



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA

Presentado por:

MARIANA SOLEDAD MARTÍN SOSA

Tutelado por:

Esther Muñiz Espada

Valladolid, 05 de junio de 2019

INDICE

1-Introducción: Justificación, objetivos y metodología.....	4
2. La protección del menor en nuestro Ordenamiento Jurídico: El interés superior como concepto jurídico indeterminado.....	6
3. Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria y la protección del Interés Superior del Menor.....	14
3.1 Contenido y novedades introducidas en la materia.....	14
3.1.1. Novedades reguladas en los títulos II Y III del la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.....	15
3.1.2. Novedades introducidas en la Disposición final tercera de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.....	28
3.1.3. Modificaciones introducidas por la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria en el Código Civil, en relación al Interés Superior del menor.....	31
3.1.4. Otras Modificaciones.....	31
4. Nueva L.O 8/2015, de 22 de Julio y Ley Ordinaria 26/2015, de 28 de Julio de 2015 de Modificación del sistema de protección a la Infancia y a la adolescencia.....	32
4.1 Cuestiones generales.....	32
4.2 Modificaciones introducidas y su incidencia en otras Normas de nuestro Ordenamiento Jurídico.....	32
4.2.1 Introducción de nuevas técnicas de valoración del interés superior del menor.....	32
4.2.2 Derecho del menor a ser oído y escuchado.....	33
4.2.3.Derecho de Defensa.....	34
4.2.4 Establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad.....	34
4.2.5 Modificaciones en las Instituciones del Sistema de Protección a la infancia y la adolescencia.....	34
4.2.6 Otras medidas de Intervención y protección del Ministerio Fiscal.....	43

4.2.7 Normas sobre competencia territorial y menores extranjeros.....	47
4.2.8 Otras normas modificadas.....	48
5. Regulación y aplicación del Principio de Interés Superior del menor en distintas circunstancias. Análisis de Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	49
5.1 Interés del menor en situaciones de Adopción, guarda y acogimiento.....	49
5.2. Interés del menor en situaciones de Nulidad, Separación y Divorcio.....	61
5.3 Otros supuestos importantes en los que prima el interés superior del menor.....	88
6. Conclusiones.....	100
7. Relación de Jurisprudencia Citada.....	103
8.Relación de Bibliografía citada.....	108

1. Introducción: justificación, objetivos y metodología.

Teniendo en cuenta el carácter casuístico, imprevisible, amplio, indeterminado y extenso del concepto jurídico del interés superior del menor, el principal objetivo perseguido al realizar éste trabajo es observar las distintas manifestaciones de la aplicación de éste principio en el ámbito familiar, jurídico y administrativo, atendiendo a las distintas situaciones en las que surge, analizando su contenido, su adecuación al resto del Ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional, intentando comprender y encontrarle sentido a soluciones que a simple vista podrían en muchas ocasiones resultar incomprensibles e injustas a la hora de su aplicación a situaciones concretas, pero que, tal y como intentaré demostrar a lo largo de ésta exposición, en la mayoría de los casos encuentra su razón de ser en la necesidad y el deber jurídico de hacer primar el derecho y la protección de los menores ante cualquier otro interés o principio jurídico con el que entre en conflicto.

Como consecuencia de la complejidad y delicadeza de éste asunto, cada caso o circunstancia en la que se aplique éste principio debe ser analizado pormenorizadamente atendiendo a las características y peculiaridades específicas del mismo, intentando de ésta manera conseguir de manera efectiva el objetivo principal que no es otro que el de proteger los derechos e intereses de los menores.

Comenzaré en ésta ocasión haciendo una introducción al tema a tratar acercándonos a aspectos básicos del concepto, así como a sus características diferenciadoras para intentar de ésta manera comprender su alcance e importancia en el ámbito jurídico.

Posteriormente, me adentraré en el estudio pormenorizado de la regulación nacional e internacional de la protección del menor, y asimismo procederé también a analizar las novedades introducidas por distintas modificaciones realizadas recientemente en el ámbito legislativo español en ésta materia.

El aspecto fundamental y central de éste trabajo lo desarrollaré centrándome en el análisis y estudio casuístico, sectorial y pormenorizado de la jurisprudencia y su evolución a lo largo de los últimos años, conociendo cuestiones en las que la aplicación del principio del interés superior del menor suele ser de gran necesidad, importancia y utilidad, tales como los casos de acogimiento, adopción, sustracción internacional, concesión de guarda y custodia

en procesos de nulidad, separación o divorcio, derecho de los abuelos y otros familiares a la visita etc.

Es importante aclarar, y tener en cuenta la importante reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral mediante L.O. 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad («B.O.E.» 6 diciembre), que permite a las personas con discapacidad intelectual ejercer su derecho a voto, normativa que a pesar de influir de manera muy superficial en el tema objeto de este trabajo, es necesario tener presente y referenciar como elemento complementario e interpretativo en aras de lograr un análisis más pormenorizado y completo de las cuestiones a tratar.

En definitiva, podríamos decir que la finalidad principal de éste trabajo no es otro que procurar, mediante la utilización del método exegético, dar una visión lo más amplia, extensa, completa, rigurosa, objetiva y sobre todo certera de la importancia de éste concepto, su configuración, sus límites en la aplicación y la evolución a lo largo del tiempo, situándonos principalmente entre los años 2009 y 2018, para finalmente intentar dilucidar la trascendencia actual del principio de Interés superior del menor, centrándonos y apoyándonos para todo ello como pilar fundamental en el análisis exhaustivo y completo de nuestra jurisprudencia, sin obviar por ello, evidentemente, otras importantes fuentes que nos servirán de guía a la hora de complementar nuestro estudio.

2. La protección del menor en nuestro ordenamiento jurídico: El interés superior como concepto jurídico indeterminado.

Tal y como expresa la Profesora Cristina Guilarte Martin- Calero¹, “La creciente injerencia del poder público en el ámbito de las relaciones familiares ha determinado en los últimos tiempos el desarrollo de lo que se conoce como interés superior del menor, nacido como consecuencia, del reconocimiento del menor como titular de derechos, con su consiguiente capacidad para ejercerlos, de forma gradual en función de su madurez y de su desarrollo”.

Podríamos por lo tanto entender el concepto de Interés superior del menor como un criterio o principio que debe inspirar e influir en todo tipo de actuaciones tanto del ámbito judicial como administrativo en relación con los menores, si bien, tal y como veremos más adelante, es un concepto que deja mucho margen a la interpretación por parte de quienes deben aplicarlo, debiendo estudiar minuciosamente cada caso concreto a tratar dada la complejidad y dificultad de las situaciones que regula.

Hay constantes y muy importantes alusiones al concepto de Interés superior del menor en numerosas normas tanto del ámbito nacional como internacional.

Así, De Bartolomé Cenzano² alude en primer lugar, al art 39.4 de la CE que consagra el derecho de los niños de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Éste artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1996, señalando en su Art 2 que en aplicación de dicha Ley “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, y en su art 3 que “Los menores gozarán de los derechos que les reconocen la constitución y los tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico”.

El Código Civil, por su parte, recoge ésta expresión en numerosos artículos , tales como el 103.1 donde señala que “primará el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto

¹ MARTIN –CALERO GUILARTE, CRISTINA. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Valencia, 2014. pág. 21.*

² DE BARTOLOMÉ CENZANO, JOSE CARLOS. *Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. Revista sobre la infancia y la adolescencia. Valencia, 2012. Pág.50 - 52.*

a la guardia y custodia en caso de falta de acuerdo al establecerse las medidas provisionales en situaciones de nulidad, separación o divorcio”; el art. 137, donde se permite a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación, o el art. 149 donde se limita la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad; el art. 156, en el que regula el ejercicio de la patria potestad; art 161 donde se establece la posibilidad de que se regule o suspenda el derecho de visita por parte de parientes al menor acogido en interés del menor; art. 172.4 estableciendo que en caso de guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia; art 173.3 y 4 en caso de acogimiento; art. 216 y 224 en relación a la tutela, ,entre otros numerosos preceptos.

Por otro lado, el Art 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace primar por encima de todo el interés superior del menor al señalar que “el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, acogimiento o su cesación resultaran beneficiosos para el menor”.

En la comunidad valenciana, el Decreto 93/2001 establece que “[...] debe anteponerse el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir”(Art 5.1.a).

Situándonos en el ámbito internacional, se adopta también el interés superior del menor como criterio de actuación en diversos e importantes textos tales como la convención sobre los derechos del niño, adoptada por la asamblea general de la ONU el 20 de Noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, en donde se establece que “ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración especial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño”(Art 3.1).

Asimismo, dicho principio se reitera en el art. 9.1 de dicha Convención en donde establece la prohibición de que el niño sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria por el interés superior del menor; o en relación a la adopción en su Art 21 donde señala que “Los estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el parlamento europeo el 15 de Noviembre de 2000 establece en su art. 24 que “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o las instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

Tal y como se ha podido comprobar, el interés superior del menor se encuentra reconocido y regulado en numerosos y muy importantes textos tanto nacionales como internacionales, otorgando así una amplia protección jurídica a los sujetos destinatarios de dichas normas. Sin embargo, el debate gira ahora y como consecuencia de la abstracción y variabilidad de éste concepto, en torno a determinar qué es exactamente el interés superior del menor, cuál es el ámbito de actuación de éste principio, y a que parámetros deben atender los encargados de aplicarlo en cada situación particular, para lograr así dar una solución acertada y eficaz que cumpla con los objetivos previstos en cada una de las normas del Ordenamiento Jurídico Nacional e Internacional.

Resumiendo, el problema radica básicamente en que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, y como tal, se hace necesario solicitar la asistencia de otros medios auxiliares y complementarios de interpretación para su concreción en cada caso concreto y posterior aplicación.

Como hemos dicho, resulta una tarea casi imposible por parte del legislador conocer y prever con exactitud todas las circunstancias en las que puede tener cabida la aplicación de éste concepto, por lo que se deja al arbitrio del operador correspondiente la interpretación más adecuada del mismo, atendiendo y ponderando los distintos intereses en conflicto que, como hemos dicho, varían dependiendo del caso a tratar.³

³ Es importante dejar claro en éste sentido, tal y como lo expresa MORENO TORRES-SANCHEZ, JULIETA en *Modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia – Guía para profesionales y agentes Sociales*. Madrid, 2015, pág. 27, que con la publicación de la Ley 26/2015, de 28 de julio y la L.O 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, se ha regulado por primera vez una técnica para valorar el interés superior del menor,(ISM) imponiendo la obligación de todos los operadores jurídicos e instituciones públicas de valorarlos en todas las decisiones que adopten, motivándolo en los distintos informes técnicos, decisiones y resoluciones que se dicten.

Partiendo de ésta premisa, Bartolomé Cenzano⁴ destaca por un lado, de manera favorable, el hecho de la delegación por parte del legislador al operador correspondiente para que éste adopte y aplique de manera discrecional y flexible éste principio teniendo en cuenta las especiales características derivadas de la amplia casuística existente al respecto.

Sin embargo, dicho autor sostiene por otro lado que la aparente ventaja antes mencionada se traduce paradójicamente, según Bartolomé Cenzano, en una importante desventaja cual es la subjetividad de las soluciones otorgadas a las situaciones que se presentan, dando paso a los que muchos consideran una importante inseguridad jurídica en un ámbito especialmente sensible y necesitado de protección como es el de los derechos de los menores.

Es por ello, que se estima por la doctrina y la jurisprudencia , entre ellos Bartolomé Cenzano, que la manera más eficaz de dar una solución a éste problema es mediante la utilización, como medio complementario de interpretación, “[...] de testimonios que los progenitores deducen con ayuda de razonamientos lógicos y de criterios jurídicos muy variados, además de conocimiento y experiencia que se obtienen durante el desarrollo de la litis” añadiendo que “Para que la magistratura determine el interés del menor en un caso concreto de la manera más objetiva posible se deberá recurrir a disciplinas auxiliares tales como la psicología infantil, sociología, criminología etc. y ello sin perder de vista nunca el marco jurídico que delimita los criterios de ponderación”.

Por otro lado, se han desarrollado por la doctrina científica y la jurisprudencia una serie de criterios para averiguar racionalmente en qué consiste el interés superior del menor para luego aplicarlo a cada caso concreto. Así, según la magistrada Rosa María de Castro Martín⁵, podemos encontrar los siguientes:

- 1.- Deseos y sentimientos del niño, considerados a la luz de su edad y discernimiento, siempre que no se halle mediatizado o presionado, oyendo directamente a éste u obtenido por medio de expertos.
- 2.- Sus necesidades físicas (alojamiento, alimentación y vestido), educativas y emocionales.

⁴ BARTOLOME CENZANO, JOSE CARLOS. *Sobre la Interpretación del Interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español*. Revista sobre la Infancia y la adolescencia, Valencia, 2012, pág. 52

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

3.- El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor (cambio de residencia, estudios, amigos y personas con las que se relaciona).

4.- Su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica relevante.

5.- Daños sufridos o riesgo de sufrirlo (maltrato, abusos sexuales, peligros para la salud o el desarrollo).

6.- Capacidad de los progenitores o cuidadores para satisfacer sus necesidades.

Tal y como establece la sentencia 176/2008 de 22 de Diciembre del Tribunal Constitucional, “[...] en materia de relaciones paterno filiales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable”.

Asimismo, es también ampliamente considerada la tesis de que acudir a nuestra Constitución es una actuación acertada e increíblemente útil por no decir necesaria y casi obligatoria ya que su aplicación directa al caso concreto daría con la solución adecuada para el caso en cuestión, teniendo en cuenta los derechos, valores y principios que allí se establecen.

Si vamos más allá, la doctrina considera que se pueden salvar los problemas interpretativos de los derechos y sus límites (todo ello en orden a dilucidar el concepto de interés jurídico del menor) acudiendo al Art 10.1 de la Constitución que establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Por su parte, el apartado 2 explica que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos Internacionales sobre las materias ratificadas por España”.

De igual manera es entendido por BARTOLOMÉ CENZANO,⁶ quien además considera que éste precepto cumple una triple función:

⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO, JOSE CARLOS. *Sobre la Interpretación del Interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español*. *Revista sobre la Infancia y la adolescencia*, Valencia, 2012, pág. 54-55

1) Legitimación del orden político en sí mismo y del ejercicio de todos los poderes públicos, ya que solo será legítimo el orden político cuando respete y tutele la dignidad de todas y cada una de las personas radicadas en su ámbito, su derecho inviolable y el libre desarrollo de su personalidad, asegure el imperio de la ley y coordine el recto uso de todos esos derechos.

2) función promocional: Como consecuencia del dinamismo de la dignidad de la persona y centrándonos en el Art 10.1 referido al libre desarrollo de la personalidad, el concepto de interés superior del menor debe tender a preservar la íntegra dignidad y a garantizar todos y cada uno de los derechos fundamentales, para de ésta manera, proteger el desarrollo de la personalidad del menor.

3) función hermenéutica: Se debe interpretar éste precepto, tanto con sujeción a los valores y principios definidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional, como desde una perspectiva internacional en el caso de que se trate de derechos fundamentales y libertades públicas acudiendo a la normativa internacional en la materia, concretamente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales en la materia ratificados por España.

Por otro lado, tal y como ha expresado entre otros, Alonso García, E⁷“la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional utiliza de manera creciente y da un valor cada vez más importante al Criterio de la Razonabilidad⁸ para complementar el contenido del Art 10 de la CE y para la interpretación de los Derechos Fundamentales en general utilizándose sobre todo para resolver problemas de límites y su adecuada aplicación, criterio que resulta muy útil para la delimitación del concepto de interés superior del menor”.

Éste valioso instrumento de interpretación se aprecia en una reiterada Jurisprudencia.⁹

Así, en la STC 221/2002, de 25 de Noviembre de 2002, se señala que “Como hemos sostenido en la STC 5/2002 de 14 de Enero, cuando un órgano Judicial adopta una

⁷ ALONSO GARCÍA, E, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984. Pág. 65

⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO, JOSÉ CARLOS, *Sobre la Interpretación del Interés Superior del Menor y su trascendencia en el Derecho positivo Español*, *Revista sobre la Infancia y la adolescencia*, Valencia, 2012. Pag. 57- 58.

⁹ Completo estudio de la Jurisprudencia del TC en ésta y otras materias, en MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. *Libertades públicas, jurisprudencia constitucional* (Vol. I y II), Valencia, 1993.

decisión que pueda afectar a derechos fundamentales o libertades públicas de una persona, no basta con que adopte dicha decisión de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido de derecho y libertad que puede verse afectado por dicha resolución, y una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado; decisión además, que como se afirma en la STC 25/2000, de 31 de Enero, al referirse a una pretendida lesión de un derechos fundamental, debe expresar el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso para así hacer efectiva la exigencia de proporcionalidad.”.

También se recurrió al criterio de la razonabilidad en la sentencia del caso Hoffmann contra Austria de 23 de Junio de 1993 diciendo que “[...] en el goce de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, el Art 14 prohíbe tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones comparables”.¹⁰

Tal y como vemos en éste caso, el recurso a éste criterio ha sido muy importante a la hora de delimitar el significado y contenido de la igualdad.

De la jurisprudencia se desprenden, tal y como alega Jimena Quesada¹¹, unos elementos comunes en relación a éste importante principio de la razonabilidad: “De un lado la justificación objetiva y razonable, la finalidad legítima y la proporcionalidad, todos ellos conceptos jurídicos indeterminados que permitirán a los órganos titulares del Convenio actuar con mayor o menor margen de discrecionalidad y en donde las circunstancias y cánones históricos del momento desempeñaran un papel decisivo. A tal efecto, solo las referencias a casos concretos permitirán conocer ejemplos de determinación de la actuación discrecional. De otro lado, la idea de justicia se vislumbra en la referencia a los principios prevalentes en las sociedades democráticas”.

ATIENZA, MANUEL,¹² por su parte ha establecido 3 requisitos para delimitar la noción de razonabilidad:

¹⁰ Véase al respecto, STS 18 de diciembre de 1981, STC 5/2002 de 14 de enero, STC 25/2000, de 31 de Enero, STC 123/97, de 1 de Julio, entre otras.

¹¹ JIMENA QUESADA, L. *“La Europa Social y Democrática de Derecho”*, Madrid, 1997. Pág 98

¹² ATIENZA MANUEL, M. *Para una razonable definición de lo razonable, en Doxa*, 1978. Pág. 189 - 200.

- Que se recurra al concepto sólo cuando no sea aceptable o no se pueda adoptar una decisión estrictamente racional.¹³
- Que se trate de lograr un equilibrio entre exigencias contrapuestas que han de ser consideradas necesariamente en la decisión.
- Que sea aceptable por la comunidad.

En última instancia, otro criterio muy importante a tener en cuenta a la hora de delimitar la aplicación del concepto de interés superior del menor en particular es, tal y como lo expresa Bartolomé Cenzano, el de **proporcionalidad**.

En el “Libro verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información”¹⁴, se presenta un análisis de la situación en la UE, tanto en lo relativo al derecho comunitario, como en lo concerniente a la cooperación en el marco de la justicia y los asuntos de interior. Allí se expresa que” la libre prestación de servicios es una de las cuatro libertades fundamentales que garantiza el Tratado y que pueden aplicarse algunas restricciones por razones primordiales de interés público, como la protección de los menores y la dignidad humana, pero dichas restricciones están sujetas a la prueba de la proporcionalidad”.

