y custodia”, y en los autos no se ventilaba esta cuestión, sino una modificación, por lo que estrictamente no podía aplicarse el artículo aludido. En segundo lugar y en relación con los artículos 770.4 de la LEC y el 9 de la LOPJM, al tratarse de un procedimiento contencioso, se debe de aplicar el artículo 770. 4 de la LEC, y en este precepto, se dispone que en el proceso judicial se les oirá cuando tengan suficiente juicio, y en todo caso siendo mayores de doce años. Por consiguiente de conformidad con este precepto, que es el que debe aplicarse al ser un proceso contencioso, la audiencia es imperativa al tener más de doce años, dado que si es inferior a dicha edad, se tendrá en cuenta la suficiencia de juicio del mismo. En el caso de autos, el menor cuando se dictó la sentencia de primera instancia tenía once años, y en el momento de la sentencia definitiva de la Audiencia Provincial tiene doce años, por lo que se debería de haber admitido el trámite de audiencia. No obstante lo realmente importante es que para el Tribunal Constitucional el sentido que tiene la audiencia, es sencillamente conocer la opinión de éste, referente a la

cuestión litigiosa, y en este caso como se conocía con antelación su opinión al ser prestada ante el Equipo hace innecesario su reiteración. Lo que supone a mi modo de entender una vulneración clara del derecho a ser oído, bien de forma personal bien a través de sus representantes legales o a través de personas que, por su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitirla objetivamente⁶³⁸. En este caso, la información que ofrecen los Equipos, no puede encuadrarse en los supuestos anteriormente mencionados, porque ni son representantes legales, ni han sido autorizados por el menor para manifestar objetivamente su opinión. Además la propia naturaleza de la exploración ante los Equipos Técnicos no puede asimilarse con la audiencia, puesto que el menor ante los Equipos Técnicos se comporta de forma distinta a la que se adoptará cuando se es escuchado no por técnicos los cuales buscan un objetivo, sino por la persona que el menor sabe que tiene la capacidad de valorar adecuadamente su opinión. El Tribunal omite la audiencia al considerar que ésta ya no es necesaria, en base a que se conoce su opinión por otros medios, los cuales le ofrecen toda la veracidad posible. Discrepo de esta afirmación porque se le priva de su derecho a ser él personalmente quien manifieste su opinión, aparte de que en el caso presente solamente son de aplicación por la naturaleza del mismo los artículo 9 de la LOPJM y 770.4 de la LEC, y en base a estos principios la audiencia no depende de que el Juzgador la estime necesaria. El hecho de que se conozca su opinión no debe de servir de justificación para denegar el derecho a la audiencia, porque en todo proceso se conoce la opinión de las partes con antelación a la vista y ello no supone que el Tribunal no admita que éstas puedan someterse al interrogatorio si lo es pedido por las mismas.

En definitiva la opinión de la Jurisprudencia sobre la audiencia del menor ha ido modificándose de conformidad a la voluntad expresada por el legislador tras la reforma 15/2005, encontrándonos en estos momentos con una proyección encaminada a reducirla siempre que haya podido manifestarse por otros medios y ante otros operadores jurídicos, lo que a mi entender supone una vulneración del principio del interés del menor a pesar de que se utilice la defensa de este interés como justificación a dicha limitación.

⁶³⁸ De la misma opinión PÉREZ DAUDÍ, pág. 9, afirma que la exploración del menor tiene como finalidad que el juez tome contacto directo con el menor para que el mismo pueda manifestar lo que estime pertinente, por lo que no se justifica que porque haya manifestado su opinión ante el Equipo no tenga que prestarla ante la persona que va a resolver.

11. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DEL MENOR EN SU INTERVENCIÓN EN EL PROCESO.

Uno de los aspectos más importantes que hoy día se plantean cuando los menores son sujetos activos o pasivos en un determinado proceso judicial, preferentemente en el ámbito penal, es el relativo a la protección de su imagen frente a la opinión pública, entendiéndose como tal no solo a los medios de comunicación sino a los terceros que no son parte de un proceso. Si consideramos que el interés del menor se desarrolla a través del ejercicio de la audiencia, resulta lógico que se proteja la forma de realización de dicho derecho para que sobre todo por terceros no se le cause un perjuicio innecesario mediante la difusión o la publicidad de lo manifestado⁶³⁹. La doctrina considera que el problema no radica en el hecho que se divulguen los procesos en los que intervienen menores, porque esta finalidad no es contraproducente por sí misma, sino en las consecuencias que puede reportar a los mismos menores⁶⁴⁰.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen se considera intromisión ilegítima y se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a

⁶³⁹ El artículo 4 de la Ley 4/1980, de 10 de Enero, reguladora del estatuto de la Radio y la Televisión establece que “ *la actividad de los medios de comunicación del Estado se inspirará... en el principio de protección de la juventud y de la infancia*”. Así mismo la Ley 10/ 1988 de 3 de Mayo , de Televisión Privada, en su artículo 3, y en la Ley 46/1983, de 26 de Diciembre, reguladora del tercer canal autonómico, en su artículo 5, en la Ley 41/ 1995, de 22 de Diciembre, de televisión local por ondas terrestres, art 6, y en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones art 3.e se recogen los mismos principios de protección de los menores . Resulta comprensible teniendo presente que los medios de comunicación cada vez más ,se ocupan dentro de la sección de sucesos de todos los procesos en donde intervienen bien como autores o como víctimas, los menores. Lo deseable sería que esta actuación de los medios, fuese lo más objetiva y profesional posible, y lo obligatorio es que los medios de comunicación protejan en su actividad específicamente el honor, la intimidad y la propia imagen del menor, en cualquiera de los ámbitos tanto estatal, autonómico y local, pero no siempre ha sido así, por lo que la legislación y la práctica forense de los Tribunales regulan y aplican respectivamente las normas dictadas al respecto.

⁶⁴⁰ Lo rechazable es que por parte de los medios de comunicación, así como por los padres o tutores, se explote y se pretendan obtener ganancias económicas considerables, facilitando el acceso de los medios a los menores, o bien alimentando ante ellos cuestiones referentes al proceso, que lo que ocasionan al menor, son consecuencias psicológicas de alcance y magnitud incalculables, que sin duda, condicionaran el futuro desarrollo del menor, y que por supuesto vulneran de forma contundente la protección que al menor ha de otorgarse como ser indefenso.

menores en los medios de comunicación cuando implique menoscabo de su honra o reputación o sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales. En la misma norma se establece que el consentimiento de los menores deberá realizarse por ellos mismos, siempre que sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la Legislación civil. Se pretende la protección en aquellos supuestos en que se han prestado su consentimiento pero pueden haber sido manipulados, incluso por su propios padres, representantes legales o grupos con los que se relacionan. A mayor abundamiento, si el consentimiento no puede ser prestado por el menor, deberá otorgarlo mediante escrito su representante legal quién está obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado y sin en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opone, debe de resolver el Juez.

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor, en su artículo 9.1 establece de forma genérica lo siguiente *“En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo del éste, cuidando de preservar su intimidad”*

Es evidente que corresponde en aplicación del precepto mencionado a los órganos judiciales y a las partes que se preserve la intimidad del menor que interviene en una comparecencia. El problema radica en determinar el mecanismo que debe de aplicarse para la protección de la intimidad.

La Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente en vigor en su artículo 138 párrafo segundo ,establece de forma genérica para todo tipo de procesos *”Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público, o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores, o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.”*. Asimismo, la ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 754 establece dentro del Título referente a los procedimientos de capacidad, filiación matrimonio y menores, *“ En los procesos a que se refiere este Título, podrán decidir los Tribunales, mediante providencia, de*

oficio, o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley.

Con respecto a estas normas, la Circular de la Fiscalía 1/2001, de 5 de abril relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la intervención del Fiscal expone “*resulta indudable que entre las causas que pueden justificar la negativa a la documentación filmada de un determinado acto procesal se han de incluir todas aquellas que permiten la exclusión de la publicidad de la audiencia. Así, si la publicidad de las actuaciones... puede ser limitada, a tenor de lo dispuesto en el art. 138 de la LEC, por motivos de salvaguarda de los intereses de los menores, no debe haber duda que al menos, esas mismas razones deben servir para justificar que se limite la documentación al acto a la forma escrita. En atención a todo lo expuesto los Srs. Fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las parte intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces*”

Es evidente que la utilización de los mecanismos de grabación facilita que se pueda vulnerar la intimidad de los menores, pero ello no debe impedir que las comparencias se graben como garantía de autenticidad de las actas recogidas por el Secretario Judicial. No obstante hay que tener presente que en las audiencias no esta presente el Secretario, por lo que podemos legítimamente cuestionar la veracidad de lo afirmado en las mismas. Aunque también podemos considerar que si se encuentra presente el Fiscal en dichas audiencias aunque no se encuentre en las mismas el Secretario podemos en función de la veracidad que se le otorga al Ministerio Público estar conformes con lo manifestado al respecto⁶⁴¹.