En fin, podemos decir que el Interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado que es, debe ser analizado en profundidad en cada caso concreto que se esté tratando, pudiendo acudir para ello a los numerosos medios auxiliares antes mencionados, a otras disciplinas, utilizando el sentido común, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ponderando éste concepto con otros intereses legítimos en juego, pero sobre todo apoyándose en la norma básica de nuestro Ordenamiento Jurídico, es decir, nuestra Constitución Española, cuya aplicación directa sirve sin lugar a dudas para dilucidar

¹³ JIMENA QUESADA, L en *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid, 1997. Pág 99 advierte al respecto que “[...] resulta obvio que la pura racionalidad es una cuestión de procedimiento, pero ello no significa que deba convertirse en ritualista, por ello no deberá utilizarse en los casos que la aplicación más estricta de la racionalidad guie hacia una decisión jurídica con resultados inaceptables [...]”.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Noviembre de 1996, en donde, tal y como se explica en su descripción pide a los estados miembros que intensifiquen la cooperación en distintos ámbitos para evitar el uso indebido de los medios de comunicación y de información [...] compatibilizando la libertad de expresión y de información con la defensa de la dignidad humana y la protección de los menores de edad.”

y delimitar éste concepto logrando así dar solución de la manera más eficaz y eficiente posible al caso específico que nos ocupa.

3. Nueva Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria en relación a la protección del Interés Superior del menor: Avances y retrocesos en la materia.

3.1. Contenido y novedades introducidas.

El 3 de Julio de 2015 se publica en el BOE nº 158, la Ley 15/2015 de 2 de Julio, de Jurisdicción voluntaria. Se responde así a una necesidad de “[...] modernización del sistema positivo de tutela del Derecho Privado iniciado hace ahora más de una década. La disposición Final Decimoctava de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil encomendaba al gobierno la remisión a las cortes generales de un proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, una previsión legal vinculada con la construcción de un sistema procesal avanzado y homologable al existente en otros países”.¹⁵

Ésta nueva ley , no solo se limita a regular los expedientes de Jurisdicción voluntaria, sino que también aprovecha para reformar otras tantas normas y derogar, casi de manera absoluta la LEC de 1881.

Los aspectos novedosos más importantes a destacar están relacionados básicamente por un lado con la reducción del ámbito de lo que se considera Jurisdicción voluntaria (se excluyen de su ámbito numerosos expedientes que habían quedado obsoletos, de la materia concerniente al retorno de menores en casos de sustracción internacional, que pasan a regularse en la LEC , así como también de los procedimientos relativos a la esterilización de incapaces, que habrá de hacerse en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior), y por otro lado, con la modernización de éste sector del ordenamiento jurídico.¹⁶

Asimismo, otra de las novedades introducidas es, tal y como se expresa en su propia Exposición de motivos “la atribución del conocimiento de un número significativo de asuntos que antes se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a otros operadores jurídicos no investidos de la potestad jurisdiccional, esto es Secretarios Judiciales,

¹⁵Exposición Motivos Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

¹⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2015, Sobre la Intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

actualmente denominados Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles”.

Consecuentemente, según lo expresado en el Art. 2.3 Ley de 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria “Cuando no venga atribuida la competencia a ninguno de ellos, el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como los que afecten a los derechos de los menores o de las personas con capacidad modificada judicialmente. El resto de expedientes serán resueltos por el Secretario Judicial”.

Finalmente, un precepto de interés en ésta materia es el art.4 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria en la que se establece que “El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de las persona o esté comprometido el interés de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente y en aquellos casos en que la ley expresamente lo declare [...]”.

Centrándonos ahora en lo que nos interesa, a continuación procederemos a analizar detalladamente las novedades y modificaciones introducidas por ésta Ley en relación a la protección del menor y su interés superior.

3.1.1 Novedades reguladas en los Títulos II Y III de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.

Empezaremos por lo tanto analizando la regulación de los Títulos II Y III de la Ley 15/2015 de 2 de Junio que se refieren a las modificaciones introducidas en relación a la habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial por el menor, la emancipación y beneficio de la mayor edad, derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, intervención judicial en relación con la patria potestad, la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad y las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor , en los casos de desacuerdo conyugal, con especial atención al tratamiento que la nueva ley hace de los menores, de las principales novedades en la tramitación de los expedientes.

A continuación pasaremos a analizar de manera detallada cada uno de éstos extremos.

a) Audiencia de los menores

Con el fin de dar una protección más reforzada a los menores que están inmersos en procedimientos judiciales se han producido a lo largo de los últimos tiempos una serie de importantes reformas legislativas en éste sentido, tales como las introducidas por la Convención de Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 en donde consagra en su Art 12 el derecho de todo niño que “[...] esté en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en los asuntos que le conciernen[...], o por la LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor que en su art. 9 obliga a padres, educadores, cuidadores y jueces a oír al menor, “quien podrá solicitarlo por sí mismo o a través de persona que designe para que lo represente”, o la LO 8/2015, de 22 de Julio, de protección a la Infancia y a la adolescencia donde se establece que “[...] las comparecencias y audiencias al menor tendrán carácter preferente, debiendo evitar el órgano judicial toda demora injustificada”.

La LOPJM, a raíz de las modificaciones introducidas por la L.O 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, consta de un apartado adicional en el Art 10.2 en el que se establece que “El menor ,para la defensa y garantía de sus derechos, puede solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores”.

A la corriente anterior se suma ahora la Ley de Jurisdicción Voluntaria ya que en su Art 18.4 explica cómo ha de realizarse la audiencia de los menores, debiendo ser “adecuada a su situación, sirviéndose si fuese necesario de profesionales o expertos, preservando su intimidad, utilizando un lenguaje comprensible, accesible y adaptado según la edad del menor y sus circunstancias particulares, debiendo asimismo ser informado en todo momento de cualquier resolución que se adopte”.

No se trata sin embargo y al contrario de lo que podría llegar a pensarse de un derecho absoluto, ya que, tal y como lo manifiesta la Circular 9/2015, el mismo podrá ser denegado pero siempre en resolución motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y sus representantes, cuando se estime que la audiencia puede ser perjudicial.

b) Habilitación para comparecer en Juicio y nombramiento del Defensor Judicial.

En éste sentido, la LJV en sus Art 27 a 32 se limita por un lado, prácticamente a reproducir los Art 299 a 302 del CC, que regula la figura del defensor judicial, figura que ya venía

siendo materia de jurisdicción voluntaria, ya que en la Lec de 1885 se regulaba el curador para pleitos y las habilitaciones para comparecer en juicio, disposiciones que se mantuvieron en la LEC de 1881 y preveían el nombramiento de curador para aquellos menores de 25 años o incapacitados que no estuvieran bajo la patria potestad, no tuvieran tutor o curador, o cuando sus padres, tutores o curadores no pudieran representarlos en juicio o se negaran a ello.

El Art 27 de la LJV introduce una importante y positiva novedad en la regulación ya existente al establecer detalladamente los supuestos en los que se nombrará defensor judicial al menor o persona con capacidad judicialmente modificada o por modificar. Éstos supuestos son: “[...] a) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o personas con capacidad modificada judicialmente y sus representantes legales o su curador, salvo que con el otro progenitor o tutor, si hubiere patria potestad o tutela conjunta, no haya tal conflicto), b) Cuando por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo), c) Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.”

Debemos tener en cuenta, tal y como lo expresa el art 7de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que “ la habilitación para comparecer en juicio es un medio con el que se pretende suplir la capacidad procesal, dado que solo podrán comparecer en juicio aquellos que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y las personas físicas que no se hallen en ese caso habrán de comparecer mediante la representación exigida, o con la asistencia, autorización, habilitación o defensor judicial exigidos”.

Los menores emancipados pueden comparecer en juicio por sí solos y en relación con las personas con capacidad modificada ésta posibilidad dependerá de lo que establezca la sentencia en el caso concreto de que se trate.

Por su parte, el Art 27.2 de la LJV establece que “También se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda la habilitación y ulterior nombramiento de defensor judicial. Se instará la habilitación cuando el menor no emancipado o la persona con capacidad modificada judicialmente, siendo demandado o siguiéndosele gran perjuicio de no promover la demanda, se encuentre en alguno de los

casos siguientes: a) Hallarse los progenitores, tutor o curador ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso, b) Negarse ambos progenitores, tutor o curador a representar o asistir en juicio al menor o persona con capacidad modificada judicialmente, c) Hallarse los progenitores, tutor o curador en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio.”

En este caso, es interesante destacar que se ha añadido la referencia a los tutores y curadores, ya que en la redacción de la LEC de 1981 solo se hablaba de progenitores. De la misma manera, se ha incluido la mención a las personas con capacidad modificada judicialmente, añadiéndose así, a la referencia que se hacía en la regulación anterior de los hijos no emancipados.

Por último, es de destacar que el último supuesto (supuesto c) es de nueva redacción.

Asimismo, el Art. 27.3 establece que “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se nombrará defensor judicial al menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin necesidad de habilitación previa, para litigar contra sus progenitores, tutor o curador, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se hallare legitimado para ello o para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para modificar judicialmente su capacidad. No procederá la solicitud si el otro progenitor o tutor, si lo hubiere, no tuviera un interés opuesto al menor o persona con capacidad modificada judicialmente”.

Por otro lado, la Disposición final undécima de la LJV obliga a los notarios, en los expedientes en materia de sucesiones, a comunicar al Ministerio Fiscal aquellos asuntos en los que el interesado menor o con capacidad modificada judicialmente carezca de representante legal para que se le nombre defensor judicial.

Conocerán de éstos expedientes el letrado de la administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del menor o persona con capacidad judicialmente modificada, o en su caso, al del Juzgado de Primera instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento del defensor judicial.

Tal y como expresa el Art 28.2 y 3, el expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o persona con capacidad modificada

judicialmente o cualquier otra persona que actúe en interés de éste, no siendo necesaria en ningún caso la intervención de abogado ni procurador-

El Art 29 LJV por su parte, regula la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de la acción cuyo ejercicio motivó el nombramiento del defensor judicial, estableciendo que “Desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate.

En el caso de que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial”.

En éste sentido, María Pieltain Cegarra¹⁷, perteneciente a la fiscalía provincial de Madrid, entendió que “la representación del Fiscal tiene carácter subsidiario respecto de las restantes personas que tienen una especial relación con el menor o persona con capacidad modificada judicialmente, ya que éstas pueden ejercer ésta labor de una manera más eficiente”.

El Art 32 LJV por su parte se limita a reproducir lo establecido en los Art 301 y 302 del CC, señalando que se aplicarán al defensor judicial las normas establecidas para la formación de inventario, excusa, remoción de los tutores y rendición de cuentas a la finalización de su gestión.

c) Concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayor edad.

Las figuras de la emancipación y la del beneficio de la mayor edad, antes de la presente Ley de Jurisdicción voluntaria solo estaban reguladas en los Art 320 y 321 del CC, sin encontrarse mención alguna a ella en la LEC 1981.

Así, de acuerdo al Art 320 CC, “El juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de 16 años si éstos la pidieran y previa audiencia de los padres: 1º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor- 2ª Cuando los padres vivieren separados-3º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

¹⁷P IELTAIN CEGARRA, MARÍA. *Protección de menores en la Ley de jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2015. Pág. 9.

El Art 321 por su parte dice que “podrá el juez previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de 16 años que lo solicitare”. Curiosamente en éste caso, el Código no establece las causas por las que se puede solicitar éste beneficio.

En ambos casos, están afectados por las limitaciones del Art 323 del Cc, que son las de “[...] tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, sin el de su curador”.

Las dos situaciones antes mencionadas se encuentran reguladas ahora en el Art 53 LJV, donde además de reproducir las causas de los Art 320 y 321 CC se atribuye la competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio del menor, estableciéndose por otra parte en el Art 54 LJV que el expediente se iniciará por solicitud del menor mayor de 16 años, con asistencia de alguno de sus progenitores no privados de la patria potestad o del tutor, y en caso de no estar asistido, se nombrará defensor judicial para instarlo, asumiendo mientras tanto, la representación y defensa el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, la LJV en su Art 54.2 exige la presentación, junto a la solicitud, de los documentos que acrediten la causa exigida y la proposición de prueba que se considere oportuna: (“A la solicitud se acompañarán, **en su caso**, los documentos que acrediten la concurrencia de la causa exigida por el Código Civil para instar la emancipación o beneficio de mayoría de edad, así como la proposición de prueba que considere pertinente.”)

El Consejo del Poder Judicial, en el Informe sobre el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁸, recomendó que se revisara la previsión de que se acompañaran los documentos que acrediten la causa y la realización de las pruebas pertinentes porque entendían, por un lado, que ambas instituciones si bien tenían analogías eran diferentes, ya que el beneficio de la mayor edad no exigía la concurrencia de causas, a diferencia de la emancipación en la que sí era preceptiva, y por otro lado, en el caso de la emancipación consideraba que no era pertinente requerir obligatoriamente la aportación de tales documentos porque en muchos casos pueden tratarse de situaciones que no tengan soporte documental alguno como por ejemplo, una causa que entorpezca gravemente el ejercicio de

¹⁸ Informe Legislativo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de Febrero de 2014.

la patria potestad. Por ello, el texto definitivo estipula que la presentación de tales documentos y pruebas se presentarán “en su caso”.

Acudiendo al art. 55 LJV, vemos que los interesados son los progenitores en el caso de la emancipación y los tutores en el caso del beneficio de la mayor edad, si bien la ley no limita el número de otros posibles interesados.

Será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal cuando se cumplan las condiciones establecidas en el art. 54 y 55.1 de la LJV (“cuando el menor no pueda ser asistido de sus progenitores o tutor y se le deba nombrar un defensor judicial”, y “cuando el Ministerio Fiscal esté interesado en el acto de comparecencia del menor ante el Juez”), y cuando no se establezca expresamente, se deducirá del art. 4 LJV, que prevé la Intervención del Ministerio Fiscal “cuando afecten al estado Civil o condición de las personas o esté comprometido el interés de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente y en aquellos casos en los que la Ley expresamente lo declare”.

Según lo expresado por la Circular 9/2015¹⁹, “[...] la concesión de la emancipación o del beneficio de la mayor edad no forma parte de las medidas de protección establecidas en el art. 158 del Cc, donde se establecen una serie de circunstancias en las que el Ministerio Fiscal podrá instar de oficio medidas que considere oportunas al fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”. Por lo tanto, en estos casos el Ministerio Fiscal no podrá actuar de oficio, pero nada impide a que dé traslado de la petición del menor al Juzgado.²⁰

Para finalizar, no podemos olvidarnos en éste sentido de la modificación que se ha introducido en el art 314 CC y 48 CC en los que se suprimen respectivamente la posibilidad de emanciparse por causa de matrimonio (única emancipación que podía realizarse con una

¹⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2015, Sobre la Intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

²⁰ Según la Circular 9/2015 de la fiscalía General del estado, “[...] el beneficio de la mayor edad, en la medida en que es causa de extinción de la tutela, impone al Ministerio Fiscal una actuación todavía más activa, particularmente cuando se utiliza para evitar la acción protectora de la administración en los supuestos de desamparo”. Afirmo además, que “[...] la posición del Fiscal no puede quedar comprometida por la comunicación que (el Fiscal) realice al Juzgado poniendo en conocimiento el deseo del menor de emanciparse. La decisión de fondo, debe adoptarse conforme a la concreta situación del menor.

edad inferior a 16 años) , y la posibilidad de dispensar el impedimento de la edad, lo que tiene como consecuencia que ya no serán posibles los matrimonios de personas menores de 16 años, teniendo en cuenta que el art 46.1 Cc prohíbe el matrimonio a los menores de edad que no estuvieran emancipados.

Tal y como expresa Almudena Carrión Vidal, “la supresión de ésta norma, ha sido aceptada de buen grado por parte de la doctrina alegando numerosas razones, entre las que se encuentran la inadecuación de la edad de 14 años para contraer matrimonio y asumir los derechos y obligaciones que ello implica y la falta de consonancia de la situación de crisis económica existente con la permisividad legislativa de un matrimonio a una edad tan temprana”.²¹

d) El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente.

Las garantías reforzadas otorgadas por el art. 4 de la L.O 1/1996 de protección jurídica del menor establece que “tendrá la consideración de Intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.”²²

Sin embargo, 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 cuando afecten a menores, no considera intromisiones ilegítimas aquellas actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competentes de acuerdo con la Ley ,cuando predomine un interés histórico, científico, cultural relevante, estableciendo en su Art 3 que” los menores o personas con capacidad judicialmente modificada podrán prestar consentimiento por ellos mismos

²¹ CARRION VIDAL, ALMUDENA. *Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio tras la modificación del Código Civil por la Ley 15/2015* .Blog actualidad jurídica Iberoamericana.

²² En éste mismo sentido, la Instrucción 2/2006 de la FGE sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y propia imagen de los Menores, expresa que “el tratamiento informativo del menor debe inspirarse en el principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen”, y que “en la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente el superior interés del menor, que además,[...] debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

cuando sus condiciones de madurez lo permitan. Si tal condición no se diera habrá de otorgarse por escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si el Ministerio Fiscal se opusiere en el plazo de 8 días, resolverá el Juez²³.”

Este procedimiento se encuentra recogido en los arts. 59 y 60 LJV.

Ésto ocurrirá solo cuando las condiciones de madurez del menor no se den y por lo tanto, el representante legal haya de otorgar el consentimiento por escrito, ya que tal como hemos visto, la LO 1/1982 en su Art 3 nos dice que “los menores o personas con capacidad judicialmente modificada podrán prestar consentimiento por ellos mismos cuando sus condiciones de madurez lo permitan”.

Por otro lado, tal y como expresa Pieltain Cegarra²⁴, podríamos preguntarnos si se podría acudir a un procedimiento contencioso en caso de no estar de acuerdo con lo dictaminado por el Juez en el expediente.

En principio, y teniendo en cuenta la regla general del art. 19.4 LJV en donde se expresa que “La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria”, podría entenderse que sí, pero dadas las características especiales del caso en concreto en donde el juez ya ha dirimido una controversia estaríamos ante un supuesto dudoso de aplicabilidad del art 19.4 LJV.

Tiene lógica en éstas circunstancias que no se prevea la audiencia del menor, y ello es así, porque éste procedimiento se aplica solo cuando el menor no reúna las condiciones de madurez y capacidad exigidas, por lo que si las tuviera no tendría sentido la aplicación del mismo.

La instrucción 2/2006 de la FGE²⁵, expresa que “[...] el tratamiento informativo del menor debe inspirarse en el principio general de protección reforzada de sus derechos de

²³ Ya antes de la nueva LJV, la doctrina mayoritaria aceptaba que la previa notificación al Ministerio Fiscal se trataba de un requisito de validez del consentimiento del representante legal, pero no una autorización judicial como lo es en la actualidad.

²⁴ PIELTAIN CEGARRA, MARÍA. *Protección de menores en la Ley de jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2015, Pág.11

intimidad y propia imagen y en la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse en cuenta el Interés Superior del menor, que además debe primar, conforme al Art 2 LOPJM, sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Ésta instrucción exige la intervención del Ministerio Fiscal en otros supuestos tales como los de “ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, o que sin estar declarados en desamparo son tratados por sus padres de manera inadecuada, de menores sin representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales”. También deberá actuar cuando proceda, aunque el menor esté representado por sus padres en los casos en los que esa inmisión se produzca a través de un medio de comunicación.²⁶

Sin embargo, el fiscal actuará de manera autónoma cuando el menor tenga a sus progenitores en pleno uso de sus facultades y aun así se opongan a que se interpongan acciones en defensa de los intereses del mismo.

En éste sentido se deben ponderar ciertas circunstancias tales como dilucidar si las condiciones del caso concreto integran realmente una difusión contraria al interés del menor, en orden a decidir si proceden entablar acciones legales al amparo del art 4 LOPJM.²⁷

Por último es importante destacar que éste expediente se resolverá por Auto y según lo establecido por la LJV en su art. 60.4, contra el mismo cabe recurso de Apelación, que en este caso, como excepción, tendrá efectos suspensivos.

²⁵ Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre el Fiscal y la protección al derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

²⁶ Véase en éste sentido, tratamiento específico de los alguno colectivos tales como menores víctimas de delitos, menores infractores, menores con notoriedad pública y menores hijos de famosos en PIELTAIN CEGARRA, MARÍA. *Protección de menores en la Ley de jurisdicción voluntaria*, Madrid, 2015. Pág. 18-19.

²⁷ Véase STS 1120/2008, de 19 de Noviembre, en la que se establece que “[...] no procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la emisión de programas o la publicación de fotografías, en los que aparezcan menores en actividades con dimensión pública, tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas, etc., siempre que las circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos”.

e) *Intervención Judicial en casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.*

El Art 156 del Código Civil contenía hasta el momento la única regulación del procedimiento a seguir en los casos de desacuerdo en relación al ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores.

Así, este art. establece que “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. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Ésta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”

Ésta materia con la nueva LJV tiene ahora un encuadre específico en el Art. 86 de la misma.

Por otro lado, también establece que en caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

En éste sentido, llama la atención, tal y como deduce Pieltain Cegarra²⁸, por un lado, que se otorga al Juez la potestad para atribuir a uno de los progenitores la facultad de decidir la opción que a su juicio sea más beneficioso para el interés del menor, por lo tanto, no será el juez quien tome dicha decisión , así se deriva también del Art 88 de la LJV (“Si el Juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse de la custodia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en los artículos 158 y 167 del Código Civil, y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial o un administrador”); por otro lado, cabe destacar que es una medida temporal, que en derecho común no puede superar los dos

²⁸ PIELTAIN CEGARRA, MARÍA. *Protección de menores en la ley de jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2015. Pág. 21- 23.

años, aunque el plazo varía según las legislaciones autonómicas (por ej. Aragón deja a discreción del Juez la concreción del límite).

Todo ello se encuentra regulado ahora en los Art 85 a 89, dentro de los Procedimientos en materia de familia.

Así, el Art. 85 se limita a describir la tramitación general para los diferentes expedientes regulados en dicho capítulo.

Ya en el Art 86 LJV, entrando en la materia, se establece que serán de aplicación éstas disposiciones cuando falte el acuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. Además se aplicarán cuando legalmente esté prevista la intervención o autorización judicial en casos de que el titular de la patria potestad fuera un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.

El apartado 2 atribuye la competencia en éstos casos al Juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo²⁹, pero si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado. Finalmente, el inciso tercero establece la legitimación para promover este expediente a ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, “también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor.”

Una importante novedad es la que se deriva del Art 20 LJV, en la que se reconoce la posibilidad de interponer un recurso de apelación de la resolución que dicte el Juez, posibilidad que con anterioridad a ésta nueva Ley no existía.

²⁹PIELTAIN CEGARRA, MARÍA, en *Protección de menores en la ley de jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2015. Pág. 24 entiende en éste sentido que “la LJV sigue la regla de competencia asumida por reiterada jurisprudencia del TS, que al no existir una norma específica al respecto aplicaba analógicamente las normas que regulaban la competencia en los procesos matrimoniales y de divorcio del art 769 LEC[...].”³³³³³³³³³³³³³³³³², considerando que de ésta manera “[...]se cumplen mas satisfactoriamente las exigencias de protección de los intereses del menor a los fines de cumplir las necesidades de eficacia e inmediatez que como integrantes del principio constitucional de la tutela judicial efectiva abarcan en el caso que nos ocupa, la eventualidad de la audiencia del menor, sin duda a practicar en el Juzgado de su domicilio, con el objetivo de distorsionar lo menos posible la actividad cotidiana del referido menor [...]”.

f) Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la guarda, custodia o administración de los bienes del menor.

Están ahora reguladas en los art. 87 a 89, aunque anteriormente se incluían en el ámbito de protección de la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, y en las disposiciones adicionales primera y tercera de la LOPJM que pasan a estar actualmente derogadas.

Así el Artículo 87 expresa que “ Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil. Y en concreto:

- a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil.
- b) Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor.
- c) Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera.
- d) Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo.”

Es de destacar el art 167 CC donde se atribuye al juez, a instancia del propio hijo, pariente o del Ministerio Fiscal, y cuando considere que la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, la facultad de adoptar todas las medidas pertinentes para protección de los bienes, autorizándolo para ello a exigir caución o fianza para continuar en la administración de los mismos, e incluso le permite nombrar a un administrador si fuera necesario.

Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

Por último, es novedosa la previsión establecida en el Art 89 LJV donde ordena al juez que haya conocido del expediente de Jurisdicción voluntaria a que envíe la notificación de la resolución definitiva al que hubiese nombrado al tutor.

3.1.2 Modificaciones introducidas en la Disposición final tercera de LJV: Retorno de los menores en los casos de sustracción internacional.

En la disposición final tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se modifican una serie de artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 con la finalidad de actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, mejorando de ésta manera la protección de los mismos, ya que hasta el momento venía siendo regulado por los art 1902 y siguientes de la LEC de una manera poco adaptada a la realidad actual, con una interpretación no uniforme derivando en una importante inseguridad jurídica.³⁰

Como consecuencia, tras la reforma, éste procedimiento se incluye dentro de los procesos especiales matrimoniales y de menores en los nuevos Art 778 bis, ter y quater de la LEC 1/2000 del capítulo IV bis, título I del libro IV.

El Art 778 quater 1 expresa que “En los supuestos en los que siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución del menor o su retorno a su lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito o se encuentre en España se procederá de acuerdo con lo previsto en éste

³⁰ Con la finalidad de actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional se han modificado una importante cantidad de arts. por medio de la disposición final tercera de la LJV, en concreto, los arts. 8, 395, 525, 608, 748, 749, 758, 769, 777, 778 bis, 778 quater, 782, 790, 791, 792, 802, y la disposición final vigésima segunda.

capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional”

Cabe destacar la novedad introducida en cuanto a la legitimación para iniciar el procedimiento, ya que en el Art 778 quater, apartado 3 se establece que se podrán iniciar no solo por el progenitor, institución u organismo que ostenta el derecho de custodia, sino también por “todo aquel que ostente un régimen de visitas o estancia, relación o comunicación, además lógicamente de la Autoridad Central Española”. Ésta ha sido uno de los extremos claros en los que se ha adaptado el procedimiento a la nueva realidad social.

Por otro lado, a diferencia de la antigua regulación, ahora se exige la obligatoriedad de contar con abogado y procurador desde el inicio hasta el final del procedimiento, así lo establece el art 778 quater 4: “las partes deberán actuar con asistencia de abogado y representadas por procurador. La intervención de la abogacía del estado, cuando proceda a instancia de la autoridad central española cesará desde el momento en el que el solicitante de la restitución o del retorno comparezca en el proceso con su propio abogado o procurador”.

Además, se producen importantes cambios en cuanto al procedimiento en sí mismo.

En la antigua LEC 1981 existían dos fases: en la primera de ellas, se citaba al progenitor requerido para que acudiera al juzgado y manifestara si entregaba voluntariamente al menor o si se oponía. Esta comparecencia no tenía una celebración uniforme, ni determinada, tampoco había homogeneidad en la forma procesal. Posteriormente, en una segunda fase, en el caso de que el menor se opusiera a la entrega del menor alegando alguna de las causas legalmente establecidas, se celebraba una vista, que se tramitaba como un juicio verbal general, no como uno especial de familia.

Pues bien, ahora se establece la obligatoriedad de formular la oposición por escrito.

Tal y como explica la abogada Silvia Recuenco Pérez,³¹ otras importantes novedades introducidas al respecto son:

³¹RECUENCO PÉREZ, SILVIA. “*El procedimiento de sustracción internacional de menores a la luz de la actual ley de jurisdicción voluntaria*”. Legal Today.com. Agosto 2015. Pág. 2

- La no suspensión de la vista por incomparecencia del demandante, a diferencia de la legislación anterior, en donde no había un criterio uniforme por parte de los juzgados. (art. 778 quinquies 7 LEC).
- El propio juzgador de oficio puede recabar todos los informes periciales que se estimen conveniente. Antes solo podían solicitarse a instancia de parte interesada. (art 778 quater 8 LEC).
- El Art 778 quinquies 8 impone al juez la obligación de oír al menor antes de tomar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia del retorno del menor, a menos que no se considere conveniente, reforzándose así el derecho del menor.
- Una de las novedades más importantes al respecto es la establecida en el Art 778 quinquies 11 ya que la presentación del recurso de apelación contra la sentencia que acuerde el retorno del menor tendrá efectos suspensivos, a diferencia de la legislación anterior en la que no lo tenía y el menor debía retornar a su lugar de procedencia para cumplir con la sentencia de primera instancia, dando lugar a situaciones desagradables y provocando un evidente perjuicio al interés superior del menor en aquellos casos en los que se resolvía el recurso revocando el Auto que establecía el retorno.

Por último, es importante acotar que en cualquier momento las partes podrán solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación, de acuerdo al art.19.4 LJV.

En este sentido, la entidad pública que ejerza las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitare de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal. (Art 778 quinquies 12 LEC). El mismo “será lo más breve posible, sin que pueda exceder del plazo legalmente previsto, reanudándose el proceso si cualquiera de las partes así lo solicitare”. En caso de llegarse a un acuerdo en la mediación, éste deberá ser aprobado por el juez, teniendo en cuenta la normativa vigente y sobre todo, el interés superior del menor.

Si se acuerda el retorno del menor la autoridad central deberá prestar toda la asistencia necesaria al juzgado para que se realice sin peligro, y en caso de que el progenitor obligado a restituir el menor obstaculizara o se negara a hacerlo, el juez deberá adoptar todas las medidas pertinentes para la ejecución de la sentencia.

3.1.3 Modificaciones introducidas por la LJV en el Código Civil en relación al interés superior del menor.

En éste sentido, vemos la protección a ultranza del interés superior del menor al establecerse ahora en los Art 82 a 86 del Código Civil que la separación y el divorcio podrán tramitarse tanto de forma judicial (ante juez o secretario judicial) como extrajudicial (ante Notario), aunque en éste segundo caso se hará solo en los casos en los que no haya menores de edad ni personas con capacidad judicialmente modificada. En el caso de que se haga de manera judicial, se proponen dos opciones: ante el juez o ante el secretario Judicial. Se deberá acudir al primero siempre que existan hijos menores de edad o con capacidad judicialmente modificada y al segundo cuando no existan.

Por otro lado, se han realizado una serie de modificaciones en materia de adopción tutela, curatela, guarda de hecho y acogimiento cuya vigencia dependían de la entrada en vigor de las Leyes de modificación del Sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y que analizaremos en un epígrafe posterior dada la extensión de la materia.

3.1.4 otras modificaciones.

Lógicamente, y como no podía ser de otra manera, todas las modificaciones incorporadas por la Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria en el ámbito del derecho Civil, como las que afectan a la determinación de la concurrencia de los requisitos para contraer matrimonio y su celebración, así como la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al secretario judicial y al notario funciones que hasta ahora correspondían al juez , también conllevan una reforma de la Ley 20/2011 , de 21 de Julio, del Registro Civil y de la Ley del Notariado, extremos que no analizaremos en ésta ocasión por no tener relación estrecha con el tema objeto de éste trabajo.

4. Nueva Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio y Ley Ordinaria 26/2015, de 28 de Julio.

4.1 Cuestiones generales.

En el año 2015, fruto de un largo proceso legislativo de reforma del sistema de protección de menores, nacían dos leyes sumamente importante en éste ámbito: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio, y la Ley 26/2015, de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección de la Infancia y la adolescencia. La razón por la que la reforma se ha realizado en dos leyes distintas es porque entre otras cuestiones, se han regulado aspectos que afectan a los derechos y libertades fundamentales y por lo tanto, deben ser aprobadas por Ley Orgánica.

Una de las peculiaridades de ésta nueva normativa es que hace hincapié en la distinción entre la infancia y la adolescencia, entendiendo por lo tanto que hay una diferencia considerable entre la protección que se debe otorgar a cada uno de éstos colectivos. Es por ello, que introducen el término **madurez** en lugar de **juicio**, para hacer referencia al momento en el que ha de ser oído el menor.

Estas leyes, tal y como sucedía también con la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria 8/2015 modifica numerosas disposiciones normativas, entre las que se encuentran el Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.2 Modificaciones introducidas y su incidencia en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico.

A continuación intentaremos analizar las diferentes modificaciones introducidas en la materia, analizando toda la normativa que ha sido objeto de cambio como consecuencia de la promulgación de éstas dos nuevas leyes.

4.2.1. Introducción de nuevas técnicas de valoración del Interés superior del menor.

Tal y como hemos dicho en el capítulo 2 de éste trabajo, el principio de Interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, por lo cual, no existe una técnica específica y expresa de valoración y determinación del mismo.

Pues bien, a partir de ésta nueva normativa se ha impuesto, a través de la modificación del art 2 de la L.O 1/1996, la obligación para todos los operadores jurídicos y profesionales de valorar éste principio en todas las acciones y decisiones que le conciernan, estableciendo para ello unos criterios de aplicación e interpretación (derecho a la vida, deseos sentimientos y opiniones, derecho a su familia de origen, identidad, cultura religión, atención a la discapacidad), elementos de ponderación (edad y madurez del menor, igualdad y no discriminación, efecto del transcurso del tiempo, transito a la edad adulta) y unas garantías mínimas que se deben cumplir en el proceso(derecho a ser informado, oído, intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos, participación de progenitores, tutores o representantes, defensor judicial, Ministerio Fiscal, decisiones motivadas que incluyan los dos criterios antes enumerados, recursos que permitan revisar la decisión adoptada).³²

En el caso de que el interés del menor concurra con cualquier otro interés legítimo y en caso de que sea imposible el respeto a ambos, se dará prioridad al interés superior del menor.

4.2.2 Derecho del menor a ser oído y escuchado.

Como sabemos, el menor tiene derecho a ser oído sin discriminación en cualquier decisión que incida en su esfera personal, social, teniendo en cuenta su edad y madurez.³³

Las novedades en éste sentido tienen que ver con la introducción del término madurez en sustitución de juicio. El menor podrá ejercer éste derecho por sí mismo o a través de una persona que le represente, designada por él, y la madurez será valorada por personal especializado, madurez que se presume alcanzada al cumplir los doce años.³⁴

³² Criterios establecidos por la Observación general nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Art 3, párrafo 1).

³³El artículo 12.1 de la Convención sobre los derechos del niño garantiza a todo niño que esté en condiciones de formar un juicio propio a expresar su opinión libremente, mientras que el párrafo segundo otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

³⁴ Véase en éste sentido, la STS 152/2005.

Además del Art 9 de la L.O 1/1996 se han modificado en éste sentido, los Arts.del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones que hacen referencia a la audiencia del menor.

4.2.3 Derecho de defensa.

Se ha modificado el Art 10 de la L.O 1/1996 adhiriendo nuevos mecanismos de defensa a los ya existentes, tales como:

- Posibilidad de presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y normativa que la desarrolle (Art 10.2f L.O 1/1996).
- Posibilidad de solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial para emprender acciones judiciales y administrativas dirigidas a defender sus derechos e intereses.(Art 10.2 e L.O1/1996). Asimismo se regula también la figura del defensor judicial en el Art 299 del Código Civil, supuesto que ya hemos analizado en un capítulo anterior.

4.2.4 Establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad.

La disposición adicional tercera de la Ley 26/2015 impone al gobierno la obligación de promover el establecimiento de “criterios comunes y estándares mínimos de cobertura y accesibilidad” en la aplicación de ésta ley en relación a los equipos profesionales de la entidad pública de protección de menores, en los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción etc.

4.2.5 Modificación de las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la exposición de motivos de la Ley 26/2015 se establecen unos “principios de aplicación de las medidas del sistema de protección” tales como el de proporcionalidad y progresividad³⁵ y se establece que “[...] se dé prioridad a las medidas estables frente a las

³⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2005 de 26 de septiembre menciona en relación a que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución del tal propósito con igual eficacia) y finalmente, que sea

temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas”.

A Continuación veremos las novedades introducidas en las distintas instituciones de protección:

➤ Situación de riesgo

En éste sentido, tal y como expresa Moreno-Torres Sánchez ³⁶,se ofrece en el Art 17 de la L.O 1/1996 una definición mucho más concreta y precisa de lo que se considerará situación de riesgo, explicando que “se considerará como tal aquella en la que a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.”³⁷

Además, otra de las importantes novedades introducidas es la obligación impuesta a todas las Comunidades Autónomas de realizar las declaraciones de riesgo mediante resolución administrativa , decidiendo cada cual, a qué administración pública corresponde realizar la intervención, valoración y declaración, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la reforma, en donde había Comunidades Autónomas que declaraban la situación de riesgo

proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

³⁶ MORENO - TORRES SANCHEZ, JULIETA. Modificación *del sistema de Protección a la Infancia y a la adolescencia – Guía para profesionales y agentes sociales*, Madrid, 2015. pag.24.

³⁷ Tal y como lo explica ADROHER BIOSCA, SALOMÉ en *Se busca familia para un niño. Perspectivas psicojuridicas sobre la adaptabilidad* .Comillas, 2015. Pag.23, existen variadas sentencias del TEDH, que mencionan la necesidad de que las autoridades competentes pongan todos los medios necesarios para ayudar a los padres a superar las dificultades que les impiden vivir con sus hijos. Califica de insuficientes para decidir la separación de los niños de sus progenitores motivos tales como la imposibilidad de los padres de ofrecer condiciones de alojamiento adecuadas o de asegurar ingresos regulares, y entiende que, ante estas circunstancias, sin posibles otro tipo de medidas menos drásticas.

mediante resolución administrativas y otras no, siendo a veces competencia municipal y otras autonómicas.³⁸³⁹

➤ Guarda de hecho

Cuando los menores se encuentran bajo el cuidado de personas que no son titulares de la patria potestad o tutela, se establece por la nueva legislación que solo se dictará resolución de desamparo cuando los guardadores no atiendan bien al menor⁴⁰, y cuando se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los Art 172 y 239 bis, estableciendo además los supuestos en los que se debe proceder a privar de la patria potestad y nombrar a un tutor.

Es de destacar la legitimación otorgada en el Art 303.2 CC al guardador de hecho para promover ante el juzgado la privación o suspensión de la patria potestad y nombramiento del tutor. Por otro lado, según lo establecido en el Art 239.3 CC, “el acuerdo de la suspensión o la privación de la patria potestad o de la remoción del tutor en su caso, podrá tomarse en el mismo procedimiento de designación judicial de tutor [...]”, supuesto en el que no había un criterio homogéneo hasta el momento.

➤ Guarda voluntaria.

En los supuestos en los que los progenitores o tutores, por razones de urgencia y de manera transitoria no puedan cuidar al menor, pueden solicitar que la Entidad pública se haga cargo del mismo durante el tiempo necesario, que no podrá ser superior a dos años, a no ser que el interés superior del menor aconseje la prórroga de las medidas. En caso de que superado el tiempo no pueda volver con sus progenitores o tutores, será declarado en situación de desamparo. Así pasa a regularse en los Art 172 bis y ter CC, y Art.19 L.O 1/1996 de Protección Jurídica del menor.

³⁸ MORENO TORRES-SANCHEZ, JULIETA; *Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la adolescencia – Guía para profesionales y agentes sociales*. Madrid, 2015. Pág.25.

³⁹ Véanse al respecto, Sentencias del tribunal de derechos humanos de Estrasburgo de 26 de Octubre de 2006 y de 21 de Septiembre de 2006.