⁶⁴¹ El artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece que la presunción de autenticidad ampara las diligencias del Fiscal, por lo que no es necesario la presencia de otros funcionarios. De igual manera, la Circular 1/1989 de 8 de marzo, sobre las cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado, introducido por la Ley 7/1988, consideraba que las diligencias de investigación del Fiscal precisan del aval de fe pública, pues no han de hacer prueba. Se recordaba en esta circula que las diligencias del Fiscal gozan de presunción de autenticidad fundada en el hecho de que el Fiscal obra bajo los principios de legalidad e imparcialidad, por lo que su actuación se presume ajustada a la Ley y realizada objetivamente. La instrucción concluía textualmente “*las diligencias de procedimientos de menores, necesariamente han de ser practicadas siempre ante el Fiscal instructor,*

Otro aspecto a tener en cuenta son los actos procesales recogidos en documentos que son publicados en edictos, y por lo tanto están a disposición de cualquier persona que le apetezca leer los numerosos edictos que se publican en los Boletines Oficiales. Siguiendo esta línea de proteger la intimidad de los menores, nos tenemos que referir al hecho de que el Defensor del Pueblo, en el año 2007, formuló una recomendación a la Fiscalía General del Estado, tendente a que por parte del Ministerio Fiscal se adoptaran medidas para evitar que en los edictos referentes a separación y divorcio, aparezcan los datos identificativos de los menores⁶⁴². Y ello es así porque dado que los procesos afectan al interés público la Constitución impone la presencia del Ministerio Fiscal precisamente para defender el interés público, y por lo tanto dicha intervención debe de estar orientada a la protección de los intereses de los menores, entre los que deberán de incluirse el de que las propias actuaciones judiciales no perturben los derechos de éstos.

Con respecto a las sentencias dictadas como finalización del proceso, hay que tener en cuenta que también pueden suponer un mecanismo para la vulneración del derecho de intimidad. Hay que recordar que la LEC anterior a la actualmente en vigor se recogía en el artículo 769 que la publicidad de las sentencias dictadas en rebeldía, se limitaría al encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia, y a la firma del Juez que la hubiere dictado. En la actual LEC no se recoge límite alguno,

y no requerirán para su validez de la intervención de ningún otro funcionario, debiendo observarse en la forma de esos actos todas las garantías legales.”

La reforma operada por la LO 8/2006 de 4 de Diciembre, modifica el artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponiendo que *“toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Se considera por tanto que la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en simples finalidades de aseguramiento de la eficacia de la investigación sino que precisamente para ejercer su función de protector de los derechos fundamentales del menor.*

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en Sentencia 206/2003, de 1 de Diciembre, manifestando *“ la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía, pues se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial(art. 2.1 del EOMF, ley 50/1981, de 30 de Diciembre, modificada por Ley 14/2003 de 26 de mayo, que ejerce sus funciones , conforme al art 124.2 de la CE, con sujeción , en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad... De igual forma en la mencionada Sentencia, indica” en el procedimiento de menores corresponde al Fiscal las actuaciones de investigación, que , si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario, por lo que dadas las características del Ministerio Público, gozan de la presunción de autenticidad.”*

⁶⁴² Esta información aparece recogida en la Instrucción 1/2007 sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores. Y su producto de la investigación impulsada por el Defensor del Pueblo pero ejecutada por el Ministerio Fiscal, que concluyo de que en numerosos Juzgados se seguía la práctica contraria a la ley, de la publicación por medio de edictos de las resoluciones con los datos identificativos completos de los menores afectados.

pero en la práctica forense, sigue aplicándose el sistema anterior, no obstante bien es cierto que con la actual legislación, podemos encontrarnos sentencias íntegras publicadas en edictos.

Tenemos que tener presente que la publicidad de las sentencias responde al fin de difusión de la doctrina legal y de permitir el control público del poder judicial. Estos fines pueden y deben cumplirse sin que ello suponga una lesión a la intimidad de las personas, y más en el caso de los menores, de ahí que la legislación establezca límites a la publicidad de las sentencias⁶⁴³. Aunque estos límites también tienen sus propias restricciones de tal manera que se puede por parte del órgano judicial graduar la restricción, mediante la permisión de acceder al texto de la sentencias, pero utilizando los mecanismos para preservar los datos sensibles que afecten al menor o a su propia identidad⁶⁴⁴.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales, que incorporan doctrina jurisdiccional, no es de carácter absoluto y debe ser excepcionada en determinados supuestos por la prevalencia de otros derechos fundamentales. Por lo tanto la cuestión estriba en establecer como y de que manera se puede compatibilizar el derecho de publicidad de la sentencias con el derecho de preservar la intimidad. En primer lugar, y siguiendo la propia doctrina constitucional, debe tenerse especial cuidado en no incluir en la resoluciones ningún

⁶⁴³ El artículo 266 de LOPJ en su redacción dada por la LO 19/2003 de 23 de Diciembre establece la necesidad de limitaciones y dispone expresamente que “ *el acceso al texto de la sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad,, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes.*

Igualmente el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone en relación con las sentencias que deben publicarse en la colección legislativa que “ *si recayeren en causas seguidas por cualquiera de los delitos contra la honestidad, o contra el honor o concurriesen circunstancias especiales a juicio de la Sala se publicarán suprimiendo los nombres propios de las personas, los de los lugares y las circunstancias que puedan dar a conocer a los acusadores y a los acusados y a los Tribunales que hayan fallado el proceso.*

⁶⁴⁴ El artículo 4 del Reglamento 1/2005, que atribuye la competencia para decir sobre solicitudes de información al “ *Secretario de la unidad de la Oficina Judicial en que se encuentre la documentación interesada, quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés, la existencia de derechos fundamentales en juego, y la necesidad de tratar los documentos a exhibir o de omitir datos de carácter personal y directo, de manera que se salguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados pro la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal, en su caso.*”

dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular el razonamiento y posterior fallo⁶⁴⁵. En segundo lugar, debe omitirse la identificación de determinadas personas que aparecen mencionadas en sus resoluciones atendiendo al específico deber de tutela de los menores, tanto en supuestos referidos a su filiación o custodia, como en los procedimientos de adopción o desamparo⁶⁴⁶. Obviamente si el propio Tribunal Constitucional establece sus límites, no puede ser menos la jurisdicción ordinaria tanto cuando las sentencias se notifiquen por medio de edictos publicados o cuando se incluyan en las bases de datos.

Para terminar esta cuestión, hay que referirse a la publicidad de los actos procesales, reconocido en los artículos 24.2 y 120.1 y 3 de la Constitución Española, en el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de Diciembre de 1996 y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de noviembre de 1950. Hay que formular observaciones sobre la publicidad de las actuaciones judiciales. En primer lugar que de conformidad con lo establecido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional el principio de publicidad sólo es predicable de determinadas actuaciones procesales, concretamente del acto oral y del pronunciamiento de la sentencia.⁶⁴⁷ Por lo tanto, una cuestión se produce cuando el proceso esta todavía en curso, otra, cuando ha concluido, y todo el proceso esta archivado en el correspondiente Juzgado. En este caso la ley permite el acceso de los ciudadanos a los archivos judiciales con los límites marcados por el concepto de reserva⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional STC nº 114/2006, de 5 de abril y ATC nº 516/2004, de 20 de diciembre.

⁶⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002 de 25 de Noviembre, y STC 94/2003 de 19 de mayo.

⁶⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 176/ 1988, de 4 de Octubre declara “ desde una perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan solo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia... Igualmente el principio de publicidad se refiere a los procesos en curso y no a los procedimientos ya terminados, cuya documentación ha de hallarse en el archivo del órgano judicial correspondiente”.

⁶⁴⁸ El art 235 de la LOPJ dispone que “ los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan el carácter de reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley. Así mismo la Constitución en su artículo 105,b establece que” la ley regulará: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”.