⁴⁰ Se ha pronunciado sobre éstas cuestiones la STS de 17 de Octubre de 2014 sobre Desamparo y Guarda de hecho.

➤ Guarda judicial.

Medidas acordadas por el juez en procesos tanto civiles como penales para proteger a los menores, consistentes en que otorgan la guarda y custodia a terceras personas hasta que se dispongan medidas definitivas.

La entidad pública asumirá, cuando así lo disponga el Juez, la guarda y custodia, “estableciendo además las medidas pertinentes de protección” (Art 172 bis 2 CC).

Por su parte, el Art 158 CC establece que “El juez de Oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictara...6. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarles perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.[...]” .

Todas éstas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de Jurisdicción voluntaria.

Así, en el orden penal, en el momento en el que se instruye un proceso penal los juzgados deben acordar medidas cautelares sobre los menores con independencia de que luego la entidad pública instruya un procedimiento de desamparo o remita el caso por intervención por situación de riesgo social.⁴¹

En lo que respecta al orden Civil, el Art 103 CC establece que en los casos de nulidad, separación o divorcio en los que el juez estime que ninguno de los progenitores esté capacitado para ejercer la custodia se seguirá un orden de prelación en el que se encuentra en primer lugar los familiares, a falta de éstos, la Entidad Pública.

➤ Guarda provisional

La entidad pública asume la guardia provisional de un menor mediante resolución administrativa debiendo comunicarlo al Fiscal. Mientras se producen todas las diligencias necesarias para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar en su caso, la

⁴¹ De ésta manera, MORENO TORRES-SANCHEZ, JULIETA en *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores Español*, Madrid, pág. 238, entiende que se respeta la presunción de inocencia y se evita que se dicten medidas contradictorias por la Entidad pública y los juzgados, evitándose además que se proceda a prejuzgar por parte de la Entidad Pública a los progenitores sin las garantías de un proceso imparcial, tal y como lo prevén la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

situación real de desamparo. Así, el Art 172.4 CC hace referencia por primera vez a la Atención inmediata, introduciendo seguidamente la figura de la guarda provisional, sin declaración previa de desamparo.

En éste caso, la Entidad pública no asume la tutela, sino solo su guarda mediante el acogimiento.

En cuanto al plazo, éste deberá ser el más breve posible, es decir, el estrictamente necesario para practicar las diligencias antes mencionadas y evitar así situaciones de inseguridad jurídica⁴², transcurrido el cual sin haber una decisión al respecto, el Ministerio Fiscal deberá proceder a promover la adopción de las medidas de protección oportunas por parte de la Entidad pública. Todo ello está regulado también en el Art 14 L.O 1/1996.

La gran diferencia con la guarda judicial es que en la provisional es la Entidad pública la que acuerda la medida de guarda ya que no están inmersos en un proceso judicial.⁴³

➤ Desamparo

Es la situación que se produce según el art. 172.1 CC “[...] a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección de los menores, cuando éstos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material. [...]”

En éstos casos, en el momento en el que la Entidad Publica asume la tutela, se suspende la patria potestad o la tutela ordinaria de quien la tenía.

Los progenitores y tutores podrán solicitar la revocación de la declaración de desamparo, según el art. 172.2 CC, alegando un cambio de las circunstancias que la motivaron, todo ello durante el plazo de dos años desde la notificación de la declaración de desamparo. Será necesario en estos casos un informe técnico que valore criterios tales como la evolución positiva de la familia de origen, el mantenimiento de los vínculos y la seguridad de que el retorno no implica un riesgo para el menor.⁴⁴

⁴² Exposición de motivos Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la adolescencia.

⁴³ En estos casos, nos hallamos en situaciones tales como la de los menores extranjeros no acompañados, o menores de corta edad que son localizados solos, sin que, en principio exista ilícito penal alguno.

⁴⁴ Véase en éste sentido, STS 565/2009, de 31 de Julio de 2009, en la cual se establecen importantes criterios a tener en cuenta para determinar la procedencia o no de la reintegración familiar.

La novedad introducida en éste punto por la Ley 26/2015 es que se establecen por primera vez detalladamente a nivel estatal las causas que dan lugar a la declaración de desamparo en el Art 18 L.O 1/1996 que son: “[...] el Abandono del menor, cuando haya transcurrido el plazo de guarda voluntaria y sus responsables legales no quieran o no puedan hacerse cargo, cuando exista un riesgo para la vida, la salud y la integridad física del menor, cuando existan evidencias de maltrato psicológico continuado o falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas, en caso de incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda, así como en los supuestos de inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución o explotación similar, ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada o no justificada adecuadamente, y/o cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor”.

En éste mismo art. 18 establece que se considerara un indicador de desamparo el hecho de que el menor tenga un hermano que esté declarado en esa situación, aunque no debe tenerse en cuenta sin embargo la situación de pobreza de los progenitores o tutores a la hora de valorar la situación de desamparo, ni tampoco se tendrá en cuenta la situación de discapacidad ya sea del menor o de los progenitores.

También se han establecido de manera novedosa las causas que dan lugar al cese del desamparo (además de las comunes con la tutela ordinaria) en el art. 172.5 CC, y estas son: “1) que el menor se traslade voluntariamente a otro país, 2) que el menor se encuentre en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiera dictado resolución dictando el desamparo asumiendo su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas. 3) que hayan pasado 6 meses desde que el menor abandono voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido”.

En éste sentido, se ha introducido una modificación procesal en el art. 778 ter LEC en lo que respecta a la entrada al domicilio en los casos de ejecución del desamparo, pasando la competencia desde los Juzgados de lo Contencioso administrativo a los Juzgados de Primera Instancia y articulando un procedimiento de urgencia que será sin audiencia previa en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud por parte de la Entidad pública “cuando exista un riesgo para la seguridad del menor, o una afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales.”

Se otorga además, un papel importante al secretario judicial en la ejecución ya que será quien practique la misma, “[...] pudiendo auxiliarse de la fuerza pública[...]”.

Asimismo, por primera vez se regula en el ámbito estatal la obligatoriedad de que todo menor con medida de guarda o desamparo tenga un “plan individualizado de protección” (Art 19 bis L.O 1/1996), y se establece en el art. 172 ter CC, la posibilidad que tiene la entidad pública que asuma la tutela o guarda de exigir a los progenitores o tutores que abonen una cantidad en concepto de alimentos y responsabilidad civil por los actos que pudieran realizar los menores.

Tanto la guarda voluntaria como la derivada del desamparo se realizarán, según el art. 172 ter CC, mediante acogimiento familiar o residencial y deberá ser revisada cada 6 meses.

➤ Guarda ocasional.

Por su parte, el art. 172 ter 3, establece un tipo de guarda ocasional nunca regulado hasta el momento, aunque en la práctica ya se estaba usando, para estancias en fines de semana o vacaciones con familias o instituciones: “la Entidad pública podrá optar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana, vacaciones con familias o con instituciones destinadas a éstas funciones. [...]”.

➤ Acogimiento familiar y residencial

En este sentido, se han redefinido las modalidades de acogimiento familiar⁴⁵ teniendo en cuenta su duración, plazos y margen de edades. Así nos encontramos con: 1) Acogimiento en familia ajena especializada (Art 173 bis 1 CC Y 20.1 L.O 1/1996), Acogimiento especializado profesionalizado (Art 20.1 L.O 1/1996), Acogimiento familiar de urgencia (173 bis 2 CC), acogimiento familiar temporal (173 bis 2 CC), Acogimiento familiar permanente (173 bis 2 CC). Se formalizará por resolución de la Entidad pública que tenga la tutela o la guarda y se enviará al Ministerio Fiscal (20.2 L.O 1/1996).

Las causas del Cese del acogimiento familiar se regulan en el Art 173.4 CC-

⁴⁵ El art.20.2 de la L.O 1/1996 de Protección jurídica del menor establece en éste sentido que éste tipo de acogimiento se formalizará por resolución de la entidad pública que tenga la guarda o tutela., acompañado de un documento con los datos esenciales del mismo, tales como datos del acogedor y acogido, duración, derechos, deberes, seguimiento etc., los cuales serán enviados al Ministerio Fiscal en el plazo de un mes como forma de control judicial del mismo.

En el caso del acogimiento residencial, éste se regula en el Art 21 Ley 1/1996 de Protección Jurídica del menor estableciendo la necesidad de que aun en esas circunstancias se marquen unos planes de trabajo con las familias para que puedan acostumbrarse a otros modos de convivencia. Asimismo, se regula éste tipo de acogimiento como subsidiario, ya que es preferible el acogimiento familiar, tal y como hemos mencionado anteriormente.

Otra especialidad es el acogimiento residencial en Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, regulados en los Art 25 L.O 1/1996 que en todo caso tendrá carácter educativo y será utilizado como último recurso. Se ha regulado por Ley Orgánica.

Se aplicará a todos los menores que estén en guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta, y en los casos de guarda voluntaria, será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional.

Por último, en el Art 778 bis LEC y 26 L.O 1/1996 se procede a regular el procedimiento para el ingreso en éste tipo de centros.

➤ Adopción

En primer lugar, se suprime el acogimiento pre adoptivo. Por otro lado, se establece la incapacidad para adoptar de aquellos que no pudieran ser tutores, se regula la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado que deberá ser al menos de 16 años y no podrá ser superior a 45, salvo en los casos previstos en el art 176.2.

Se introduce además el art. 176 bis que regula por primera vez la guarda con fines de adopción, introduciendo la posibilidad de que existan visitas o contacto (adopción abierta).

Por otra parte, en el art. 175.4 CC se establece que “nadie podrá ser adoptado por más de una persona salvo que se produjera por ambos cónyuges o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal conjuntamente”. También se podrá adoptar por el cónyuge de un matrimonio celebrado con posterioridad o pareja de análoga relación de afectividad posterior. Cuando se produzca la muerte del adoptante o éste sufra la exclusión del art. 179 (sea privado de la patria potestad) será posible una nueva adopción del adoptado (175.4).

El art. 175.5 CC regula una situación curiosa y que se adapta a la realidad actual, en la que muchas parejas, estando en pleno proceso de adopción sufren una crisis familiar que puede terminar en separación o divorcio. En éste caso se trata de reconocer el derecho a las partes, haciendo primar el derecho del menor, otorgando todos los derechos inherentes a la adopción (visitas, guarda y custodia, obligación de alimentos, derechos a la herencia etc.). Éste art nos explica que ésta situación de separación o divorcio no impide que “pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva (por acogimiento permanente o guarda con fines de adopción) del adoptando con ambos cónyuges durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción”.

Otra novedad a destacar se refiere a la propuesta para iniciar el expediente de adopción, ya que anteriormente no era necesaria la propuesta cuando el menor hubiera estado más de un año acogido legalmente por el adoptante, ahora siempre será necesaria la propuesta de la Entidad pública en el caso de menores que se encuentren en situación de acogimiento temporal o permanente, salvo que se haya dictado resolución de guarda con fines de adopción y haya transcurrido un año o se haya constituido una tutela.

En relación con la guarda con fines de adopción, figura que viene a sustituir el acogimiento pre adoptivo, el art. 176 bis 1 establece que “la entidad pública puede delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el art. 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas⁴⁶ y asignadas para su adopción.” Ahora, la guarda con fines de adopción se constituirá por resolución de la administración sin intervención del Juzgado, pero los progenitores podrán formular recurso judicial en el plazo de 2 meses siempre que no hayan pasado dos meses desde la notificación de desamparo.

Por último, se regulan la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen (176 bis 2 CC) , la adopción abierta, el asentimiento para la adopción (177.2 CC), conocimiento de los orígenes, y se estableció un régimen transitorio en la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015 en el que explicaba que todas las referencias al acogimiento pre adoptivo que se hicieran en el resto de leyes y normativas, deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia pre adoptiva prevista en el Art 176 bis del CC.

⁴⁶ El concepto de idoneidad, que ahora se encuentra descrito en el art 173.3CC es otra de las novedades introducidas en la materia por la LJV ya que ha sustituido al de aptitud utilizada hasta el momento.

4.2.6 Otras medidas de protección e intervención del Ministerio Fiscal.

➤ Riesgo prenatal

Se regulan las situaciones de riesgo para el nasciturus en la legislación estatal⁴⁷ en el Art 17.9 L.O 1/1996, entendiendo por tal “la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial afectivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique al normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.” Será competente para la intervención la administración pública, estableciendo medidas de prevención y seguimiento con el fin último y principal de evitar una posterior declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido.⁴⁸

Además, los servicios de salud y el personal sanitario deberán solicitar ésta situación a la administración pública competente y al Ministerio Fiscal. Dicho seguimiento seguirá con posterioridad al nacimiento si fuese necesario.⁴⁹

⁴⁷ La Convención de Derechos del niño proclama en su exposición de motivos que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y en su Art 24.2 dispone la obligación de los poderes públicos de “asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

⁴⁸ Aunque la protección del nasciturus esté regulado en el art 17 L.O1/1996 dedicado al riesgo social, no se declarará resolución administrativa declarándolo ya que el objetivo principal de ésta intervención es justamente evitar una posterior declaración de desamparo.

⁴⁹ En éste sentido, es necesario tener en cuenta que el TEDH en diversas sentencias como la de 7 de agosto de 1996 (caso Johansen contra Noruega); 17 de julio de 2002 (caso PC Y S contra Reino Unido) y la de 21 de septiembre de 2006 (caso Moser contra Austria) viene entendiendo que “[...]el hecho de apartar a un niño de su madre en el momento del alumbramiento debe ser excepcional y por razones extraordinariamente imperiosas, y desde luego no podrá serlo por motivos económicos”.

➤ Negativa a tratamientos médicos

Se regula también por primera vez ésta situación a nivel estatal en el art. 17.10 L.O 1/1996 intentando proteger a los menores de la negativa de los progenitores, tutores o guardadores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios. En tales casos, “las autoridades sanitarias podrán en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor”(art. 17.10 L.O 1/1996).

Como consecuencia de ésta nueva regulación, se modifica también el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, estableciendo que “cuando el consentimiento haya de ser prestado por los representantes del menor y las decisiones sean contrarias a los intereses del mismo, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.⁵⁰

➤ Régimen de visitas o relaciones personales

En éste sentido, se amplía en el art. 160 CC, el derecho del menor a relacionarse con sus parientes, incluyendo expresamente a sus hermanos.

Por otro lado, también se regula de manera minuciosa en los arts. 160, 161 CC y 19, 19 bis, 20.2, 20.3, 21 L.O 1/1996 el régimen de visitas de los menores en situaciones de guarda, tanto provisional, de menores en desamparo, guarda voluntaria, en acogimiento familiar, en puntos de encuentro familiar, acogimiento residencial y en adopción, en donde vemos que se traspa ahora la competencia del juez a la entidad pública para establecer por resolución motivada el régimen de visitas y comunicaciones de éstos menores en situación de tutela o

⁵⁰ Es importante hacer mención aquí el establecimiento y envío por la Fiscalía General del Estado de una circular dirigida a todos los fiscales expresando que los Testigos de Jehová no podrán oponerse a que sus hijos menores de edad reciban transfusiones de sangre en situaciones urgentes en las que peligre su vida, ya que en estos casos el médico podrá aplicar directamente el tratamiento sin necesidad de acudir ante el juez.

guarda, así como su suspensión temporal, limitándose la actuación del juez en éstos casos a resolver cuando se interponga recurso en caso de suspensión temporal de las mismas por parte de la Entidad pública.

En el art. 178 CC se establece la posibilidad de que el adoptado pueda seguir teniendo contacto con miembros de su familia de origen aun después de la adopción. Es lo que se conoce como adopción abierta.⁵¹

➤ Medidas del art.158 CC

Se han ampliado las medidas de protección del menor establecidas en éste art.⁵² que pueden ser acordadas por el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dentro de cualquier proceso Civil, Penal o en un expediente de Jurisdicción voluntaria.

De ésta manera, se han incluido los apartados 4,5 y 6 del Art 158 CC introduciendo las siguientes medidas: medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente[...]; medida de prohibición de comunicación con el menor [...] con respeto al principio de proporcionalidad; demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

➤ Medidas contra la violencia de género cuando hay hijos menores.

Se modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género, en cuyo Art 1.2 se introduce una importante

⁵¹ El informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia reconoce que ésta modalidad no es del agrado de todas las personas que están dispuestos a adoptar, ya que consideran que se les priva de autonomía y privacidad.

⁵²Éstas Medidas que ya existían con anterioridad en el art.158 CC son aquellas que aseguran la prestación de alimentos, las destinadas a proveer a las futuras necesidades del hijo o evitar a los mismos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, las necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por sus progenitores o terceras personas, las relativas a la prohibición de salida del territorio nacional, prohibición de expedición de pasaporte al menor o retirada del mismo en caso de que ya se hubiere expedido y previa autorización judicial de cualquier cambio de domicilio del menor.

novedad ya que se reconoce a los hijos menores y a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia de la mujer maltratada como víctimas de violencia de género.

Se establece por otra parte en el Art 61 de la L.O 1/2004, la obligación judicial de pronunciarse acerca de la pertinencia de la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género y las medidas complementarias en su caso.

Asimismo, de acuerdo al art.12.3 L.O 1/1996, “los poderes públicos deberán prestar todo el apoyo necesario para que los menores que se encuentren bajo la Patria Potestad, tutela, guarda, acogimiento de una personavíctima de violencia de género permanezcan con la misma, asegurándose de que reciban toda la protección y atención especializada necesaria”

➤ Ministerio Fiscal en el sistema de protección

En el art. 174 CC se amplían las funciones otorgadas al Ministerio Fiscal, estableciendo que “[...] estará encargado además de las tareas de Promoción ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, de las medidas de protección que estime necesarias y de recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones públicas competentes”.

Además, se potencia la función del Ministerio Fiscal en varias cuestiones tales como el régimen de visitas (161 CC), documentación de menores extranjeros no acompañados (12.4 L.O 1/1996), en los casos de desamparo (172.2 CC), guarda provisional (172.2 CC), delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores (13.4 L.O 1/1996) etc.⁵³

Por otro lado, se regula en el Art 174.4 CC la obligación de todas las administraciones públicas de atender las solicitudes de información emitidas por el Ministerio Fiscal.

Se mantienen las obligaciones de la entidad pública con el Ministerio Fiscal.

➤ Sistema de plazos

Con la intención de dar solución a la inseguridad jurídica y emocional y los efectos perjudiciales que tenía para un menor el hecho de que pasase demasiado tiempo sin

⁵³ Véase descripción de los mismos en MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA. *Modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia- Guía para profesionales y agentes sociales*. Valencia, 2015. Pág. 57 - 58.

adoptarse una decisión definitiva sobre el caso que les ocupaba, se establece a partir de ahora una regulación que establece plazos para la revisión periódica de los casos, duración máxima de las medidas y oposición de los interesados en los Juzgados. Hasta el momento, la única obligación en éste sentido por parte del Ministerio Fiscal era la de comprobar al menos semestralmente la situación de los menores (174.2 CC).

4.2.7 Normas sobre competencia territorial y Menores extranjeros.

Se introducen por primera vez a nivel estatal, en el art. 18.4 L.O 1/1996 criterios para establecer la competencia para la protección en los casos en la que los menores se trasladen de residencia ya sea dentro o fuera del territorio español. Asimismo, en el Art 18.5 L.O 1/1996 se procede a analizar las reglas de competencias ante la desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional. Por último, el Art 18.6 L.O 1/1996 regula la normativa aplicable a medidas de protección adoptadas en la Unión Europea u otros estados que deban cumplirse en España.⁵⁴

Con respecto a los derechos de los menores extranjeros también se ha producido un avance y mejora en lo que concierne a educación, asistencia sanitaria y servicios sociales, independientemente de la situación administrativa en la que éstos se encuentren, estableciendo además, la obligación de las administraciones públicas de velar por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados y de promover

⁵⁴ En éste sentido, tal y como lo expresa éste art. 18.6 L.O 1/1996, en el caso de que las medidas de protección hayan sido adoptadas en el seno de un país de la Unión Europea,” [...] la normativa aplicable serán el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º1347/2000o norma europea que lo sustituya. En los casos no regulados por la normativa europea, se estará a los Tratados y Convenios internacionales en vigor para España y, en especial, al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o Convenio que lo sustituya. En defecto de toda normativa internacional, se estará a las normas españolas de producción interna sobre eficacia en España de medidas de protección de menores.”.

la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, entre otras medidas de importancia al respecto.⁵⁵

➤ Referencia a la Adopción Internacional.

Se ha realizado una extensa reforma de la Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, de Adopción Internacional entre lo que destaca la gran importancia que se le da al interés superior del menor en el proceso de adopción, el refuerzo de las garantías en el marco de las adopciones internacionales y la determinación de las obligaciones de los adoptantes.

Además las entidades colaboradoras de adopción internacional pasan a denominarse organismos acreditados para la adopción internacional (Disp. Adicional 2ª L.26/2015), se suprimen las referencias a la modificación y revisión de la adopción, figuras que no existen en nuestro ordenamiento jurídico, se establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, se regula la cooperación internacional de autoridades en los casos de adoptante español residente en el país de origen del adoptado, se hace referencia a dos Reglamentos comunitarios y un convenio de la Haya que son muy importantes en la materia; se introduce el Art 525 LEC estableciendo la prohibición de ejecución provisional de las sentencias que se dicten en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores para evitar perjuicios a los mismos, entre otras muchas novedades.

4.2.8 Otras Normas modificadas

Otras normas que han sido modificadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/2015, de 22 de Julio y 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la adolescencia, y que en ésta ocasión solo procederemos a enumerar son: la Ley de Jurisdicción Contenciosa administrativa, Ley de autonomía del paciente, Estatuto de los Trabajadores, Ley del Estatuto básico del empleado público, Ley de protección a las familias numerosas, Ley Orgánica de Educación y Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa, Ley para la mejora del crecimiento y del empleo, Ley de Dependencia.

⁵⁵Medidas que ya venían siendo reguladas, aunque con menos rigor, en la L.O 4/2000, de 11 de enero, Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud.

Por último es importante destacar el reconocimiento que se hace en el art 10.4 L.O 1/1996 del derecho de todos los menores extranjeros cuya tutela haya sido asumida por la entidad pública a obtener la documentación de residencia, además del establecimiento de la presunción de la minoría de edad de una persona cuando la mayoría de edad no se haya podido demostrar. Así lo establece el art 12.4 L.O 1/1996.

5. Regulación y aplicación del Principio de Interés Superior del menor en distintas circunstancias. Análisis de Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Teniendo en cuenta todo lo explicado a lo largo de los cuatro apartados anteriores principalmente en relación al carácter indeterminado del concepto de interés superior del menor y la evolución que ha sufrido ésta materia como consecuencia de las novedades legislativas introducidas procederé a continuación a realizar un análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo existente entre los años 2009 y 2018 en relación a los casos en los que se ha tenido que analizar y determinar cuál era el interés superior del menor al ponderarse con otros intereses y derechos que entraban en conflicto con el mismo, con la finalidad de proveer la solución más favorable, adecuada y ajustada a derecho a la situación en concreto, intentando de ésta manera, dar un una visión general y actual de la tendencia a la hora de decidir y sentenciar por parte del órgano Juzgador.

Se demostrará por lo tanto que éste principio constituye una directriz fundamental a tener en cuenta por los tribunales para decidir en todas las situaciones que afecten a los intereses y los derechos de los menores, y que en el momento de su aplicación , como consecuencia de la especialidad de cada caso en concreto, con sus características propias y particulares hacen que el órgano juzgador, llegue a soluciones tan dispares como sorprendentes, aunque siempre sin lugar a dudas, en aras de la defensa de la legalidad y del interés del menor.

5.1 Adopción, guarda y acogimiento.

Comenzaremos analizando importantes sentencias relacionadas con la Institución de la adopción y el acogimiento, en las que existen numerosas situaciones que dan lugar a litigios que necesitan ser resueltos haciendo prevalecer lógicamente el interés superior del menor.

En primer lugar, la STS 996/2011 de 18 de Enero hace referencia a la Nulidad de la adopción cuando se pondera con el Interés superior del menor.

En éste caso, una madre de 15 años que da en adopción a su bebe, llamada zulima (de padre desconocido) al nacer en el año 1981.

Los adoptantes son sus padres (abuelos de la menor), con el consentimiento de la menor. Años después la madre contrae matrimonio con otro sujeto quien reconoció a la menor como su hija, prestando conformidad la madre natural y los padres adoptivos de la adoptada.

En el año 2005, se presenta por zulima, por sus padres naturales, sus hermanos adoptivos y naturales Demanda de nulidad del Auto por el que se aprueba la adopción plena.

Los demandados son los padres adoptivos quienes admiten los hechos y solicitan que se dicte sentencia estimatoria. Tanto en el Juzgado de primera Instancia como de Apelación desestimaron la demanda alegando por un lado que “la especial naturaleza de los negocios jurídicos de derecho de familia impide que se apliquen las normas sobre nulidad” y que de acuerdo con el Art 177 CC “la acción de impugnación estaba sometida al plazo de 2 años, el cual había pasado”. Además, entendían que debía tenerse en cuenta el **interés del menor.**

Se presentó un Recurso extraordinario por Infracción procesal y un Recurso de Casación con fundamento en el 477,2,3 LEC por presentar interés casacional al ser la sentencia contraria a la jurisprudencia de ésta sala.

En cuanto al Recurso de Casación, entienden los recurrentes que hay infracción de la doctrina jurisprudencial ya que según numerosas sentencias, la figura de la nulidad es plenamente aplicable a cualquier campo del derecho, entendiendo que hay nulidad porque “la madre biológica no prestó su consentimiento, teniendo 15 años de edad y sin que estuviera auxiliada por el defensor judicial, lo que hace nula la prestación de éste consentimiento, y por tanto, la adopción”. Dicho motivo fue estimado, entendiendo que se hallan ante una adopción ficticia realizada con el fin de evitar los problemas sociales de una madre de 15 años en esa época (año 1981) y proporcionar protección al hijo nacido en esas circunstancias. En este caso, considera el TS que “no solo el consentimiento de la madre, sino también el de los abuelos adoptantes venía afectado por los motivos sociales y

personales que le impulsaron a celebrar un negocio jurídico familiar, la adopción, sin desear realmente los efectos de la misma.[...]"

Finalmente, se dictaminó que “[...]teniendo en cuenta que la adopción fue ficticia, atendiendo principalmente al interés del menor en la época en la que se produjo la misma, el entorno social de la madre y las concepciones sociales de la época en la que dio a luz, la convivencia real entre los padres biológicos y la hija adoptada por los abuelos y la conformidad de todos los parientes, incluidos los adoptantes en la extinción de la adopción, la sentencia la declara nula, estableciéndose la anulación de la inscripción de la adopción en atención al interés superior del menor en el registro Civil.”

Vemos por lo tanto, como, a pesar de existir una adopción legalmente constituida, se dio prioridad al interés superior del menor atendiendo a las circunstancias especiales y concretas, así como al entorno social y las situaciones de hecho existentes que concurrían en el caso en cuestión.

En relación con la adopción, la STS 237/2012 de 10 de Abril resuelve el recurso de una manera novedosa, anteponiendo el interés superior del menor al derecho derivado de la adopción de integrarse en una nueva familia y crear nuevos lazos con ellos. Veremos como la solución en éste caso, se desvía de lo establecido legalmente en el ámbito de la nulidad de las adopciones para hacer prevalecer el derecho de los hermanos de permanecer juntos, permitiendo que formen parte de una misma familia.

Se trata de padres separados, con dos hijas, cuya custodia se otorga a la madre, quien vuelve a contraer matrimonio con varón que decide adoptar a las dos hijas, una de las cuales es mayor de edad. No se prestó el consentimiento por parte del padre biológico, por entregar notificación en un domicilio en el que no residía desde hacía más de dos años. Solo se realizó una diligencia de búsqueda. El padre, al enterarse de la adopción, instó su nulidad ante el Juzgado, que apreció caducidad de la acción por entender que habían pasado los dos años legalmente establecidos para el padre o madre que no hubiera intervenido en el procedimiento de adopción y no hubiera prestado consentimiento.

El tribunal recuerda que el Art 24 de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, aplicable en el momento de la constitución de la adopción, establecía que debía recabarse el asentimiento del padre biológico de forma

imperativa, aunque ni vincula ni libera al Juzgador, “de forma que en cada caso deberá tener en cuenta y analizar minuciosamente todas las circunstancias concurrentes para decidir finalmente, de forma razonada, lo que mejor pueda resultar al menor”. De ello se deriva , lógicamente, la nulidad de la adopción de la hija menor de edad; pero ¿ qué sucede con la hija que ya era mayor de edad en el momento de la adopción?.

Pues bien, considera el órgano juzgador, que si bien del art. 25 de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, no se infiere la obligatoriedad de audiencia del padre biológico ya que se establece que “ deben ser oídos los padres que no han sido privados de patria potestad ni están sometidos a una causa de privación de ésta” debe tenerse en cuenta que “entre los fines pretendidos con la adopción destaca la supremacía del interés del menor , su integración en un núcleo familiar, pues se crean unos lazos de parentesco al mismo tiempo que se extinguen los que existían respecto de la familia biológica[...] , pues los efectos son de aplicación no solo a la hija que era menor de edad en el momento de la constitución de la adopción sino también a la que era mayor de edad, que en caso de no seguir la misma suerte que su hermana se llegaría al absurdo de fractura de la relación de parentesco entre ellas, de manera que por razón de equidad debe acordarse la nulidad de la adopción de ambas.

Se deduce así, que los jueces y tribunales deben procurar en todo caso que la nulidad de la adopción no ocasione un grave perjuicio al menor, a su derecho a estar integrado en un núcleo familiar estable, lo cual debe hacerse mediante un análisis completo de cada situación, examinando minuciosamente sus circunstancias especiales para poder llegar a una situación “estable, justa y equitativa para el menor”.⁵⁶ Vemos como en éste supuesto, la nulidad de una sola de las adopciones hubiese supuesto la ruptura con los lazos de parentesco existentes entre ambas hermanas biológicas, lo que evidentemente sería perjudicial y contrario al interés superior del menor.

En éste sentido, y en relación al régimen de visitas del menor acogido con la familia biológica, es relevante la STS 321/2015, de 18 de Junio de 2015 en la que en materia de Acogimiento, se reconoce el derecho de la administración pública de suspender el régimen de visitas del menor con su familia biológica atendiendo al Interés Superior del menor.

⁵⁶LLORENTE ACOSTA, VIRGINIA. *Medios de impugnación y supuestos de la eficacia de la adopción*. Universidad de La laguna. Tenerife. 2015. Pag.12 - 14.

En ésta ocasión, se inició expediente de Jurisdicción voluntaria por parte de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería para la Igualdad y Bienestar social de la Junta de Andalucía solicitándose la suspensión judicial del régimen de visitas de una menor respecto de sus padres biológicos que había sido adoptada de manera cautelar por el citado ente administrativo por considerar que, tras haber acordado iniciar un procedimiento de acogimiento familiar permanente en familia ajena el Centro de Protección elaboró un informe en el que se decía que “la profesora nos cuenta que ha tenido una regresión desde que la menor está acudiendo a las visitas con su madre. Muestra menos interés a la hora de realizar las tareas escolares y se distrae con facilidad...”.

Como consecuencia, la Comisión Provincial de Medidas de Protección decidió suspender cautelarmente las relaciones de la menor con sus padres biológicos, basándose en los Art 94,160 y 161 CC. Su madre biológica se opuso, aunque la demanda fue estimada en primera instancia dando la razón a la administración entendiéndose que se justifica la suspensión atendiendo a que concurría una situación grave para la estabilidad de la menor, y posteriormente revocada por la A.P por entender que la administración se extralimita en sus funciones sobre la base del art. 3 del Decreto autonómico 42/2002 de 12 de febrero, en su apartado c) que señala que” la administración andaluza podrá adoptar para la protección de los menores, entre otras medidas, la de "determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores parientes y allegados", pero una cosa es determinar el régimen de esas relaciones y otra muy distinta regularlo o suspenderlo”.

La Consejería autonómica recurre en casación y el TS estima su recurso, entendiéndose que si bien el Art 161 CC establece que la competencia para suspender este derecho es exclusiva competencia de los órganos judiciales, “la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores -STS 11 de febrero 2011-, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los artículos 3, 9 y 18 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del niño y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; así también el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño

aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”-

Por lo tanto, vemos que con ésta resolución se establece como doctrina jurisprudencial que "La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada".⁵⁷

Tal y como nos explica Ana Canturiense Santos⁵⁸, a la hora de determinar el régimen o el mantenimiento del régimen de visitas del menor con la familia biológica, se deben tener en cuenta el interés del menor, analizando y valorando si la relación con la misma “favorece sus estabilidad, su desarrollo y crecimiento [...]”. Éste es el objetivo principal perseguido también por el art.120 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.⁵⁹

⁵⁷ Véase en éste sentido, STS 286/2016, de 3 de mayo de 2016, en la que se realiza una matización a la doctrina ya establecida, alegando que la autoridad pública está autorizada para tomar la medida de suspensión de las visitas pero siempre “en la cobertura que le da la norma autonómica aplicable”.

⁵⁸CANTURIENSE SANTOS, ANA. *¿Son convenientes las visitas con la familia biológica de los menores en acogida según el Código Civil de Cataluña?*. Blog Editorial jurídica Sepin,2016

⁵⁹ Véanse en éste sentido, TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 12 de marzo de 2015, AP Barcelona, Sec. 18.ª, 366/2016, de 17 de mayo, AP Barcelona, Sec. 18.ª, 225/2016, de 15 de marzo, AP Barcelona, Sec. 18.ª, 965/2015, de 22 de diciembre, AP Tarragona, Sec. 1.ª, 310/2015, de 28 de julio, AP Barcelona, Sec. 18.ª, 847/2014, de 17 de diciembre, entre otras.

En ésta sentencia se deduce también otro punto importante que es la posibilidad de que la administración actúe de manera cautelar, siempre, claro está, bajo la supervisión de las autoridades judiciales, todo ello en aras de una mayor protección del derecho de los menores

Por otro lado, con respecto a la relación del desamparado con su familia biológica, la STS 565/2009, de 31 de Julio de 2009 hace primar el derecho del menor, no permitiendo el retorno del menor con sus progenitores.

En ésta ocasión, se presenta por D^a Belén impugnación a la declaración de desamparo y acogimiento familiar pre adoptivo de una menor, la cual es desestimada en primera instancia acordando “el acogimiento de la menor a favor de las personas que constan en el expediente como acogedores, con privación de derecho de visitas a la madre y abuela biológica”.

Dicha desestimación se basa en que « La situación de desamparo tal y como la prevé el art. 172 CC supone el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido para la guarda de los menores ha quedado acreditado en este procedimiento, pues consta en este expediente de la Consejería de Bienestar Social que declaró en situación de desamparo al menor que existía negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja y negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales, se adjuntan informes de la policía nacional que afirman que D.^a ...ejerce la prostitución estando presente el marido y la hija, sin embargo estas alegaciones se refieren a una etapa muy temprana de su vida y en la actualidad dado que la situación puede haber cambiado se acordó la pericial psicológica y en su informe la psicóloga del juzgado afirma que aunque en la actualidad la madre se encuentra adaptada y con estabilidad familiar presenta déficit en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación, estilos educativos etc. para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales. Es preciso destacar que en la actualidad vive con su nueva pareja y tienen un bebé, lo que supondría tener que enfrentarse a la crianza de dos niñas.”.

Entiende por lo tanto el órgano juzgador que en beneficio del desarrollo de la menor en un ambiente de estabilidad afectiva y ambiental y dado que se encuentra adaptada e integrada social, escolar y familiarmente “es aconsejable mantener la situación actual y concluir la adopción dado que un cambio en la situación de la menor con tres años podría

producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y de comportamiento.”

Posteriormente, se procede a revocar éste Auto de Primera Instancia por la Audiencia Provincial de Toledo, en Sentencia de 21 de Noviembre de 2006, determinando la inmediata recuperación de la custodia, entendiendo que la administración actuó con una “urgencia Injustificada” cuando determino la situación de desamparo y pre acogida, cuando lo que debió hacer fue intentar por todos los medios a su alcance, como impone el art. 12 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, conseguir que sean los padres quienes desarrollen adecuadamente sus responsabilidades paterno filiales. Además, consideran que “la situación de pobreza, los problemas conyugales, la poca capacidad para gestionar los ingresos y ni siquiera la supuesta discapacidad psíquica de la madre de la menor significan necesariamente una situación de desamparo, máxime ahora que, como expone el informe de los servicios sociales, la madre convive con una nueva pareja, padre de una nueva hija , quien posee tierras propias que le permiten vivir con dignidad”.

Se presentó recurso de Casación por la Junta de Comunidades de la Junta de Castilla- la Mancha, cuyos motivos de casación son estimados basándose dicha resolución en que la jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que “[...] prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo” (SSTS 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004, 23 de mayo de 2005).

La jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que “ no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril)” y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama «la exclusión de la preclusividad» (SSTC 75/2005, de 4 de abril, 58/2008, de 28 de abril), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.

El artículo 413 LEC, como una manifestación de este principio, consagra el principio de perpetuación de la acción. [...]. Éste principio, tiene como finalidad institucional el “mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de formular

alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso (artículo 412 LEC), y la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de que presiden su desarrollo”.

Esto último sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el CC ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (artículo 172.4CC). Este precepto, como expone el Ministerio Fiscal, “atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio *perpetuatio actionis* [perpetuación de la acción] que rige en el proceso civil”.

En consecuencia, “esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad”.

El artículo 172.4 CC, establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia».

El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre.

Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios y no directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios

de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues “[...] la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»)].”

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas.

Debe concluirse por lo tanto, tal como lo viene reiterando la jurisprudencia, que “[...] el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor. [...]”

Ésta sentencia sienta la doctrina concluyendo 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 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”.

Sobre ésta misma materia se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia 84/2011, de 21 de Febrero de 2011, en donde se recurre ante el Juzgado de primera instancia nº 7 de Oviedo, una resolución administrativa de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias, en la que se dictaba la situación de desamparo de una menor, y se asumía la tutela por parte de la Entidad pública y el acogimiento por el Centro de Protección de Menores. Dicha demanda fue desestimada, confirmando la resolución de la administración. Contra la misma, se interpuso Recurso de Apelación, en el cual se revoca la resolución administrativa y se establece el reintegro del menor al apelante (su padre), con todos los derechos de patria potestad, sin perjuicio de que se realice un seguimiento por parte de los servicios sociales de la evolución del menor y su situación familiar, entendiendo que hay una diferencia entre el riesgo de desamparo y el desamparo real, ya que las medidas a tomar en cada caso, son completamente distinta. En éste caso concreto consideró la AP que el desamparo no se materializó y, dado que el padre tiene plenas aptitudes y facultades (a diferencia de la madre) para cuidar al menor no había lugar a la aplicación del régimen establecido por la administración.