La preservación del derecho de defensa y consiguientemente el derecho de las partes a acceder a las actuaciones pese a su declaración de reserva ha sido y es enfáticamente defendido en numerosas sentencias. Por lo tanto, si el menor como parte integrante en el proceso, debe de estar protegido en su condición de menor, han de articularse los mecanismos para que dicha protección de su imagen sea efectiva desde la propia oficina judicial. Y por ello, le corresponderá al Secretario Judicial, en virtud de la nueva Ley 13 / 2009 de 3 de noviembre, adoptar las medidas pertinentes para que así sea.

CONCLUSIONES

CAPITULO PRIMERO.

1. CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR.

1. La edad y la madurez son los factores que sirven para determinar la capacidad de obrar del menor. El primero constituye un factor seguro, mientras que la madurez suficiente es un concepto indeterminado. No se puede establecer el mismo grado de madurez suficiente para el ejercicio de todos los derechos de la personalidad. Se debe establecer un grado de madurez suficiente en función de la importancia y el grado de afectación que el acto pueda ocasionar en el menor.
2. La madurez se constituye como un elemento que cada vez se tiene más en cuenta por el legislador a la hora de concederle al menor capacidad para la realización de actos sin la presencia de sus padres. Se abandona el criterio cronológico y se adopta de forma prácticamente exclusiva el de la madurez.

2. INTERES DEL MENOR.

1. La indeterminación del concepto del interés del menor tiene su aspecto negativo porque al no tener pautas concretas, se producen situaciones arbitrarias. El interés del menor es regulado por el ordenamiento jurídico continental y el anglosajón. En el primero, denominado “sistema de cláusula general”, el legislador remite al Juez o en su caso a la Administración, para la determinación del interés del menor para cada caso concreto. Por el contrario en el anglosajón, denominado “modelo de lista”, el interés se determina mediante la existencia de unos criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio.

2. El contenido del interés del menor se compone de dos aspectos, uno material y otro moral, debiendo estar combinados para que exista un contenido completo.
3. Los sujetos que pueden determinar el interés del menor en cada caso concreto son el propio menor, sus padres, el Juzgador, el ministerio Fiscal y la Administración, en los supuestos de protección del menor.
4. Los factores que han de ser tenidos en cuenta en la determinación del interés del menor son los siguientes:
 - a). El interés del menor tiene como ámbito y como objetivo el desarrollo evolutivo del menor desde su infancia hasta que alcanza la mayoría de edad.
 - b). El interés del menor puede colisionar con el derecho de ejercicio de la patria potestad de los padres.
 - c). En caso de conflicto entre el interés del menor y el de los progenitores, prevalecerá el del menor, pero tampoco puede eclipsar el interés de los padres o incluso el de terceros.
 - d). Es fundamental para determinar el interés del menor, que cuando tenga madurez suficiente sea oído por la persona que tenga que adoptar una resolución que le puede afectar. No obstante la opinión manifestada por el menor puede que no coincida con su verdadero interés.
5. Una de las manifestaciones del interés del menor en el ámbito de la protección por la Administración, es el derecho de retornar a la familia de origen cuando haya desaparecido el motivo que justificó la separación de su familia y entorno. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de julio del 2009, ha introducido una excepción a este derecho, al establecer que para hacerlo efectivo es necesario acreditar que las causas que originaron la actuación administrativa han desaparecido, y que para el menor el retorno será más beneficioso que permanecer con su familia de acogida. Considero que esta línea jurisprudencial se inclina exclusivamente por una

concepción material del interés del menor, por lo que no defiende el sentido completo del mismo.

CAPITULO SEGUNDO.

EL INTERÉS DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

1. La patria potestad es un derecho de los progenitores, que sin perder su componente social, les faculta para desempeñar sus funciones parentales. Los padres tienen la posibilidad de excluir cualquier injerencia pública en el ámbito del ejercicio de su potestad, con el único límite del interés del menor y el respeto a su personalidad, en consonancia con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
2. Los deberes y facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad, tienen como límite y fundamento el interés del menor, y éste ha de concretarse en cada supuesto concreto.
3. El ejercicio conjunto de la patria potestad en situación de convivencia de los padres, conlleva la realización de las funciones parentales de forma coaligada y consensuada, sin que ello quiera decir que no pueden producirse situaciones de desacuerdos entre los padres, que deberán ser solucionadas en el ámbito doméstico o bien deberá ser el Juzgador quien resuelva.
4. Cuando existe ruptura de la convivencia de los progenitores la patria potestad no se pierde ni se abandona, solamente se transforma. Determinadas funciones inherentes a la patria potestad se van a modificar en cuanto a la forma de realizarlas, en comparación a cuando existía la convivencia. La función de estar con el menor se transforma en el derecho de visita, la función de cubrir las necesidades materiales de los menores se transforma en la pensión por alimentos. La función de estar informado de las cuestiones de los hijos, se transforma en el derecho de información. Estas modificaciones

afectarán principalmente al progenitor que no ostente la guarda y custodia de los hijos. De igual forma surgen problemas que son derivados del ejercicio de funciones parentales, tales como la adquisición o tenencia de la vivienda familiar.

5. El derecho de visita pretende garantizar que en situaciones de no convivencia, se mantenga la relación del hijo con el progenitor no custodio. Esta relación es fundamental para el desarrollo evolutivo del menor y la obstrucción o el impedimento, afectará negativamente a su interés. El derecho de visita se ejercita mediante tres formas, la visita, las comunicaciones y las estancias. La supresión, modificación o la limitación temporal de este derecho solamente se puede fundamentar en el interés del menor.
6. Sobre la responsabilidad de los hijos durante el derecho de visita, existe una divergencia en la doctrina, entre los partidarios que el progenitor no custodio, es responsable de éstos durante el tiempo que permanezcan con él, y los que consideran, entre los que me incluyo, que la responsabilidad la tienen ambos progenitores por el mero hecho de serlo.
7. El menor con madurez suficiente debe manifestar su opinión con respecto al derecho de visita, no obstante este derecho no puede supeditarse de forma exclusiva al sentido de la opinión manifestada. Aunque no es conveniente obligar al menor a mantener el derecho de visita en contra de su opinión, en determinados supuestos concretos.
8. Las medidas judiciales relativas al régimen de visitas, son las que más incumplimientos producen, con el considerable problema en los procesos de ejecución. La actitud contraria al cumplimiento de las medidas, bien por la negativa del hijo a relacionarse con el progenitor no custodio, bien la del custodio que dificulta la relación con el otro progenitor, negándose de forma sistemática a las mismas, supone un perjuicio para el menor. Soy partidario que ante incumplimientos reiterados e injustificados se sancione al custodio con la finalidad de conseguir que el derecho de visita se ejercite real y eficazmente. De todas formas, la medida sancionadora consistente en la

retirada de la custodia al incumplidor para otorgársela al otro progenitor no garantiza en abstracto el interés del menor.

9. En situaciones de ruptura el interés del menor aconseja que éste permanezca en la vivienda familiar, sin que ello suponga que no pueda cambiarse de residencia si las condiciones materiales de la vivienda son similares a las existentes con anterioridad a la ruptura. Ante las peticiones doctrinales que defienden que la vivienda no se le atribuya de forma automática al progenitor custodio, es conveniente reflexionar si el interés de los hijos a permanecer en el domicilio familiar no es prevalente frente al interés del propietario de la vivienda de disponer de la misma en cualquier momento. El Anteproyecto de Ley pretende modificar la norma en el sentido que el Juez, en interés del menor, determine la atribución de la vivienda, desapareciendo el criterio de la atribución automática del uso para el progenitor custodio.
10. Para el establecimiento de la cuantía de la pensión por alimentos han de ser tenidos en cuenta diversos factores, debiendo desaparecer el automatismo en la determinación de la cuantía de las cantidades por parte del Juzgador, dado que las situaciones serán siempre diferentes en cada caso concreto.
11. El Síndrome de Alienación Parental es un fenómeno negativo para el interés del menor, por lo que debe actuarse por parte del Juzgador de forma urgente para adoptar las medidas necesarias para evitarlo. Detectado el SAP se ha de suspender la relación del menor con el progenitor causante, y decidir sobre las medidas más aconsejables para evitar el problema y paliar los efectos causados.

CAPITULO TERCERO.

MODELOS DE CUSTODIA.