Se interpuso Recurso de Casación por la Conserjería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias, por “ infracción de preceptos constitucionales, al amparo de los artículos 477.1 y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del artículo 39.2 y 3 de la CE , y de los artículos 10.1, 15 y 27.2 de la CE , en relación con el artículo 3.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, por cuanto la Sentencia no prima, en su decisión, los derechos del niño, ni los derechos a su integridad física y moral, ni al libre desarrollo de su personalidad, ni su derecho a la educación, conforme al que deben interpretarse los artículos 154, 170 y 172 del Código Civil” .

Los motivos de casación son desestimados, alegando que:

“[...] el Art. 11.2 LO1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social”.

En aplicación de este principio, la sentencia de esta Sala de 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581) dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse cuenta "[...] la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor[...] de modo que “el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. Y así esta Sala sienta la doctrina de acuerdo con la cual "[...] 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 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[...]. [...] La protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (Art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales”.

De esta forma, tal y como lo explica De Castro Martín, Rosa María ⁶⁰ se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia.⁶¹, y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés.

Dicho lo anterior, , tal y como establece la sentencia “[...] el motivo primero reconduce a una cuestión de apreciación de la prueba relativa a si la solución de la sentencia recurrida ha

⁶⁰ DE CASTRO MARTIN, ROSA MARÍA, El interés superior del menor, Sevilla, 2011, Pág. 15

⁶¹ Véanse STS 565/2009, de 31 de Julio de 2009.

respetado el principio de protección del menor. A estos efectos hay que recordar que en la sentencia: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la administración recurrente; c) el art. 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación.”

Todo ello permitió a la Sala entender que con la decisión adoptada en la sentencia ahora recurrida, se había protegido de manera eficaz el interés superior del menor..

Vemos en éstos casos⁶², como el interés superior del menor se aplica de manera preferente a otros derechos o intereses con los que se enfrenta, en éstos casos específicamente, frente al derecho de reinserción en la familia biológica, por lo tanto, dicha ponderación de derechos debe realizarse y verificarse en cada caso concreto, ya que solo atendiendo las circunstancias especiales de cada familia, se podrá cumplir con el importante mandato legal de adoptar la medida más acorde y respetuosa con éste principio.

5.2 Interés del menor en situaciones de nulidad, separación y divorcio.

En ésta ocasión analizaremos algunas sentencias relevantes en materia de menores, en los casos de crisis matrimonial (nulidad, separación y divorcio) que nos darán una idea de la manera en la que se da preponderancia al interés superior del menor en todos los aspectos que abarca una situación de nulidad, separación o divorcio.

Para comenzar, la STS 13 Febrero de 2015 considera que se debe tener en cuenta “el interés real y no abstracto” del menor a la hora de determinar por el tribunal juzgador la persona a la que se le otorgará la guarda y custodia, circunstancia que no fueron tenidas en cuenta por el tribunal de Instancia y el de apelación.

⁶² Véanse además en éste sentido, S.A.P Asturias de 10 de mayo de 2016 y S.A.P Alicante 259/2014, de 26 de noviembre.

Así, en Sentencia de primera instancia se atribuye la custodia a la tía paterna del menor, ya que la madre se encuentra cumpliendo 18 años de prisión por matar a su ex marido y padre de su hijo, habiéndose establecido un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos que no ha sido cumplido por parte de la tía custodia por “la resistencia del menor a tener contactos con sus abuelos maternos, resistencia que los técnicos que informaron en el juicio atribuyen en buena medida a la deficiente gestión del duelo por la muerte del padre que ha realizado la tía y que ésta ha transmitido al menor”.

Con posterioridad, la tía del menor solicitó se le atribuyera la guarda y custodia definitiva del menor y se suspendiera el régimen de visitas con los abuelos maternos, a lo que los abuelos se opusieron y fueron más allá solicitando se le atribuyera a ellos la guarda y custodia definitiva.

El Juzgado de primera Instancia, mantuvo la guarda y custodia que ya venía desempeñando la demandante y estableció un régimen de visitas del menor con sus abuelos maternos-

La sentencia fue apelada ante la Ap., la cual atribuyó a los abuelos maternos la guarda y custodia y estableció un régimen de visitas con su sobrino.

La tía del menor, recurrió en casación cuestionando la valoración de la prueba realizado por la Ap. del equipo en cuanto declara que las opiniones del menor son “el resultado de las entrevistas a todos los afectados incluido entre estos al menor, cuya exploración es innegociable”, lo que no es cierto.

El TS considera que la AP realizó una errónea valoración de la prueba tal y como se demuestra en la argumentación utilizada al motivar la sentencia donde dice que “En la determinación de cómo conseguir el mayor beneficio del menor, cómo conseguir que el menor crezca sano, sin odio, con asunción de su sufrimiento, este tribunal otorga preponderancia a las conclusiones de las técnicas del equipo psicosocial judicial sobre las de la también psicóloga. En la justificación de esa preferencia este tribunal tiene en cuenta que “[...] todas ellas tienen un conocimiento profundo y suficiente del caso, pero que cabe presumir una mayor imparcialidad y acierto en las primeras (equipo psicosocial) porque coinciden entre ellas, sus opiniones son corroboradas por las encargadas del punto de encuentro familiar, son el resultado de entrevistas a todos los afectados y consultas a otras instituciones (p.e. Instituto de Medicina Legal de Ponferrada, APROME, etc.), mientras que la psicóloga adolece --por su vinculación con la tía paterna- de falta de apariencia de imparcialidad , no ha tratado con los técnicos del equipo psicosocial y no ha conseguido que el menor y la familia paterna estuvieran suficientemente preparados para afrontar las visitas en el Punto de Encuentro”.

Cierto es, continúa diciendo la sentencia, “ que ante distintos informes o pruebas, el Juez tiene libertad para escoger aquel o aquella que más próxima se halla a su convicción, pero motivándolo suficientemente, lo que no se cumple a través de un simple juicio de especulación, como el de la imparcialidad de los peritos, sin el correlativo reproche de parcialidad del otro u otros, como sucede en este caso con las declaraciones de la psicóloga que trata de manera habitual al menor, amparadas por otra suerte de pruebas y datos, incluido la exploración del menor que sí la realizó el Juez, y que se descalifica sin más para revisar toda la prueba practicada en el juicio y modificar la medida, pese a considerar que la tía materna viene proporcionando en líneas generales una adecuada asistencia material al menor, [...] porque considera que esto no es suficiente porque han fracasado absolutamente los encuentros del menor con sus abuelos maternos, convirtiéndolos en una experiencia traumática y conflictiva para él y para todos los demás participantes, lo que sin duda obedece más a las tensiones y desencuentros entre los adultos, que a la resistencia del propio menor a comunicarse con sus abuelos.”

Por consiguiente, el TS casa la sentencia recurrida, restituyendo la guarda y custodia del menor a su tía paterna, y estableciendo un régimen de visitas con sus abuelos maternos, todo ello por entender que “Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; de un menor que a los seis años de edad sufre una experiencia traumática por el asesinato de su padre, con el que convivía, por su madre, que cumple en la actualidad condena de 18 años de cárcel, y que ha estado bajo la custodia de la tía paterna desde entonces. El interés en abstracto no basta. Lo que la sentencia hace es cambiar el régimen de guarda y custodia de la tía paterna a los abuelos maternos porque han fracasado absolutamente los encuentros del menor con sus abuelos maternos, posiblemente porque ha sido incapaz de manejar satisfactoriamente el duelo de su sobrino (y seguramente el suyo propio) para permitir que éste tenga una relación satisfactoria con su madre y abuelos maternos; circunstancia que nada tiene que ver con el interés del menor, sino con el de los abuelos maternos del que, es cierto, no está necesariamente disociado pero que necesita para acordarlo de una justificación más rigurosa cuando lo que se pretende es un cambio no solo de la custodia, sino de una prolongada relación de hecho y de derecho de la tía con el niño que se ha demostrado eficaz. Con independencia del reproche que se pueda realizar del comportamiento de la tía custodia, lo que debe primar es el interés del menor en el marco de unas relaciones familiares complejas. Y es evidente, y

especialmente relevante, que en ninguno de los hechos que refiere la sentencia justifica el beneficio que para el menor representa el cambio. Se prescinde de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con su desarrollo integral y la incidencia que va a suponer el reintegro a la familia de su madre, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con su tía paterna, con la que la propia sentencia reconoce que está perfectamente integrado.”

De la misma manera ha sido entendido por la S.A.P de Alicante 185/2013 al expresar que “la valoración del interés superior del menor no debe ser interpretado solamente desde el punto de vista abstracto, sino que han de atenerse al interés superior real que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad familiar de cada caso, cuando resulta indudablemente beneficiosa para el menor, siendo la protección de los menores de edad un pilar esencial del Estado social y democrático de derecho consagrado en art. 39.4 de la Constitución española [...]”.

Pasaremos a analizar a continuación otra de las circunstancias en las que suele entrar en juego dicho principio que es la limitación del uso del domicilio familiar cuando existen menores según la STS de 18 de Mayo de 2015.

Se dictó sentencia en apelación otorgando la guarda y custodia a la madre, y atribuyendo el uso del domicilio familiar a la madre y al menor hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, con un límite máximo de 3 años.

El Ministerio Fiscal recurre en casación por entender que tiene interés casacional, y no respeta la doctrina establecida por la sala sobre la no limitación temporal del uso de la vivienda familiar cuya atribución regula el Art 96 CC.

El TS estima el recurso alegando que “El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla.

La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al

tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011)”.⁶³

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”. Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no solo se opone a lo que establece el art. 96.1 CC , sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala, incluida la sentencia de 17 de junio de 2013 , según la cual "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios [...]. Nada de esto se produce en el presente caso en el que la vivienda tiene carácter familiar y no existe ninguna otra vivienda que permita dar cobertura a los intereses del hijo, salvo la que resulte de una hipotética venta de la actual y compra de una nueva que permita su alojamiento transcurridos unos años.”

Así lo expresa, a census contrario, la sentencia 315/2015 de 29 de mayo que entiende que el hecho de que se atribuya el uso de la vivienda sin limitación temporal alguna al progenitor que tiene un hijo mayor de edad vulnera el art 96.3 CC y la jurisprudencia del TS puesto que “ La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso [...] deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior

⁶³Como reiteran las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 2011, 14 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011, aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley.

protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas.”⁶⁴

En otro orden de cosas, el alto tribunal, en la STS 25 de Septiembre de 2015 ha dictado una curiosa decisión en relación a la separación entre los hermanos en un proceso de Divorcio. En sentencia de divorcio de primera instancia se atribuye la custodia de los dos hijos mayores al padre, y la de los dos hijos menores a la madre, decisión que es confirmada por la Ap. Se recurre la sentencia ante el TS considerando que “la sentencia no ha tenido en cuenta el interés del menor a la hora de adoptar la medida de la guarda y custodia, obviando el artículo 92 del código civil que establece el principio de que se procure no separar a los hermanos, que si bien no se erige como un imperativo legal si debe regir las medidas que se adopten por los Tribunales a la hora de regular la situación de los hermanos.”

El TS viene entendiendo que los hermanos deben permanecer juntos, y solo deben separarse en casos excepcionales demostrando que será lo más beneficioso para su desarrollo.⁶⁵ Por lo tanto, el TS desestima el recurso y considera correcta la aplicación que se ha hecho del interés superior del menor, entendiendo que “El Tribunal de Instancia ha valorado el interés de los menores que confía a la guarda y custodia de la madre, atendiendo a criterios que la Sala considera útiles para ello, como es la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor , ya que la madre atendía a la familia y el cuidado de los hijos, su actitud personal adecuada según el equipo psicosocial, los deseos manifestados por los menores explorados judicialmente en presencia del Ministerio Fiscal y

⁶⁴ Así lo entienden otras sentencias del Tribunal Supremo tales como la 524/2011 de 5 de septiembre, de 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre de 2013 y de 12 de febrero de 2014

⁶⁵ En éste sentido, las STS de 17 de junio de 2013 y de 17 de octubre de 2013 consideran que “el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.”

del equipo psicosocial no muestran rechazo hacia la madre”⁶⁶. La única objeción sería que el Tribunal prescinde de la admonición de procurar no separar a los hermanos.

El Tribunal Supremo entendió que “tal decisión se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores, pues al convivir el que es menor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores, nunca sería posible la convivencia plena de todos los hermanos con un solo progenitor. La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable "mal menor", es la que se adopta, acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamientos de los lazos afectivos entre los hermanos.”

Por lo tanto, y para resumir, se podría concluir en que a pesar de que lo más recomendable sea no separar a los hermanos en los procesos de nulidad, separación o divorcio, sin embargo se deberá estar a las circunstancias especiales del caso concreto, acudiendo a la audiencia de los menores, y exploración de los mismos cuando ello fuera necesario a fin de adoptar la solución más favorable para el interés del menor.

Por otro lado, la STS 359/2013, de 24 de Mayo hace referencia al derecho de visitas que corresponde a los abuelos, entendiéndose que no se debe priorizar el derecho de la madre (tal y como se hizo en la sentencia que se cita) a la hora de ponderarlo con el interés superior del menor y añade que el hecho de la existencia de un distanciamiento y las malas relaciones de los abuelos con los alguno o ambos progenitores no puede alegarse como causa para impedir las visitas y comunicaciones entre los abuelos y los nietos reconocidas en el art. 160 CC.⁶⁷

En ésta ocasión, se solicita por los abuelos paternos de la menor que se establezca un régimen de visitas y comunicación, solicitud que se ha denegado tanto en primera Instancia como en apelación basándose en que “las malas relaciones entre los progenitores y la abuela de la menor, así como la corta de edad de la niña y el distanciamiento,[...] son causa

⁶⁶ Criterios establecidos en STS de 25 de Octubre de 2012.

⁶⁷ En éste sentido, para mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2013, establece que “la justa causa para negar esta relación no puede alegarse de una forma simplemente especulativa, sino concreta para ver si responde a una realidad que pueda servir de argumento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor”.

suficiente para la improcedencia de establecer por el momento un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos, pues las nefastas relaciones entre abuela e hija pueden repercutir negativamente en el desarrollo y la estabilidad de la nieta, cuyo interés pueda verse afectado y perjudicado por unas relaciones que fueron inicialmente adecuadas y correctas, pero que posteriormente y por diversas causas se deterioraron.”

Sin embargo, el TS casó esa resolución, entendiendo que se ha priorizado en todo momento el interés de la madre frente al de la menor, lo que es contrario a la jurisprudencia, que dicta que se debe priorizar siempre el interés del menor.⁶⁸

Además en reiteradas sentencias, así como en el Art 160 CC se establece que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos, otros parientes y allegados.”⁶⁹

Por consiguiente, el Tribunal Supremo entiende que “a lo largo de lo argumentado en la sentencia no se explica de qué manera o por qué estas malas relaciones pueden influir negativamente a la menor, que lo único argumentado son las malas relaciones que tiene la abuela de la menor con la madre de esta y esto no es razón suficiente para denegar el derecho de visitas a los demandantes, pues entiende que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, o, como ocurre en este caso, por las malas relaciones existentes entre

⁶⁸ Otras sentencias dictadas en éste sentido son las SSTTS de 20 de octubre de 2011, de 27 de julio de 2009; 723/2013 de 14 de noviembre; 632/2004 de 28 de junio; S.A P Pontevedra 401/2009 de 23 de julio; S.A.P Sevilla 251/2011 de 18 de junio, entre otras.

⁶⁹ En éste sentido la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos señala que los abuelos, "pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor", pues "disponen de una autoridad moral" que les "permitirá contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de los referentes necesarios y seguros en su entorno, neutralizando así los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis familiar.” *Sigue añadiendo que* “Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia.”

la progenitora y su madre, abuela de la menor, cuando no afectan al interés de los menores”.

Es por ello que el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por los abuelos de la menor declarándoles el derecho a comunicarse con su nieta y que dicha relación se producirá a través del Punto de Encuentro Familiar, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, y con el [...]“apercibimiento de la posibilidad de suspender o limitar el régimen de visitas cuando se observe, a juicio del juez, un perjuicio a la menor.”⁷⁰

Otra de las novedosas resoluciones es en relación a la atribución de la guarda y custodia de los menores en un procedimiento de éstas características es la STS 14 de Octubre de 2015 en la que se establece que no hay denegación de la custodia para el cónyuge que se va del domicilio familiar.

Tanto el Juzgado de Primera instancia como el de apelación negaron al padre la concesión de la Custodia Compartida, por entender que al haberse ido de la vivienda, hizo dejación del derecho y supone un “implícito reconocimiento de la mejor aptitud del otro progenitor para cuidar de los menores.”

El alto tribunal, ha casado dicha resolución entendiendo que “Esta sala no puede aceptar que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor”. Asimismo rechazan que la “salida civilizada” de la vivienda suponga aceptar que la guarda y custodia corresponde al otro progenitor. Además, recuerdan que la redacción el artículo 92 del Código Civil, en el que se regula la custodia compartida, no permite concluir, como hizo el juzgado de familia en este caso, que este tipo de custodia sea una medida “excepcional”.

⁷⁰ La STS 576/2009, de 27 de julio entiende que “[...] habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre”. Además, reiterada jurisprudencia tales como las SSTS 576/2009, de 27 de julio; 632/2004, de 28 de junio; 904/2005, de 11 de noviembre, y nº 858/2002 de 20 de septiembre han establecido otras causas para no fijar las visitas con los abuelos tales como la falta de vínculo afectivo, falta de relación o ausencia de contacto, conducta inapropiada de los abuelos, riesgo razonable demostrado con informes psicológicos etc.

“Al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho que tiene los hijos a relacionarse con ambos progenitores”, advierte.

Una cuestión que ha causado bastante sorpresa es la cuestión del pago de la pensión por parte de los abuelos en caso de imposibilidad de los progenitores. Éste tema ha sido tratado entre otras, por la STS 120/2016, de 2 de Marzo de 2016.

Una madre que cobra solo una pensión contributiva de 450, solicita que los abuelos maternos y paternos se hicieran cargo del pago de la pensión de alimentos ya que su marido tenía una discapacidad que le hacía imposible acceder al mercado laboral y atender las necesidades de los menores. La Ap. estimó la demanda alegando que hay una diferencia en la naturaleza jurídica de la obligación de alimentos que incumbe a los padres respecto de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial (Art 93 CC) y la obligación de alimentos entre parientes del Art 142 y ss. Por tanto, concluye la sentencia,” el deber de alimentar a los hijos menores constituye una prestación más amplia que la contenida en el art. 143 CC y ello se manifiesta precisamente al tiempo de la fijación de la cuantía alimenticia, sin que pueda pretenderse, con el presente procedimiento, que se proceda a la mera sustitución de la obligación del padre, de manera automática y sin mayores elementos de valoración, por la prestación que se deba imponer a los abuelos, sino que, por el contrario, ha de atenderse a los criterios legales establecidos en materia de alimentos entre parientes, y ello desde una doble perspectiva: la de los conceptos que hayan de integrar tales alimentos, reflejados en el art. 142 CC, y la relativa a los criterios de proporcionalidad para la fijación de su cuantía, recogidos en el art. 146 CC.”⁷¹

Asimismo en relación a los alimentos para la nieta, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que” la insolvencia del padre no debe perjudicar el interés de su hija, estando dicho interés por encima de cualquier otra cuestión, estableciendo que los abuelos maternos y paternos sí tienen la obligación de afrontar los gastos que genere su nieta, ante la insolvencia de sus padres, respetándose el principio de proporcionalidad, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial que fijaba una pensión alimenticia a cargo de los abuelos paternos de 135€ mensuales y a cargo de los abuelos maternos de 115€ mensuales”.

⁷¹ El TS en éste caso además rechaza aumentar la cuantía de la pensión de alimentos de la menor ya que "los abuelos tienen obligación de afrontar los gastos que generen sus nietos, ante la insolvencia de los padres, con respeto estricto del principio de proporcionalidad”, criterios reconocidos en los arts. 145 y 146 CC.

Por otra parte, el Tribunal Supremo resuelve que con relación a los gastos extraordinarios, los abuelos no están obligados a abonarlos pues los mismos sólo se deben en las relaciones padres e hijos, pero no para el caso de abuelos y nietos.

Un tema que causa bastantes conflictos en las relaciones entre los progenitores es la cuestión del cambio de residencia de, en éste caso, la madre.

En la STSJ Aragón de Mayo de 2017 se resuelve el caso de una madre que posee la guarda y custodia del menor con domicilio familiar en Teruel, decide trasladarse a vivir a Barcelona alegando que allí tiene posibilidades de trabajar en la peluquería regentada por su hermana.

El Juzgado de Primera Instancia establece la custodia compartida para el caso de que regresase a Teruel o la custodia exclusiva al padre, en caso de que continuase residiendo en Barcelona.

La sentencia fue apelada por la madre ante la Audiencia Provincial, dándole ésta la razón y estableciendo régimen de visitas para el padre, quien procedió a interponer recurso de Casación ante el TSJ de Aragón, quien casó la sentencia y confirmó la decisión de Primera Instancia alegando que “el interés primordial es el del menor, no siendo relevante en éste caso concreto el hecho de la justificación o no del traslado de la madre a Barcelona”.

Entiende además que “[...] no hay duda de que, siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno, máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente. Continúa explicando que “[...] frente a la razonabilidad de esa decisión del Juez de primera instancia, contrasta llamativamente lo acordado en la sentencia de apelación. En ella, la revocación de lo decidido se justifica con la endeble alusión, como con acierto pone de relieve el Fiscal, a una parte del informe pericial que no pasó inadvertida al Juez a quo, pero que desechó precisamente por la irrelevancia de su contenido. Pese a que se expresa en la sentencia de segunda instancia que la razón de acordar la custodia individual es la distancia entre las localidades de residencia de los progenitores – no se niega, pues, la aptitud de uno y otro- justifica la atribución de dicha custodia a la madre por el dato de haber sido la principal cuidadora del menor durante el régimen de convivencia; porque puede cubrir las necesidades del menor en solitario mientras que el padre las cubre con apoyos, y por algunas carencias observadas en los

resultados del test psicométrico del padre. Esto revela que en realidad, lo que ha sucedido es que se ha dado prevalencia a la situación de hecho existente, de modo que lo que realmente sustenta la decisión adoptada es la aceptación de esa situación y no la efectiva atención al interés superior del menor. Debe entenderse, en consecuencia, y de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, que la sentencia impugnada ha vulnerado el art. 80.2 en la atribución del régimen de custodia. En consecuencia, procede la estimación del recurso, anulando la sentencia impugnada”.

En reiterada jurisprudencia⁷² se resuelve de manera similar, anteponiendo ante el hecho del cambio de residencia el interés superior del menor, valorando la procedencia o no de dicho cambio o traslado, teniendo en cuenta las consecuencias que podrían derivarse del mismo para el desarrollo de su personalidad y su adaptación.

Analizaremos a continuación sentencias pioneras e interesantes en relación con la Guarda y custodia compartida e interés superior del menor.

La importante STS 55/2016, de 11 de Febrero de 2016 considera y resuelve que el establecimiento de la custodia compartida no exime del pago de pensión de alimentos en los casos en los que los que los ingresos de ambos cónyuges no sean proporcionados, todo ello, atendiendo al interés superior del menor. Sin embargo, para que ello ocurra, el progenitor que tiene menos recursos debe probar ante el juez o tribunal que el otro progenitor percibe mayores ingresos, es decir, debe probar que efectivamente existe el desequilibrio económico exigido por el art 146 CC y la jurisprudencia.⁷³

⁷² Véanse en éste sentido, SSTS de 31 de marzo de 2016; 11 de diciembre de 2014; 26 de octubre de 2012 y 10 de septiembre de 2015.

⁷³ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de les Illes Balears, núm. 151/2012 de 16 abril. 2012\159216, en la que se explica que “[...]No obstante ello, dicha concreta contribución que, en tal caso, uno de los progenitores prestaría para cubrir, en mayor o menor medida, los alimentos del menor durante la custodia del otro progenitor, debería respaldarse, por parte de quien lo solicita, en una prueba solvente que acredite tal aventajamiento paterno en los ingresos o el patrimonio que haga evidente la necesidad de compartir económicamente, en interés del menor, el gasto de alimentos de éste durante el tiempo en que, en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, esté custodiado por la madre. Bien entendido que, al ser compartida la guarda y custodia no cabe atribuir a ningún progenitor, en este caso a la madre apelante, una ventaja por mayor dedicación " in natura" al menor, pues se ha de presumir similar la dedicación en la guarda y custodia compartida.

Se dicta en primera instancia, resolución que establece la guarda y custodia compartida de los menores y el abono por parte del padre de 350 euros en concepto de pensión alimenticia, además de 150 euros de pensión compensatoria a su ex cónyuge, durante dos años. Con posterioridad, dicha sentencia fue revocada por la AP Sevilla, otorgando la guarda y custodia a la madre, manteniéndose la pensión de alimentos pero sin limitación temporal, y aumentándose el límite de la pensión compensatoria de 2 a 3 años.

El padre, interpuso Recurso de Casación, que fue parcialmente estimado en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, entendía el recurrente que no correspondía el pago de una pensión alimenticia al otorgarse la custodia compartida, ya que cada uno de los progenitores se haría cargo de los gastos durante el tiempo que les correspondiera estar con ellos, a lo que el TS responde que “la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.”

Asimismo, considera acertada la decisión de la AP de eliminar la limitación temporal en cuanto a la pensión de alimentos por entender que “los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda encontrar trabajo o no”.

Por otro lado, la STS 465/2015, de 9 de Septiembre considera que procede el otorgamiento de Custodia Compartida a pesar de la existencia de discrepancias de los padres al respecto.

Así, se dicta en primera instancia, sentencia estableciendo la guarda y custodia compartida respecto de sus tres hijos menores. Dicha sentencia es revocada por la AP de Guipúzcoa, otorgándose la guarda y custodia a la madre, con un régimen de visitas para el padre y entendiéndose que el otorgamiento de la custodia compartida solo podía ser estimada si existiese acuerdo entre las partes, cosa que no ocurría en éste caso concreto.

El padre recurre al TS quien restituye la Custodia Compartida por entender que no se tuvo en cuenta el interés del menor, recordando que debe entenderse el otorgamiento de la custodia compartida no como algo excepcional, sino como algo normal e incluso, deseable,

y agrega que” «La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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.»⁷⁴

El alto tribunal entiende que “[...] la discrepancia de los padres sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, y estima que el informe psicosocial emitido por el perito judicial es importante, pero sus conclusiones deben ser analizadas jurídicamente por el tribunal”.

Siguiendo en la misma línea, la STS 96/2015, de 16 de Febrero analiza y resuelve un caso en el que existe conflictividad entre los progenitores y se solicita la Custodia compartida, estableciendo que los motivos que alega la sentencia recurrida no son suficientes para concluir la denegación de la custodia compartida, ya que los niveles de conflictividad son los normales en una situación de éstas características y existen posibilidades de establecer un dialogo entre ellos.⁷⁵

⁷⁴Se atreve además el TS a describir en ésta resolución algunas de las ventajas que tiene el establecimiento de un régimen de custodia compartida, tales como el fomento de la integración o adaptación de los menores con ambos progenitores, evitación del sentimiento de pérdida, fomento de la cooperación entre los padres en decisiones que benefician a los menores, etc.

⁷⁵El Tribunal Supremo viene insistiendo en que las sentencias recaídas en procesos en que se discute la guarda y custodia compartida han de valorar correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS de 28 de septiembre de 2009, 8 octubre de

En sentencia de divorcio se estableció la custodia a favor de la madre. Posteriormente, la Ap. de Sevilla desestimó el recurso interpuesto por el padre en el que solicitaba la Custodia Compartida, por entender que había un alto nivel de conflictividad en la pareja, por lo que esa situación sería un “semillero de problemas, que iba a intensificar la judicialización de la vida/ de los litigantes e incidir negativamente en la estabilidad del menor”

El progenitor, interpone recurso ante el TS, alegando vulneración de la doctrina jurisprudencial del TS argumentando que “[...] las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida, no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo.[...]”

El alto tribunal, casa la sentencia recurrida entendiendo que “[...] Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.”

En la STS 616/2014, de 18 de Noviembre se decide por el tribunal juzgador el cambio de régimen de custodia por cambio de las circunstancias que justificaban el Convenio Regulador inicial.⁷⁶

Inicialmente se procede a dictaren primera instancia sentencia otorgando guarda y custodia a la madre, e imponiendo un régimen de visitas y pago de pensión de alimentos por parte

2009 , 7 julio de 2011 , 21 de julio de 2011 , 22 de julio de 2011 , 27 de septiembre de 2011 , 9 de marzo de 2012 y 29 de abril de 2013).

⁷⁶ Véanse las SSTS de 19 de julio de 2015 y 26 de junio de 2015 entre otras, en las que el alto tribunal también desautoriza los argumentos alegados hasta el momento por muchos juzgados y tribunales para denegar la custodia compartida en los casos en los que existía un convenio regulador inicial que otorgaba la guarda y custodia a uno de los progenitores.

del padre. Dicha resolución es recurrida ante la AP quien la revoca solo en algunos puntos relativos al régimen de visitas, pero no en lo relativo al sistema de guarda y custodia, razón por la que el progenitor recurre ante el TS alegando que no se motivó suficientemente la denegación de la Custodia Compartida por él solicitada, ya que solo alega que no hay cambios significativos en las circunstancias que justifiquen un cambio de sistema de custodia desde la fecha en la que se firmara el Convenio regulador, sin tener en cuenta otras circunstancias, tales como la compra por parte del padre de una casa cerca de la vivienda de su madre, flexibilidad de su horario laboral, buena relación entre los progenitores, etc.-

El TS estima los motivos alegados por el recurrente argumentando que "la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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 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. [...]". Pues bien, la sentencia revocada reconocía que ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que el menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida pese al cambio de residencia y de horario laboral del padre, e incluso la cordialidad en las relaciones entre ambos progenitores, que se esgrimen para hacer efectiva la medida, puesto que han ofrecido "las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño" y ello, pese a reconocer en el padre las condiciones necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora la función debatida, porque "alteraría los hábitos y rutina diaria" a la que viene acostumbrado. Es decir, la sentencia "petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido". La sentencia del TS argumenta en primer lugar que "[...] el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente

significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013". En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos". En tercer lugar, "la rutina en los hábitos del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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. Por consiguiente, la valoración del interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardada. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, que aparecen como hechos probados, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior".

En cuanto a la atribución del uso del domicilio familiar en casos de custodia compartida, el TS en sentencia 576/2014, de 22 de Octubre considera que la vivienda quedará sometida a un proceso de liquidación porque la madre no requiere una protección especial.

En sentencia de divorcio se otorga la custodia a la madre, así como el uso de la vivienda familiar, correspondiéndole al padre un régimen de visitas.

Con el tiempo, las visitas del padre se han flexibilizado, la pareja de su madre convive con ellos en el domicilio familiar. El padre solicita la custodia compartida, demanda que fue desestimada en primera instancia, así como también por la Ap., la cual, a pesar de reconocer la situación de ampliación del régimen de visitas, que prácticamente era el de una custodia compartida, entendió que no era sustancial ni trascendental-

Dicha sentencia fue recurrida ante el TS, el cual revoco la resolución anterior y estableció la Custodia compartida, entendiendo que “De acuerdo con el art. 92, en relación con el art. 90, ambos del C. Civil se ha de entender que no concurre óbice alguno para la adopción del sistema de custodia compartida, dado que no se aprecia conflictividad entre los padres que lo desaconseje y la relación del padre con el menor es también lo suficientemente entrañable como para posibilitar un contacto más estrecho, que "de facto" ya se viene dando.

Hemos de referir, igualmente, que entre los dos procedimientos judiciales, han cambiado sustancialmente las circunstancias, dado el nuevo régimen legal que amplía la posibilidad de adoptar el sistema de custodia compartida, no siendo necesario contar con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado que “La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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 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"⁷⁷ abril 2014 Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de

⁷⁷ Véase al respecto STS de 25 de Abril de 2014, 19 de Julio de 2013.

situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es "aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos" (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que "el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. [...]" . Junto con la modificación de la doctrina del TC, en el caso presente se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias hasta el punto de que padre y madre han flexibilizado el régimen de custodia favoreciendo una mayor estancia con el padre, habiéndose repartido la custodia prácticamente con ambos progenitores, concurriendo una situación de armonía entre ellos que facilita la adopción de la custodia compartida.

En cuanto al uso del domicilio familiar, y teniendo en cuenta que al establecerse la Custodia Compartida la madre no necesita de una protección especial, el TS dictamina que queda sujeto a un proceso de liquidación, estableciendo un límite de tiempo prudencial para que se realice el mismo.

En un sentido similar ha resuelto el Alto Tribunal en la reciente sentencia 95/2018 de 20 de febrero en donde se recurre una sentencia de la Audiencia Provincial en la que habiéndose en un principio establecido el régimen de custodia compartida, se procedió a atribuir por ésta el uso de la vivienda familiar a la madre del menor, hasta que éste cumpliera la mayoría de edad.

El TS casa ésta sentencia entendiendo que "en los supuestos de custodia compartida es admisible la atribución del uso de la vivienda al progenitor que tenga más dificultad de

acceso a una vivienda para que, con ello, pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía. Ahora bien, cuando no existe riesgo de poner en peligro dicho régimen de guarda compartida por poder acceder cada progenitor a una vivienda adecuada a sus necesidades, resulta improcedente la atribución indefinida del uso del que constituyó en su día el domicilio familiar a efectos de armonizar, de una parte, el interés del titular del inmueble, y de otra, el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda [...]”⁷⁸

Entiende en éste caso el Alto Tribunal, que la situación económica de la madre le permite sin ningún tipo de problemas acceder a una vivienda que le permita hacer efectivo el cumplimiento del régimen de custodia compartido impuesto. Por lo tanto procedió a otorgar “[...] el uso y disfrute compartido entre los progenitores por anualidades alternas y hasta la división del patrimonio común”.

Por otro lado, el alto tribunal se ha pronunciado en relación al extendido problema de la falta de motivación de la sentencia y el desconocimiento de la Jurisprudencia del TS en la sentencia 194/2016, de 29 de Marzo.

En ésta ocasión, se recurre ante el TS la denegación por parte de la AP de la Custodia Compartida, al entender el recurrente que “[...] no se esgrime una motivación suficiente en la resolución recurrida y que se opone a la doctrina jurisprudencial ya que a pesar de que se ha probado la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender al menor y que resulta beneficioso para el mismo, como así lo acredita el amplio régimen de visitas acordado, sin embargo se deniega el régimen solicitado”. La sentencia, casa la resolución anterior, y da la razón al recurrente alegando que “[...] aplica de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo.[...]”⁷⁹

⁷⁸ El Diario La Ley, N° 9169, Sección La Sentencia del día, 3 de Abril de 2018, Editorial WoltersKluwer entiende en éste sentido que “Las medidas que se adopten siguiendo el criterio del superior interés del menor deben también tener en cuenta otros intereses legítimos presentes, como en el presente caso, en el que concurre el interés legítimo del padre de poder disponer de la vivienda de la que es cotitular”.

⁷⁹ En éste sentido, el alto tribunal viene entendiendo que “[...] Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un

“La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio. Antes al contrario, al régimen amplio de comunicaciones establecido en la sentencia, se añade un buen nivel de relaciones entre los progenitores (nada en contra dice la sentencia), una comunicación entre padre e hijo extensa, intensa y abundante que actualmente se asemeja a la custodia compartida y unas concretas circunstancias laborales y materiales concurrentes en el recurrente que le permiten afrontar las obligaciones que derivan de dicha convivencia.”

En otro de los ámbitos en los que suelen ocasionarse problemas es en el caso de la existencia de una distancia considerable entre los domicilios de los progenitores, lo que dificulta la posibilidad del establecimiento de la custodia compartida. En éste sentido, la STS 115/2016, de 01 de Marzo la ha denegado porque lo considera inviable y contrario al interés más necesitado de protección, que es el del menor.

Se establece en primera Instancia guarda y custodia a favor de la madre, sentencia que se confirma en Apelación, razón por la cual, el padre recurre ante el TS, alegando que se

sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta), a partir de una doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio , 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio , 578/2011, de 21 julio , 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia”

vulnera el prevalente interés del menor al no acordar la custodia compartida, basándose en criterios tan dispares y cuestionables como son: la corta edad del menor o la distancia geográfica entre ambos progenitores.

En éste sentido, el alto tribunal desestima las pretensiones del demandante, atendiendo a los siguientes razonamientos: “Examinada, por esta Sala, la resolución recurrida a la vista de esta doctrina jurisprudencial, debemos declarar que se ha respetado escrupulosamente el interés del menor, eje que debe guiar las resoluciones judiciales y ello porque en la resolución recurrida no solo se tiene en cuenta la corta edad del menor, sino el trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores. Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida”.

Se resuelve de similar manera en la STS de 21 de diciembre de 2016 alegando el alto tribunal que “El hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable, añadiendo que «[...]», aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio.⁸⁰”

La jurisprudencia sigue manteniendo éste criterio, ya que en la reciente sentencia del Tribunal Supremo 4/2018 de 10 de Enero se estableció en un caso similar en el que la distancia entre los domicilios de ambos progenitores era de 1000 km que “ [...]de la

⁸⁰ Véanse al respecto, STS de 1 de marzo de 2016 y S.A.P Barcelona de 5 de octubre de 2011, STS de 01 de marzo de 2016, STS de 21 de diciembre de 2016 y STS de 5 de diciembre de 2016 en las que se considera que “[...] si la distancia entre los progenitores es considerable el interés del menor no hace recomendable la custodia compartida”.

doctrina jurisprudencial se deduce que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre”.

Vemos por lo tanto en éste sentido que aunque concurren varios o todos los requisitos que hacen recomendable el establecimiento del régimen de Custodia compartida, reconociéndose incluso la inexistencia de diferencias en cuanto a la capacidad de los progenitores para cuidar del menor, el mero hecho de la existencia de una distancia considerable entre los domicilios de los progenitores hace inviable esa decisión, todo ello, claro está, en aras de la protección del interés superior del menor.

En la STS 368/2014, de 2 de Julio se procede a dirimir una cuestión acordando la custodia compartida por entender que ésta ya se venía ejerciendo de hecho.