1. El modelo de custodia exclusiva.

1. El modelo de custodia exclusiva en caso de no existir acuerdo de los padres, se adopta por el Juzgador cuando en interés del menor, considera más idóneo a uno de los progenitores para atribuirle las competencias de la guarda y custodia de los hijos comunes.
2. Si ambos progenitores son idóneos, los factores que la Jurisprudencia ha establecido para atribuir la custodia exclusiva y que deberán ser tenidos en cuenta por el Juzgador son los siguientes;
 - a) Aptitudes y posibilidades de naturaleza material, tiempo, colaboración, y estabilidad familiar con los hijos.
 - b) Disponibilidad para facilitar la relación de los hijos con el otro progenitor.
 - c) Garantizar el mantenimiento del vínculo social, escolar del menor para evitar alteraciones de su modelo de vida anterior a la ruptura de los padres.
 - d) La opinión del menor con madurez suficiente.

El legislador en el Anteproyecto de Ley pretende concretar los factores que han de ser tenidos en cuenta por el Juzgador a la hora de atribuir la custodia exclusiva a uno de los progenitores.

3. La atribución de la custodia exclusiva no puede suponer la privación, o limitación, para el no custodio del cumplimiento de sus funciones parentales para con sus hijos.
4. En el modelo de custodia exclusiva todas las decisiones que afecten a los hijos más o menos importantes, deben ser adoptadas por ambos progenitores, con independencia de quien ostente la guarda y custodia. Debe el custodio facilitar y no obstaculizar la relación de los hijos con el no custodio. El custodio y el no custodio no se encuentran en posiciones desiguales sino que cumplen en periodos temporales distintos con sus obligaciones parentales.

5. El modelo de custodia exclusiva puede ser beneficioso o perjudicial para el interés del menor, en función de la determinación del interés en cada caso concreto. No se puede afirmar en abstracto que este modelo sea perjudicial o beneficioso para el menor, sino que hay que determinarlo en cada caso concreto.

2. El modelo de custodia alterna o compartida.

1. El modelo de custodia alterna o compartida no aparece definido en la norma, por lo que ha de ser considerado como un concepto jurídico indeterminado. Debe denominarse como custodia alterna y no compartida, dado que lo que se produce es una alternancia de los padres en la guarda de los hijos al no convivir de forma conjunta por lo que no es posible que se ejerza al mismo tiempo.
2. Este modelo requiere para su efectividad que exista una dedicación especial y un espíritu de sacrificio y colaboración por parte de los progenitores, siendo capaces de anteponer los intereses de los hijos a sus apetencia personales
3. La distribución del tiempo que han de estar los hijos con sus padres en un modelo de custodia alterna, no puede ser inferior a tres meses, para evitar la sensación de inestabilidad temporal y permitir afianzar mejor al menor en el entorno propio de cada progenitor.
4. Los hijos han de permanecer en la vivienda familiar, debiendo los progenitores de trasladarse a la misma durante el periodo temporal atribuido.
5. Con respecto a los gastos, en la custodia alterna y para evitar situaciones de desigualdad económica que afecten negativamente al menor, se ha de establecer el importe de los gastos mensuales del menor y satisfacer dicha cantidad por ambos progenitores en función de su capacidad económica.
6. Que el informe del Ministerio Fiscal no tenga que ser favorable para la concesión de la custodia alterna ha supuesto la eliminación de un obstáculo ilógico para la concesión por el Juzgador de este modelo de guarda y custodia.

7. Con la actual regulación del artículo 92.7 del CC, se permite que con la simple denuncia penal se impida por ley que se le otorgue al denunciado la custodia alterna. Debe modificarse este precepto legal para establecer que solamente cuando se haya dictado una sentencia penal firme de condena por los delitos especificados, podrá impedirse el otorgamiento de este modelo al condenado.
8. El Tribunal Supremo ha sentado unas bases importantes con respecto a la custodia alterna o compartida importantes; En primer lugar, la necesidad de la debida motivación de las Sentencias que otorguen o denieguen el modelo sin acudir a argumentos estereotipados. En segundo lugar, se debe adoptar una resolución judicial al respecto teniendo únicamente presente el interés del menor en el caso concreto. En tercer lugar, ha rechazado como un impedimento para el otorgamiento la “deslocalización“ de los menores, debido a que los cambios de domicilio son una consecuencia inherente a este modelo. En cuarto lugar, se han establecido unos criterios que han de ser tenidos en cuenta por el Juzgador a la hora de decidir si este modelo debe de ser otorgado teniendo en cuenta el interés del menor.
9. Los criterios relevantes para el otorgamiento de la custodia alterna son los siguientes:
 - a. La capacidad de los progenitores entendida como la disposición de ambos a superar las desavenencias surgidas, encontrando puntos de unión para desarrollar el ejercicio de la patria potestad en este modelo de custodia.
 - b. La proximidad de domicilios salvo que se opte porque el menor permanezca en la vivienda familiar, siendo los padres los que deben trasladarse al domicilio.
 - c. La existencia de relaciones entre los progenitores que faciliten el interés del menor. Las malas relaciones entre los progenitores no son obstáculo si ello no perjudica al interés del menor.
 - d. La tenencia de medios económicos suficientes que garanticen que la custodia alterna no va a suponer una merma en las necesidades materiales del menor.

10. El Anteproyecto de Ley en relación con la custodia alterna establece lo siguiente:
 - a. Atribuye al Juzgador la potestad de elegir el modelo de custodia que en función del interés del menor, estime conveniente.
 - b. Puede otorgar la custodia alterna aunque no haya sido solicitada por ningún progenitor, lo cuál es negativo para el interés del menor.
 - c. Se exigirá un Auto de procesamiento en vez de la simple denuncia para denegar la custodia alterna en supuestos de delitos violentos.

11. La custodia alterna como modelo de custodia en abstracto no es beneficioso ni perjudicial para el interés del menor, sino que hay que atenerse a cada caso concreto.

CAPITULO CUARTO.

EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.

1. Hay que diferenciar entre el derecho del menor a ser oído, del derecho a ser escuchado. Entendido el primero como la obligación que se tiene en determinados ámbitos y con unos determinados requisitos de oír la opinión del menor. El segundo hace referencia a cuando el menor solicita ser oído por la persona que tendrá que decidir sobre una cuestión que le afecta directa o indirectamente.
2. El derecho a ser oído es un derecho fundamental porque se considera como una consecuencia del respeto a la personalidad del menor. Y la expresión práctica más significativa de su interés. El derecho a ser oído ha de manifestarse en los ámbitos familiares, judiciales y administrativos, para todos los asuntos en los que este directamente implicado o bien que le puedan afectar.
3. Hay que diferenciar entre exploración y audiencia del menor. La primera responde al conjunto de actos realizados con el menor, tendentes a averiguar o conocer cuestiones referentes al mismo pero sin que se tenga como objetivo el conocer su opinión. Se realiza esta práctica por peritos, el Juzgador y por el

Ministerio Fiscal en el proceso penal. La segunda se refiere a cuando el menor es oído por el Juez con la única finalidad de expresar su voluntad, deseo u opinión, para conocerla a la hora de resolver sobre una cuestión que le afecta. Por lo que hay que utilizar cada término en el contexto correcto.

4. El derecho a ser oído no puede ser entendido como una obligación para el menor, en el sentido de forzar su práctica si no lo desea. La obligación debe recaer sobre la persona que va a decidir sobre una cuestión que le afecta directa o indirectamente.
5. La exploración y la audiencia del menor son medios de prueba en el ámbito del Derecho procesal. Con respecto a la audiencia se constituye una fusión entre un simple medio de prueba, con la existencia de una naturaleza concreta y distinta de otros medios de prueba como el reconocimiento judicial o la prueba testifical.
6. La Ley 15/2005 ha limitado el Derecho a ser oído, al introducir que se llevara a cabo únicamente cuando el Juzgador lo estime necesario. Se elimina el criterio de la edad y se sustituye por el de la madurez suficiente. Los partidarios de limitar el derecho a ser oído se justifican en el carácter negativo que puede producirse en el menor. La práctica de la audiencia para el menor considero que es positiva para su desarrollo evolutivo, porque le proporciona a partes iguales confianza y responsabilidad. No comparto la opinión de los que consideran que el menor con independencia de su madurez, no debe someterse a la audiencia, porque le ocasiona consecuencias negativas. La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de junio del 2009, por la que se rechaza la audiencia del menor ante el Juzgador por considerar que se conocía su opinión con anterioridad por medio de la entrevista con los miembros del Equipo, en mi opinión es contraria al derecho que ostenta el menor a ser oído por la persona que tiene que resolver sobre una cuestión que le va afectar. Dicha resolución es consecuencia de la actual corriente que defiende limitar la audiencia del menor, lo que a mi juicio supone ir en contra de su interés.
7. Al no estar regulada en el ordenamiento la forma de practicar la audiencia, esta se realiza de forma discrecional por el Juzgador, creando una inseguridad procesal,

no garantizando su eficacia. No obstante los criterios para celebrar de forma eficaz la audiencia en procedimientos de familia son las siguientes:

- a. Hay que conceptualarla como una entrevista, no un interrogatorio.
 - b. No se debe hacer que el menor tenga que decantarse de forma directa por ninguno de los progenitores.
 - c. Se debe utilizar un lenguaje claro, adaptado a la madurez del menor, alejado de expresiones imperativas o coercitivas.
 - d. Se debe de realizar en un espacio físico alejado de la rigurosidad de una sala de vistas.
 - e. Se debe procurar, que salvo circunstancias de fuerza mayor, no se encuentren presente durante la audiencia el personal del gabinete psicosocial.
 - f. En la celebración de la audiencia es necesario que se encuentre en la misma el Secretario Judicial en su condición de fedatario público para que levante acta de la misma. También debe estar presente el Ministerio Fiscal en su condición de protector del interés del menor.
8. El supuesto recogido en el artículo 9.2 de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que regula la posibilidad que otras personas bien por su profesión o por la relación de especial confianza con el menor, puedan transmitir su opinión, no debería de encuadrarse dentro del derecho a ser oído.
9. La importancia que los Juzgadores otorgan a los informes de los Equipos Técnicos para la resolución de los litigios se fundamenta en el desconocimiento que éstos tienen de la materia psicológica-pedagógica, en la imparcialidad que se les presupone a los miembros de los Equipos y en la amplitud de los mismos al tener un carácter obligatorio para las partes, lo que supone que pueden entrevistar sin límite a éstas y a sus familiares. Existe una dependencia absoluta de los Jueces con respecto al contenido de estos informes. Sin embargo esta dependencia debe de ser corregida fomentando El Consejo General del Poder Judicial que los Jueces de Familia realicen cursos que incrementen su formación en materias de psicología y pedagogía del menor, con la finalidad de poder tener un criterio personal para evitar su dependencia ante el contenido de los informes del Equipo Técnico.

10. Es necesario para mejorar la función de los Equipos que existan más unidades en todos los Juzgados de Familia, que los abogados de las partes puedan acompañar a estos profesionales en su visita al entorno social del menor, que se entreguen los informes en un plazo razonable con antelación a la celebración de la vista, y que exista una uniformidad de criterios entre todos los Equipos Técnicos que evite la disparidad de criterios ante supuestos similares.

11. El valor de lo manifestado por el menor para el Juzgador dependerá del grado de discernimiento y madurez del menor, y de la convicción del mismo a la hora de expresar su deseo y opinión sobre los hechos.

12. La protección de la intimidad del menor debe quedar garantizada en los procesos judiciales donde éste intervenga. Sin embargo en la situación actual no queda adecuadamente salvaguardada.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AGUILERA RODERO, “Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor”, *Actualidad Civil* N°. 12, 2008, pp. 1229 a 1252.

El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad. *Diario la Ley*, n° 7826, Año XXXIII, Ref.D-134, 2012, pp. 1 a 26.

ADROHER BIOSCA, *El marco internacional de protección del menor en el proceso judicial. El menor en el proceso judicial*, Tecnos, Madrid, 2011.

AGUIRRE SEOANE, “De la prueba en los procesos matrimoniales”, *Revista de Derecho Procesal civil y mercantil* N°. 12, 2005, pp. 28 a 44.

ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, “Juntos pero no revueltos: La custodia compartida en el nuevo art 92 del CC”, *Revista para el análisis del Derecho*, Indret 3, 2007, pp. 1 a 23.

ALASCIO CARRASCO, “El síndrome de Alienación Parental, en torno a la sentencia del Juzgado de Manresa de 14.6.2007”, *Revista para el análisis del Derecho*, Indret 1, 2008, pp. 1 a 8.

“La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art.92.8 CC) a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Octubre del 2010, *Revista para el análisis del Derecho*, Indret 2 , 2011, pp. 1 a 25.

ALBADALEJO, *Curso de Derecho Civil. T IV, Derecho de Familia, 9ª*, Bosch, Barcelona, 2002.

Curso de Derecho Civil Tomo IV. Derecho de Familia, 10ª, Edisofer SL, Madrid, 2010.

ALFONSO DE COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, Civitas, Madrid, 1988.

ALGARRA PRATS, “La corrección de los hijos en el derecho español”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* N° 5/ 2010, www.westlaww.es, pp. 1 a 37.

ALONSO CRESPO, *Adopción nacional e internacional: Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*, La Ley, Madrid, 2004.

ANDRÉU MARTÍNEZ, ”Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación?(1)”, *Diario la Ley*, N° 7868. Año XXXIII Ref. D-221., 2012, pp. 9 a 13.

ARANGUENA FANEGO, “La diligencia de exploración del menor en los procedimientos matrimoniales”. *Aspectos civiles y Penales de las crisis matrimoniales*, Cord. Cristina Guiliarte Martín-Calero, Lex Nova, Valladolid, 2009.

“La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales” Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, *Coloquio de la Asociación Internacional de Dº Procesal. Volumen 2º*, Dir. Manuel Pascual Ortells Ramos, Lit, Madrid, 2008.

ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal de los hijos menores*. Universidad Carlos III, Madrid, 1999.

ARTIGAS ROSA, “Profundas decepciones y grandes mentiras en el derecho de familia”, *Revista Lexfamily.es*, www.lexfamily.es, pp. 1 a 9.

ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006.

BARTOLOME TUTOR, “Menores, víctimas de violencia psicológica en situaciones de crisis matrimoniales”, *Revista de Derecho de Familia* N°. 19, 2003, pp.299 a 310.

BLASCO CARRASCO, *Los menores en protección*, Cord. Ruiz Calderón Manuel Serrano, Difusión, Madrid, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Derecho de los Progenitores a la formación religiosa y moral de sus hijos. BIB 2000/ 564, *Aranzadi Civil-Mercantil* N° 8, www.westlaw.es,2000, pp. 1 a 2.

BERROCAL LANZAROT, "La responsabilidad civil de los padres por los actos de sus hijos", *Revista Sepin* N° 10, Madrid, 2009, pp. 1 a 45.

"Custodia compartida, Una alternativa legal en los futuros procesos de separación y divorcio". *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Dir. Carlos Lasarte Alvarez, Uned- Idate, Madrid, 2006.

BO JANÉ y CABALLERO RIBERA, "El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿Sujeto activo en la determinación de su interés?", *Diario la Ley*, Ref. D- 344, tomo 6, 1996. pp. 1 a 26.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, "La declaración testifical de los menores-victimas en el proceso penal.y la Decisión Marco del Consejo de Europa de 15 de marzo del 2011. ", *Diario la Ley* N° 7448, Año XXXI, Ref.D- 238, 2010, pp. 1 a 5

CABEDO MALLOL, *Marco Constitucional de la Protección de Menores*, La Ley, Madrid, 2008.

CAMPUZANO TOMÉ, "La custodia compartida.Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, N° 22, 2005, pp. 2479 a 2512.

CARBONELL BENITO, "El interés del menor; criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Ministerio Fiscal y el Defensor Judicial", *Protección del Menor*, Dir. Antonio Vallés, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

CARDENAL RAFAEL, "Patria potestad", *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*", Tomo I. Parte sustantiva, Cord. Monje Balmaseda, Dykinson, Madrid, 2011.

CASO SEÑAL, “La audiencia del menor en los procedimientos de familia: Guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial”, *Revista Sepin*, Artículo Monográfico, SP/DOCT/4487, www.sepin.es, 2010, pp. 1 a 5.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, 14ª, Reus, Madrid, 1987.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, “La patria potestad”, *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV. Familia, Vol 1º*, Civitas, Madrid, 2002.

CASTILLEJO MANZANARES, *Guarda y Custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Madrid, 2007.

CASTILLO MARTINEZ, “Medidas relativas a los hijos menores de edad: Atribución de la guarda y custodia y régimen de visitas”. *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Cor, Llopis Giner, Fundación Registral, Madrid, 2006.

“La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15 / 2005, de 8 de julio”, *Actualidad Civil Nº 15*, 2007, pp. 1738 a 1760.

“El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, *Revista Sepín*, Artículo Monográfico, SP/DOCT/ 1500, www.sepin.es, 2003, pp. 1 a 18.

CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”. *Tratado de Derecho de Familia Volumen II. Las crisis matrimoniales*. Dir. Izquierdo Tolsada y Cuenca Casas, Aranzadi, Madrid, 2011.

CAZORLA GONZÁLEZ, “La obligación de velar por los hijos tras la supresión de la facultad de corrección en el Código Civil”. *Políticas jurídicas para el menor*, Dir. Sainz Cantero Caparrós, Comares, Granada, 2009.

CERVILLA GARZÓN, “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista de Derecho de Familia*. Nº 44, 2009, pp. 45 a 61.

“Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, Nº 34, 2003, pp. 13 a 56.

CONCEPCIÓN SÁEZ- RODRÍGUEZ, “ El consentimiento en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces”. *Diario la Ley, Sección Doctrina 1997, Ref.D-11. Tomo I. La Ley 218009*, 2001, pp. 1 a 30.

CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS AUXILIARES EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 17, 18 y 19 de febrero del 2010, SP/ DOCT/ 4480.

CONCLUSIONES DEL IV ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y ABOGADOS DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 26, 27, y 28 de Octubre del 2009, [www.icamalaga.es /portaldemalaga](http://www.icamalaga.es/portaldemalaga).

CONCLUSIONES del III ENCUENTRO MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA, celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de Octubre del 2008, www.lexfamily.es.

CORRAL GARCÍA, “La familia monoparental y el interés del menor” *Actualidad Civil*, Nº 22, 2008, pp. 2456 a 2468.

“El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia” BIB 2003/1118, *Aranzadi Civil-Mercantil Nº 11*, www.westlaw.es, 2003, pp. 1 de 16.

CORDÓN MORENO, *Comentarios a la LEC Volumen II. 2ª*, Cords. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza y Isabel Tapia Fernández, Thomson, Navarra, 2011.

CRESPO ALLUÉ, “La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial”. *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Cord. Cristina Guilarte Martín-Calero, Lex Nova, Valladolid, 2009.

CRUZ GALLARDO, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La ley, Madrid, 2012.

DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, “Guarda y custodia compartida: De su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio”. *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Dir. Carlos Lasarte Alvarez, Uned- Idafe- El derecho, Madrid, 2006.

DE LA ROSA CORTINA, “Especialidades en la declaración del testigo menor en la fase de instrucción” *Los menores en el proceso judicial.: La protección del menor frente al derecho a un juicio justo*, Cord. Fuencisla Alcon Yustas, Tecnos, Madrid, 2011.

DE LA OLIVA VAZQUEZ, “El acogimiento del menor en situación de desamparo”. *Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar*, Dir. María del Carmen García Garnica, Thomson, Navarra, 2008.

DE LAMA AYMA ALEJANDRA, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

DELGADO CORDERO, “Reflexiones sobre la conveniencia de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los procesos de familia”. *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XX*, Dir. Carlos Lasarte Alvarez, Uned- Idafe- El derecho, Madrid, 2006.

DELGADO DEL RIO, *La custodia de los hijos. La guarda y custodia compartida: opción preferente*, Thomson, Navarra, 2010.

DE TORRES PEREA, “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Revista para el estudio del Derecho, Indret 4*, 2011, pp.1 a 61.

DÍAZ AMBRONA BARDAJI, “La patria potestad”, *La protección jurídica del Menor. 2ª*, Colex, Valladolid, 2009.

DÍAZ MARTÍNEZ, “Art 96”. *Comentarios al Código Civil. Tomo II*, Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍAZ PICAZO / GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Vol IV*, Tecnos, Madrid, 2006.

Sistema de Derecho Civil, Tomo I, Tecnos, Madrid, 2003.

DIEGO ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español. Vol 1. Parte General, 8ª*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

DÍEZ GARCÍA, *Comentarios al Código Civil. Tomo II*, Dir. Bercovitz Rodríguez Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DOLZ LAGO, “La intervención del Fiscal en materia de menores “, *Revista de la Ley Penal. Nº 18*, 2005, pp. 29 a 35.

DOMÍNGUEZ CASTELLANO, “La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la Ley 15 / 2005 de 8 de julio, en materia de separación y divorcio”, *Revistas Derecho de Familia/2 guarda compartida. Artículo Monográfico, SP/ DOCT/ 2836*, 2012, pp. 1 a 15.

ECHARTE FELIÚ, *La patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000.

ELÍAS ZAMBRANO, “La manipulación de los hijos de padres separados”, *Revista de Abogados de Familia. Nº53. Año XIV*, Madrid, 2009, pp. 1 a 2.

ESCUADERO NAFS, “Informe de la Asociación Española de Neuropsiquiatría”,
www.aen.es

ESPARZA OLCINA, “La guarda compartida”. *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia de 2005*, Cord. Ramón de la Verda y Belmonte, Thomson, Navarra, 2006.

ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.

ESPINOSA CONDE, “Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a”, *Boletín de Derecho de Familia*. N° 97, Enero 2010, pp. 1 a 9.

FÁBREGA RUIZ, “La actuación de los psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales”, *Diario la Ley*. N° 6247, Ref- D- 107,2005, pp. 1 a 20.

“Breves notas sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil,” *Diario la Ley*.N° 5841, Año XXIV, Ref.D- 191, 2003, pp.1 a 8.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El desamparo y la protección de los Menores inmigrantes*, Thomson, Navarra, 2007.

FERNÁNDEZ RAMALLO, “Derecho de visitas de los abuelos versus derecho de visitas de los padres: La incidencia en el menor de la concurrencia del ambos derechos.” *Revista de Abogados de Familia*. N° 52, 2009, pp.5 a 11.

GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo II*, Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA GARNICA, *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad, y la propia imagen*, Thomson, Navarra, 2004.

Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar, Aranzadi, Navarra, 2008.

“El síndrome de alineación parental a la luz del interés superior del menor”. *Derecho Privado y Constitución* .Nº 23, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 201 a 248.

GARCÍA MEDINA, “Crisis matrimoniales y derechos de los menores”. *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Cord. Cristina Guilarte Martín-Calero, Lex Nova, Madrid, 2009

GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

GARCÍA VILARDELL, “El derecho a determinar la formación religiosa y moral de los hijos: reflexiones en torno a su titularidad”. *Protección al Menor*, Dir. Antonio Valles, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

GARRIGA GORINA, “El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta”, *Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, 2008, pp. 1 a 15.

GAVIDIA SÁNCHEZ, *La reforma del matrimonio (Leyes 13, 15/ 2005)*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

GISBERT JORDÁ, “Ley de protección jurídica del menor”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* Nº. 1776, 1996, pp. 2585 a 2840.

GISBERT POMATA, “La preconstitución de la prueba y el testimonio de referencia”, *Los menores en el proceso judicial*, Tecnos, Madrid, 2011.

GODOY MORENO, “La guardia y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, *Revista de Abogados de Familia*, Nº.16, 2006, pp. 2 a 8.

GOIRENA LEKUE, “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”, *Diario la Ley* N° 6823, Año XXVIII, Ref. D- 248, 2007, pp. 1 a 9.

GONZÁLEZ DEL POZO, “El reconocimiento judicial. La audiencia o exploración de menores”. *Los procesos de familia: una visión judicial*, Cord. Hijas Fernandez, Colex, Madrid, 2007.

“Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a”, *Boletín de Derecho de Familia*, N°. 97,2010, pp. 2 a 7.

GONZÁLEZ PILLADO, “El nuevo proceso de familia en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42 / 2003 de 21 de noviembre”. *Actualidad Civil* N° 4, Madrid, 2005, pp. 403 a 413.

GONZÁLEZ VICENTE, “La guarda y custodia compartida tras la Ley 15/ 2005 de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Documento Sepin/ DOCT/ 2600*, www.sepin.es, pp. 1 a 5.

“Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar”, *El Menor y la Familia*, UPCO, Madrid, 1998.

GÓMEZ MAGÁN, “Síndrome de Alienación Parental”, *Revista Derecho de Familia* N° 38, 2008, pp. 63-78.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, “El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial: Análisis jurisprudencial y propuesta de reforma del Código Civil”, *Aspectos Civiles y Penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

“Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio*, (Ley 15/2005, de 8 de julio), Lex Nova, Valladolid, 2005.

“La custodia compartida alternativa”. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”. *Revista para el análisis del Derecho, Indret.* 2, 2008, pp. 1 a 33.

“Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre del 2008”. *Revista para el análisis del Derecho, Indret.*3, 2010, pp. 1 a 23.

GUINEA FERNÁNDEZ, “Conceptos jurídicos indeterminados en la Ley Orgánica 1 / 1996 de Protección Jurídica del Menor”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, “Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil”, *Actualidad Civil N° 2*, 2012, pp. 25 a 49.

HERNANDO RAMOS, “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley, n° 7206, Año XXX, Ref. D-232*, 2009, Pág. 1 a 30.

HERRERAS DE LAS HERAS, “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida”, *Actualidad civil N° 10*, 2011, pp. 1131 a 1146.

IBAÑEZ VALVERDE, “Papel de los profesionales: Situación actual de los equipos técnicos psicosociales de los Juzgados de familia”, Simposium “La guarda y custodia de los hijos”, [www. Google](http://www.Google). Equipos Técnicos Judiciales, 2010 , pp. 1 a 7.

IGLESIAS REDONDO, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996.

IVARS RUIZ, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del código Civil, Aspectos procesales y sustantivos, Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, “La patria potestad”. *Tratado de Derecho de Familia. Volumen VI. Las relaciones paterno filiales (II). La protección penal de la familia*, Dir. Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, Aranzadi, Madrid, 2011.

LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Parte General* ,5ª, Dykinson, Madrid, 2008.

LASARTE ALVAREZ, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, 8ª, Marcial Pons, Madrid, 2009.

LATHORP GÓMEZ, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LAUROBA LACASA, “Comentario a la STS de 8 de octubre del 2009”. Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, N°84, pp.1489 y ss.

LETE ACHIRICA “La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos cónyuges separados o divorciados. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001”, *Actualidad Civil* N° 33, 2001, pp. 1187 a 1198.

LLORENTE PINTOS, “El régimen de visita, la corta edad como impedimento del régimen de visitas.” *Revista de Derecho de Familia*. N° 33, 2006, pp. 23 a 78.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, “Comentario a las recientes resoluciones del Juzgado de Primera Instancia, nº 24, de Familia, de Madrid, sobre atribución de la vivienda familiar y de la guarda y custodia”. *Boletín de Derecho de Familia*, N° 100, 2010, pp. 1 a 5.

LÓPEZ MUÑI-GOÑI, *El proceso matrimonial de común acuerdo. Guía práctica y jurisprudencia* 4ª, Colex, Madrid, 2000.

MACIAS CASTILLO, “Guardia y custodia compartida, deslocalización de los hijos como efecto legal inherente al divorcio”, Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo del 2010”, *Actualidad civil* N° 12, 2010, pp. 1462 a 1466.

MAGAZ SANGRO, “La patria potestad en los pleitos matrimoniales” . El menor y la familia. Conflictos e implicaciones, UPCO, Madrid, 1998.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Problemas que genera la actual regulación de la guardia y custodia compartida en el proceso contencioso”. *Revista de Abogados de Familia* N° 50, 2008, pp. 4 a 11.

MARÍN LÓPEZ, Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho Privado y Constitución* N° 19, 2005, pp.165 a 223.

“La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15 / 2005 de 8 de julio que modifica el régimen de separación y divorcio”. *Derecho Privado y Constitucional* N° 23, 2009, pp. 249 a 283.

MARTÍN CORRAL, “Psicología forense en los juzgados de Familia”. *Tratado de Psicología Forense*, Cord. Urra Javier, Siglo XXI, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “El derecho de visita en la reciente praxis judicial” BIB 1994/92, *Revista Aranzadi-Civil Mercantil vol 1*, www.westlaw.es, 1994, pp. 1 a 14.

“¿ El nacimiento determina la personalidad?. (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)”. *Actualidad Civil* N° 31, 2001, pp. 1087 a 1117.

Curso de Derecho Civil. Volúmen I, Cord. Pedro Pablo Contreras, Colex, Madrid, 2011.

MIRANDA ESTRAMPES, “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales”, *Revista Sepín* N° 40, 2005, pp. 18 a 23.

MIRALLES GONZÁLEZ, “El interés del menor y la privación de la patria potestad”, *Actualidad Civil* N° 2, 2004, pp. 2003 a 2008.

MONTERO AROCA, *El derecho de visita en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Guarda y custodia de los hijos. Aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

MORÁN GONZÁLEZ, “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, *Custodia compartida y protección de menores*, CGPJ, Madrid, 2010.

MORENO QUESADA, *Curso de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia y sucesiones 5ª*, Cord. Sánchez Calero. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

MORENO TORRES-SÁNCHEZ, “La protección jurídica del menor, situación de riesgo, atención inmediata y desamparo”, *Revista Derecho de familia N° 25*, 2004, pp. 21 a 60.

El desamparo de menores, Aranzadi, Navarra, 2005.

MORENO VELASCO, “Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad”, *Diario La Ley. N° 7267*. Año XXX, Ref. D-328, 2008, Pág. 1 de 8.

MORRILLA FERNÁNDEZ, “Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, y patria potestad”. *Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor*, Dir. García Garnica, Aranzadi, Navarra, 2008.

NAVAS NAVARRO, “El interés del menor desde una perspectiva comparada”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luís Díaz -Picazo, Vol 1. Semblanzas. Derecho Civil .Parte General*, Cord. Antonio Cabanillas Sánchez, Civitas, Madrid, 2002.

NIETO ALONSO, “La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud”. *Diario La Ley N° 7041*. Año XXIX, Ref. D-300, 2008, pp. 1 a 52.

NÚÑEZ CASTILLO, “El sistema de protección de menores”. *Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación interdisciplinar*. Dir. M^a del Carmen García Garnica, Thomson, Navarra, 2008.

ORTEGA GUERRERO, “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis matrimonial. Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol2, N°3*, 2002, pp. 87-108.

ORTUÑO MUÑOZ, *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson, Navarra, 2006.

“El dictamen de especialistas como prueba “sui generis” en el Derecho de Familia”, *Revista del Poder Judicial*, N° 37, CGPJ, 1995, pp. 193 a 212.

PARDILLO HERNÁNDEZ, “Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente”, *Diario la Ley*, N° 8104, Año XXXIV, 2013, pp.1 a 21.

PASTOR VITA, “Algunas consideraciones sobre la reforma del CC en materia de separación y divorcio”. *Revista de Derecho de Familia* N° 28, 2005, pp. 25 a 56.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, 1989.

PENALVA CASTAÑO, *Los medios de prueba en la Ley 1 / 2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil y su incidencia en los procesos matrimoniales*, Dykison, Madrid, 2000.

PÉREZ ÁLVAREZ, “La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad”. *Curso de Derecho Civil (IV.) Derecho de Familia 2^a*. Cord. Martínez de Aguirre y Aldaz, Colex, Madrid, 2008.

PÉREZ DAUDÍ, “La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia. (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/ 2009, Sala 2ª de 29 de junio del 2009)”, *Diario la Ley* N° 7320, Año XXXI, Ref.D-14, 2010, pp. 1 a 9.

PÉREZ GALVÁN, “Reformas de la Ley de enjuiciamiento Civil que afectan a los procesos de familia”, *Diario la Ley*, N° 7470, Año XXXI, Ref.D-273, 2010, pp. 1 a 6.

PÉREZ MARTÍN, *El procedimiento contencioso de separación y Divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

Tratado de Derecho de Familia. Tomo I. Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de Hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos, Lex Nova, Valladolid, 2007.

“Patria potestad versus custodia compartida”, *Revista de Derecho de Familia* N° 53, 2011, pp. 3 a 5.

PÉREZ SALAZAR RESANO, “ El ejercicio conjunto de la patria potestad, Propuestas para su desarrollo.”, *Revista Sepin*, SP/ DOCT/ 4010, 2009, pp.1 a 12.

“Patria potestad”, *Tratado de Derecho de Familia*, Cord. Gonzalez Poveda y Gonzalez Vicente, Sepin, Madrid, 2005.

“La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: Los puntos de encuentro Familiar”. *Custodia compartida y protección de menores*. CGPJ, Madrid, 2010.

PÉREZ UREÑA, “El interés del menor y la custodia compartida (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la Revista de Derecho de Familia. N ° 24 de julio del 2004, pág. 221 y 222)”, *Revista Derecho de Familia* N° 26, 2005, pp. 275 a278.

La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones prácticas, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid ,2008.

PLANES MORENO, “Uniones de hecho y relaciones paterno-filiales”. Y “Derecho de alimentos”. *Los procesos de familia: una visión judicial*, Cord. Eduardo Hijas Fernández, Colex, Madrid, 2007.

PLANES MORENO Y GONZALEZ DEL POZO, “Medios de Prueba”. *Los procesos de familia; una visión judicial*, Cord. Eduardo Hijas Fernández, Colex, Madrid, 2007.

PUIG BRUTAU, “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo IV. 2ª, Bosch, Barcelona, 1985.

RABADÁN SÁNCHEZ LA FUENTE, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Thomson, Madrid, 2011.

RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio Legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Familia*, Dikynson, Madrid, 2001.

REYES GALLUR, “Disposiciones generales en los procesos de familia en la nueva LEC”, [www.porticolegal.com / paarticulo.php?ref=173](http://www.porticolegal.com/paarticulo.php?ref=173).

RIVERA FERNÁNDEZ, “Anotaciones a la Ley 1/ 1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”. *Revista General de Derecho Nº 621, año LII*, 1996, pp. 6501 a 6532.

ROCA TRÍAS, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, discurso de contestación a la academia de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. *Revista Jurídica de Cataluña*, volumen 93, Nº 4, 1994, pp. 915 a 992.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “Organización y funcionamiento de los Juzgados de Familia de Madrid”. *Estudios e investigación*, Defensor del menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1998.

ROMERO COLOMA, *La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*, Reus, Madrid, 2011.

“Derecho de visita de los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres”, *Revista de Derecho de Familia* N° 46, 2010, pp. 59 a 72.

RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997.

El interés del menor, Dikynson, Madrid, 2007.

ROGEL VIDÉ, “El cuidado de los hijos separados y el derecho de visita. Comentarios de los artículos 159, 160 y 161 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Cord. Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993.

RUIZ-RICO RUIZ, “Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho de familia*, N° 17, 2002, pp .53 a 86.

RUIZ RICO-RUIZ Y GARCÍA ALGUACIL, *La representación legal de los menores e incapaces*, Thomson, Navarra, 2004.

SÁENZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIAGA, “Los medios de prueba y la práctica de la prueba”. *Procesos de Familia, aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Dykinson, Madrid, 2003.

SALANOVA VILLANUEVA, “Aproximación al derecho de visita”, *Actualidad Civil*, N° 24, 1995, pp. 485 a 517.

“Tutela y protección de menores en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Actualidad Civil* N° 1, 2003, pp. 1945 a 2006.

SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2007.

SAN SEGUNDO MANUEL, “Maltrato y separación: repercusiones en los hijos”. *Derecho de Familia*, Cord. Villagrasa Alcaide, Bosch Barcelona, 2011.

SÁNCHEZ LÓPEZ, “Régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre el progenitor no custodio e hijos menores. Problemas de ejecución”, *Revista de Derecho de Familia* N° 48. 2010, pp. 35 a 58.

SÁNCHEZ JACOB, “El menor maduro”. *Boletín de Pediatría* N° 45, 2005, pp. 156 a 160.

SANTANA PÁEZ, “La patria potestad”, “La guardia y custodia de los hijos menores de edad” y “Régimen de estancias y visitas”. *Procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2007.

SANTOS URBANEJA, ¿Qué significa el interés del menor?, *Revista Derecho de Familia* N° 15, 200, pp. 271 a 274.

SANTOS BRIZ, *Tratado de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2003.

SEISDEDOS MUIÑO, “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15 / 2005.)”, *Aranzadi Civil* N° 22, 2006, pp. 2394 a 2410.

La patria potestad dual, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.

SERRANO ALONSO, *Manual de Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2000.

SERRANO CHAMORRO, “Estudio general del derecho a ser oído del menor tras un año de vigencia de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996”, *Diario la Ley*. 11919, Ref. D-140, tomo 3, 1997, pp.1 a 12.

SERRANO MOLINA, “La patria potestad en el proceso judicial”. *Los menores en el proceso judicial*. Cord Fuencisla Alcon Yustas y Federico de Montalvo Jaaskelainen, Tecnos, Madrid, 2011.

“ La guarda compartida ¿ una regulación necesaria?. *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Dir .Carlos Lasarte. El Derecho Editores y Idadfe, Madrid, 2006.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Los menores en protección*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

SOLETO MUÑOZ, “El interés público en los procesos de familia”. *Revista Derecho de Familia* n° 18, 2003, pp .23 a 54.

TAMAYO HAYA SILVIA, “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista del Derecho de familia* N° 41,2008, pp.35 a 79.

TAMBORERO RAMÓN, “Problemas de comportamiento de los menores ante el divorcio de sus padres”, *Revista Abogados de familia* N° 50, 2008, pp. 13 a 15.

TAMBORERO Y DEL PINO, “Juicio Verbal como cauce para los procesos sobre el matrimonio. Peculiaridades”. *Los procesos matrimoniales (En la Ley 1/ 2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Dykinson, Madrid, 2000.

TAPIA PARREÑO, “La Custodia compartida en la doctrina de las audiencias provinciales.”. *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2009.

TENA PIAZUELO, “Custodia compartida en Aragón (Ley 2/ 2010): ¿niños de primera?”. *Aranzadi Civil-Mercantil Vol 1, N° 1* , 2011, pp. 79 a 102.

TORRERO MUÑOZ, “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”. *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Cord. Llopis Giner, Fundación Registral, Madrid, 2006.

TOVAR ESCUDERO, “Manifestaciones y expresiones de los niños afectados por alienación parental en estudios españoles. Una aproximación cualitativa al síndrome

de alienación parental”. *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, Dir. García Garnica, Aranzadi, Navarra, 2009.

UREÑA MARTÍNEZ, *Malos tratos a menores en el ámbito familiar*, Thomson, Navarra, 2008.

VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994.

“El ministerio Fiscal y el interés del menor”. *El menor y la familia*, UPCO, Madrid, 1998.

VARELA PORTERA, “Separación y divorcio”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J, Madrid, 2005.

VAZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VELA SÁNCHEZ, “ La custodia compartida:¿posibilidad o quimera?. ” *Aspectos Actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, Dir. García Garnica, Thomson, Navarra, 2004.

VERDERA IZQUIERDO, “Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género”, *Revista de Derecho de Familia* N° 47, 2010, pp. 49 a 76.

VILAR ISABEL, “Progenitores no custodios, figura latente”. III Simpósium sobre la guarda y custodia de los hijos. Tenerife 6, y 7 de octubre del 2008, www.familiascanarias.es, pp. 1 a 6.

VIÑAS MAESTRE, “La custodia compartida”, *Revistas Derecho de Familia/ Custodia compartida*, SP/ DOCT / 3601, 2008, pp. 1 a 16.

“Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *Revista para el análisis del Derecho, Indret* 3, 2012, pp. 1 a 55.

VIVAS TESÓN, “La guardia y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial mas reciente. *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Dir. Carlos Lasarte Alvarez, Uned-Idafe- El derecho, Madrid, 2006.

ZARRALUQUI ABOGADOS & LLEDO ABOGADOS, *El nuevo Derecho Matrimonial: Comentarios a las Leyes 13 / 2005 de 1 de julio y 15 / 2005 de 8 de julio*, Cord. Oscar Monje Balmaceda, Dykinson, Madrid, 2007.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona. Tomo II*, Bosch, Barcelona, 2007.

La conflictividad en los Procesos Familiares. Vías Jurídicas para su reducción, Dikynson, 2004, Madrid.

El menor en la legislación actual, el interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio, Cord. Margarita Núñez Canal, Fundación Antonio de Nebrija, 1998.

“La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padre”. *Los hijos menores de edad en situación de crisis matrimonial*. Dykinson, Madrid, 2002.

ZUGASTI AQUIA, “Juzgados de Familia, ¿ Cuando deben de ser escuchados los niños?. Ponencia Jornadas Asociación Projusticia, de la Coruña. 3 y 4 de noviembre de 2007. Hotel Rías altas, www.projusticia.es, pp. 55 a 64.

ZURITA MARTÍN “La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal”, *Actualidad civil N° 32*, 2003.pp. 865 a 883.

“Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales”. *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15 / 2005)*, Cord. Gavidia Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2007.