Se recurre ante el TS sentencia en la que se deniega custodia compartida solicitada por el padre a pesar del informe favorable del equipo psicosocial y de prácticamente existir una custodia compartida de facto. El alto tribunal estima el motivo del Recurso, alegando que “Ambos progenitores cuentan con capacidad para atender a sus dos hijos de manera adecuada. Ambos mantienen vías de comunicación para temas relacionados con los mismos, como refiere el informe del equipo psicosocial, y su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, estando próximos sus domicilios en una pequeña localidad. Tomar como referencia el acuerdo previo por el cual la guarda y custodia la debía ostentar la madre supone desconoce la realidad de las cosas y lo que es más grave, deja sin valorar la actitud de uno y otro progenitor para llegar a un compromiso de custodia provisional tras la ruptura, que no tuvo otra finalidad que la de garantizar el inmediato interés de los menores tratando de no perjudicarles y de no generar un ambiente de conflictividad que repercutiese negativamente en ellos. Téngase en cuenta que el acuerdo se alcanza tras el verano de 2012 y que la demanda se formula ese mismo año. Se trataba, sin duda, de un régimen transitorio a la espera de lo que se resolviera judicialmente pues, al cabo, ambas partes no dirimieron sus diferencias de común acuerdo, sino mediante resolución judicial; resolución que impuso un régimen de visitas tan amplio a

favor del esposo (fines de semana alternos, de jueves a lunes, y comunicación intersemanalen las tardes de los martes y jueves, además de las correspondientes a los periodos vacacionales) que sorprende que no se adoptara el que ahora se instaura mediante la estimación del recurso puesto que el cambio para los menores sería mínimo y sin duda más beneficioso”.⁸¹

Uno de los requisitos indispensables para el establecimiento de la guarda y custodia compartida es que la misma sea solicitada por al menos uno de los progenitores. Así lo establece la STS 257/2013, de 29 de Abril que pasamos a analizar.⁸²

Se solicitó la custodia exclusiva por ambos padres, tanto en primera instancia, donde se otorga la custodia al padre con un amplio régimen de visitas para la madre, como en Apelación, en donde la madre solicita además como medida subsidiaria la custodia compartida, desestimándose ésta petición. Cabe mencionar que existe informe favorable del Ministerio Fiscal para la concesión de la guarda y custodia compartida en primera instancia, y un informe de No oposición a la custodia compartida en la preparación a la Apelación.

⁸¹ Véase en éste sentido la STS de 29 de Abril de 2013 en la que establece como doctrina jurisprudencial que procede acordar la guarda y custodia compartida, cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala de la siguiente forma : "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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.

⁸² En éste sentido, un informe no vinculante realizado por el Consejo General del Poder Judicial consideró que no era recomendable ni positivo el establecimiento de la guarda y custodia compartida cuando ésta no hubiera sido solicitada por al menos uno de los progenitores, puesto que no propiciaba un ambiente idóneo “[...] para la estabilidad y bienestar del menor “.Informe que el TS ha acatado en numerosas sentencias tales como STS 400/2016 de 15 de junio y de 19 de abril de 2012.

Ya en casación, la madre solicita la custodia compartida, basándose en el informe del Ministerio Fiscal que no se oponía al mismo y alegando que no había razones para la denegación de la misma.

El TS en éste caso, admitió el recurso en éste punto por entender que “los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida[...] se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. Continúa explicando que “Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autor regular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor”.

Por lo que el Alto tribunal entiende que no puede otorgarse la misma, argumentando que “el artículo 92 CC - STS 19 de abril de 2012 - establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente"⁸³ y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos. En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de al menos uno de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá

⁸³Sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio.

establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.⁸⁴No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC , el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir ésta petición.

En el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacer efectivo este régimen. Por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado, ratificada en este aspecto por la recurrida, no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se deba tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración ha señalado esta Sala, 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven⁸⁵.”

Por lo tanto, se anula la sentencia recurrida solo en lo referido a las causas de denegación de la Custodia Compartida, si bien, se sigue negando la conveniencia en éste caso concreto de la atribución de éste régimen aunque por razones distintas a las esgrimidas por la resolución de la Ap., manteniendo en todos los demás extremos el pronunciamiento de la misma y estableciendo como doctrina jurisprudencial que “la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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

⁸⁴ Sin embargo, el TS de manera excepcional puede conceder la custodia compartida aunque no haya sido solicitado por ninguno de los progenitores cuando considere que la atribución de la misma sea la manera más conveniente y eficaz para la protección del interés superior del menor. Así lo ha entendido, entre otras, en la Sentencia 614/2009, de 28 de septiembre.

⁸⁵ Así lo expresan, entre otras, las SSTTS 10 y 11 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2011.

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 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.”⁸⁶

Una resolución pionera en éste sentido es la 61/2018 de 23 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, que a pesar de no derivar del TS es muy novedosa por no seguir lo establecido por la jurisprudencia del Alto Tribunal ya que se atribuye la custodia compartida a pesar de que el padre de los menores no quería la imposición de dicho régimen.

El alto tribunal se basó en que uno de los menores padece una discapacidad del 33 %, habiendo empeorado en los últimos tiempos, con lo que el cuidado exclusivo de los menores por su parte es prácticamente inviable.

Concretamente, el tribunal ha entendido que “ [...] la entidad del problema familiar exige extremar las posibilidades y deberes respectivos de ambos progenitores, sin que pueda hacerse recaer sobre ninguna de ellos en particular o con mayor protagonismo personal como hasta la fecha resultaba, esencialmente a través de la madre”.

Recalca por otro lado la necesidad de la existencia de “[...] un sistema "paritario y lo más equilibrado **posible**", que sirva de "acicate o estímulo a la progresión e implicación más intensa en la corresponsabilidad de ambos padres para el mejor desarrollo y atención sobre los dos menores y en particular del hijo discapacitado”.

⁸⁶Criterio que tiene traen causa de otras resoluciones del TS, concretamente (y entre otras), las sentencias de 576/2010 de 1 de Octubre, 496/2011 de 7 de Julio y 576/2010, en las que se considera a la custodia compartida no como algo excepcional sino que debe considerarse como la medida más normal[...] refiriéndose a la “excepcionalidad” como aquellas situaciones en que se carece de acuerdo entre los progenitores, “*no a que deban darse circunstancias específicas para acordarla*” (STS de 25/5/2012).

En éste sentido, ésta resolución introduce una importante innovación en ésta materia, ya que, tal y como ha comentado la vicepresidenta de la Asociación española de abogados de familia (AEAFA), María Dolores Azaústre “Hasta ahora, los tribunales entendían que si el progenitor se negaba a cuidar de los hijos, difícilmente se le podía obligar”.⁸⁷

5.3 otras sentencias importantes en las que prima el interés del menor.

Una cuestión importante en relación con la protección de éste principio de interés del menor es la relativa a los casos de alienación parental, cuestión sobre la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Recientemente, en la Sentencia 206/2018 de 11 de abril procedió a cambiar la custodia a favor del padre, entendiendo que la menor estaba siendo manipulada por su madre en contra de su padre, lo que estaba afectando a su “desarrollo psicoevolutivo”.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que atribuye al padre la custodia exclusiva de la menor al entender que “[...] la menor estaba severamente influenciada por la actitud de la progenitora, afectando al desarrollo psicoevolutivo de la menor [...]”, añadiendo posteriormente que “[...] la actitud de la progenitora afecta al desarrollo de la hija, que bien podría tener secuelas en su vida posterior, siendo dicha opinión del informe técnico coincidente con el resultado de la exploración de la niña.”

Finalmente, ante la alegación realizada por la madre en el Recurso de Casación en donde expresaba que no se había tenido en cuenta por el órgano juzgados los deseos de la menor, quien al ser interrogada explico que quería seguir viviendo con su madre, el TS entiende que “el interés de la menor no tiene por qué coincidir necesariamente con su voluntad, pues es posible que ésta se encuentre condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro, y no se observa que la Audiencia no hubiera fallado en favor del interés de la niña”.

⁸⁷En este sentido, la jurista ha hecho referencia a una sentencia de la Audiencia de Valencia, que rechazó imponer la custodia compartida que reclamaba una madre para que el padre se implicara en el cuidado de un hijo enfermo. También dictaminó es éste sentido un juzgado de Madrid en referencia al caso de una madre que pedía ayuda para compartir con el padre los cuidados de su hijo autista.

La STC 176/2008, de 22 de Diciembre es otra relevante resolución es la que restringe el derecho de visita del menor con su padre, por estar éste en pleno proceso de cambio de sexo, entendiendo el tribunal que no existe discriminación hacia el progenitor por su condición de transexual, sino que se ha primado el interés del menor, que desaconseja un régimen más amplio de visitas para evitar los efectos negativos un cambio de éstas características pueden provocar en el menor y el desarrollo de su personalidad.

Así, se solicita por la madre la privación de la patria potestad y del régimen de visitas y comunicaciones con el menor por estar el padre inmerso en un proceso de cambio de sexo. Tanto el órgano de primera Instancia, como el de apelación deciden no privar al padre de la patria potestad, pero decidieron que el régimen de visitas se realizara en un punto de encuentro en presencia de psicólogos y la madre para paliar los efectos que los cambios y la inestabilidad emocional del padre, provocado por el cambio de sexo pudieran causar en el menor. Ambos juzgados entienden que ésta restricción del régimen de visitas no implica una discriminación por el hecho de ser transexual, sino que la decisión tomada se considera como la más adecuada para proteger el interés del menor.

Como consecuencia, el padre interpuso Recurso de Inconstitucionalidad, argumentando que el nuevo régimen de visitas constituye una discriminación por razón de sexo, vulnerando así el Art 14 CE.

Sin embargo, el alto tribunal ha desestimado dicha demanda, entendiendo que “partiendo de las pruebas practicada en anteriores órgano jurisdiccionales, entre ellas, la pericial psicológica, así como de un razonamiento motivado y razonable ha justificado la necesidad y proporcional la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente, al apreciar la existencia de un riesgo cierto de que, dado el trastorno emocional coyuntural que sufre en el presente caso el padre, según el resultado de la evaluación psicológica realizada a instancias del órgano judicial, pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor si se mantuviese el régimen de visitas originario, ya que, lo que está en juego es la integridad psíquica del menor, y ello no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse ya sea, por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados

por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional entiende que las decisiones tomadas por los anteriores órganos jurisdiccionales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Fiscal, por un supuesto perjuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre. Por consiguiente, este Tribunal descarta que se haya dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paterno filiales.”

Vemos por lo tanto, como el interés del menor en éste supuesto, prima una vez más sobre el derecho de comunicación y visitas del padre, ya que de lo contrario existiría un riesgo para el desarrollo emocional y psicológico del menor.

Asimismo, y siguiendo en la línea del derecho del menor de relacionarse con las personas a las que le une una relación afectiva, en la sentencia 320/2011, de 12 de mayo de 2011 el Tribunal Supremo considera que un menor concebido por inseminación artificial tiene derecho a relacionarse con la ex compañera sentimental de su madre biológica.

En primer lugar, el alto Tribunal nos recuerda que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950 establece un marco de protección muy importante para la familia. Así, el Art. 8 de este Convenio establece, en su párrafo primero, que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]". Dicho artículo ha sido interpretado en el sentido que aquí se mantiene en relación al artículo 39 CE, por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 septiembre 2007, en el caso Wagner y J.M.W.L. vs Luxemburgo⁸⁸.

⁸⁸ . En este caso se decidió que el estado de Luxemburgo había violado el art. 8 de la Convención europea ya que se negó a reconocer el exequátur a una sentencia de adopción realizada en Perú, porque Luxemburgo no permite la adopción por una sola persona. Es importante decir que madre e hija adoptiva habían convivido durante varios años en Luxemburgo. La Corte europea considera que cuando garantiza el respeto a la vida familiar, el artículo 8 de la Convención presupone la

Así se recoge también en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE cuando expresa que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones".⁸⁹

Por lo tanto, y como consecuencia de lo anterior, el TS entiende que" las discusiones sobre la guarda y custodia de los menores debe contemplar siempre el prevalente del interés de los niños.[...]. El interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad. Por lo tanto, en lo correspondiente a tener relaciones con parientes y allegados⁹⁰ hay que tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas, humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas".

Por otro lado, el alto tribunal considera que la normativa aplicable para este supuesto en concreto es el artículo 160.2 del Código Civil que establece que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados" y

existencia de una familia; en el caso, la recurrente es considerada como madre de la menor desde 1996, por lo que evidentemente existen lazos familiares entre ambas.

⁸⁹ En éste sentido, el tribunal Supremo entiende que "[...]ésta solución debe aplicarse a la situación que se presenta a la consideración de este Tribunal, puesto que aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas[...]."

⁹⁰Entre algunos casos podemos mencionar: Quienes fueron tutores, curadores, profesores, o la situación como la de un novio, el ex cónyuge o ex conviviente de la madre del menor, o un vecino que cuidó del menor, etc. Evidentemente, establecer una lista de todos los casos posibles sería inútil dada la gran cantidad de ejemplos existentes, por lo que será suficiente con demostrar la existencia de una real y concreta relación afectiva que demuestre que se posee un interés legítimo para la solicitud y reconocimiento del régimen.

no la normativa relativa al "derecho de visitas", que debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos.

En este sentido, resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 08 de marzo de 2017, en la que con posterioridad a un procedimiento de divorcio, en el que se estableció la custodia exclusiva de la madre y un amplio régimen de visitas al padre, se interpone por la madre en primer lugar un procedimiento de impugnación de la filiación, y posteriormente, una vez dictada resolución en ese sentido, una demanda de modificación de medidas manifestando la no paternidad del que hasta ese momento había sido el padre, solicitando la modificación de las medidas establecidas en el acuerdo de divorcio, entre ellas, el régimen de visitas del menor con quien fue su marido, alegando la inexistencia sobrevenida de vínculo biológico alguno con el mismo, modificación con la que el "padre" no estaba de acuerdo.

Por lo tanto, y atendiendo al interés superior del menor, el TS decidió otorgar a quien había sido la figura paterna del menor durante 11 años la condición de "allegado", manteniendo el mismo régimen de visitas establecido en el divorcio, entendiéndose además que no había "[...] ninguna causa justificada que motivara la restricción de la relación".

La sentencia se basó en el artículo 236-4.2 del Código Civil Catalán "los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, los hermanos y otras personas próximas y todos estos tienen derecho a relacionarse con los hijos" y en el artículo 160 del Código Civil Español, "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos, y otros parientes y allegados".⁹¹

Es importante en éste sentido lo expresado por Carlos Villagraso Alcaide⁹², quien entiende que "[...] En estas situaciones no podemos impedir que el menor de desvincule de esa

⁹¹ Véase en éste sentido la sentencia Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 en la que se establece que "[...]"en lo correspondiente al derecho a tener relaciones con parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas. Por ello, el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos."

⁹²VILLAGRASO ALCAIDE, CARLOS. *El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados*. *Revista de derecho de familia*. Valladolid, Abril de 2002. Pag 40.

familia que lo albergó, es fundamental que pueda seguir manteniendo vínculos y comunicaciones, su desarrollo así se lo exige, siendo necesario plantear soluciones legales y prácticas como lo hacen los códigos de Cataluña, España y Francia, y de manera extensiva el Proyecto de Código civil de Argentina.”

En la STS 76/2015 de 17 de Febrero se trata el tema del orden de los apellidos del menor en relación al interés superior del mismo. Hasta el inicio de la demanda por parte del padre, el niño (fruto de una relación extramatrimonial) llevaba los apellidos de la madre, razón por la que ahora, el progenitor solicitaba se acordase poner su apellido en primer lugar. Como consecuencia, tanto el tribunal de instancia como el de apelación estimaron su pretensión aplicando la norma vigente en ese momento que establecía que en caso de desacuerdo entre los progenitores prevalecería el apellido paterno (Art 194.RRC).⁹³

Por su parte, el Alto Tribunal casó la sentencia recurrida estableciendo que “[...]En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona. El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar. Por todo ello el TS estima el recurso y ordena que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna.”

Lo mismo se entiende en la STS, de 12 de Noviembre de 2015 ya que “Así lo impone el interés del menor si se tiene en consideración que: (i) el menor nació el 28 de diciembre de 2009; (ii) que el padre inició el procedimiento de reclamación de paternidad con fecha 20 de septiembre de 2011, esto es cuando ya tenía casi dos años de edad; (iii) que desde su

⁹³Desigualdad y discriminación por razón de sexo que ha sido corregida por la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entró en vigor en 15 de Julio de 2015.

nacimiento el menor ha utilizado como primer apellido el de la madre; (iv) que a la finalización del procedimiento judicial y sus recursos tendrá cerca de seis años; (v) que por ende durante este largo periodo es conocido con el "nomen" primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social”.

En otro orden de cosas, se ha regulado una circunstancia muy especial en SAP Cádiz 22 de Diciembre de 2004 en donde se considera por la administración que existe situación de desamparo en el caso de un establecimiento de guarda de hecho que se realizó al margen del procedimiento establecido por Ley.

Como veremos a continuación, la protección del interés del menor prevalece incluso aunque ello implique mantener una situación de irregularidad, una situación de hecho que ha tenido proyección en el tiempo, todo ello con el fin de evitar que se produzca perjuicio alguno al menor.

Se trata de una niña que llega con su presunto padre desde Nigeria en patera, en donde muere su madre. El sacerdote que los asiste los da al cuidado de un matrimonio que colabora con la parroquia, sin más trámites legales.

Casi un año después, los cuidadores solicitan que se le reconozca la condición de guardadores de hecho, demostrando que la niña se encuentra perfectamente cuidada y adaptada al sistema de vida familiar y social en el que se encuentra.

La administración entiende que debe declararse a la niña en desamparo y asumir su tutela de manera inmediata acogiéndola en un centro de acogida por entender que no se siguieron los cauces legamente establecidos a éstos efectos por parte del sacerdote ni de los guardadores y así lo hizo mediante resolución que fue revocada en primera Instancia, y fue recurrida por la Conserjería en apelación, en donde se confirmó lo establecida en la instancia anterior, alegando que “todo lo expuesto, nos lleva al sentido y parte dispositiva de esta alzada, sobre la base final de hacer operativos y aplicables los siguientes principios de la Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los Derechos y atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía: a) prima el interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo -art. 3.1-; b) no hay una evidente situación de desprotección ni de riesgo -art. 18.1-; c) se procura la permanencia del menor en su actual entorno familiar -art. 19.1.b)-; d) no afloran circunstancias del menor que aconsejen su salida del grupo familiar ni es imposible la permanencia del mismo en su actual familia acogedora o alternativa -art. 19.1.c) y d).Por consiguiente, llegado este momento procesal se adoptarán tres decisiones:

a) se revocará la decisión administrativa por la que se acuerda el desamparo de la menor, ratificada judicialmente en la primera instancia, c) se revocará la medida de acogimiento familiar con el carácter de simple y provisional, aunque viniera atemperada con la decisión del juez a quo de continuar en la propia familia acogedora y, en fin, c) se acordará, por el contrario, que el Ministerio Fiscal asuma la defensa y representación de la menor y que promueva de forma inmediata ante el juez de primera instancia competente la constitución de la tutela de la menor[...].”

Por último, analizaremos el criterio de la jurisprudencia en relación al Interés superior del menor y derecho del condenado por violencia de género

Con el fin de proteger el interés superior del menor, se han dictado dos importantes sentencias por el TS que crean una importante jurisprudencia.

Por una lado, STS 36/2016 de 4 de Febrero en la que se deniega la Custodia Compartida por condena de amenazas en el ámbito doméstico.

En éste sentido, el TS revoca resolución de AP que otorga la custodia compartida, por existir conflictividad entre los progenitores. En primera instancia se otorga custodia a la madre de dos menores. Dicha sentencia es revocada por la Ap., otorgando la custodia Compartida. Posteriormente, la madre recurre la sentencia, presentando como nueva prueba, sentencia de condena por amenazas en el ámbito familiar por parte de su ex marido, procediendo el TS a revocar la sentencia de la Audiencia Provincial alegando lo siguiente: “[...] sus razones no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala⁹⁴, que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

⁹⁴Véase en éste sentido SSTs 29 de abril de 2013; 16 de febrero de 2015 y 21 de octubre 2015.

Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.”

El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia domestica [...]".

Asimismo, la STS, de 29 de Septiembre de 2015 avaló la privación de la patria potestad por vía penal en un intento de asesinato de la pareja presenciado por la hija menor considerando que(...) “repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre”.

Lo importante de ésta sentencia es que se permite privar de la patria potestad a los condenados sin necesidad de acudir a la vía civil, evitando así dilaciones en el proceso que puedan perjudicar al interés del menor.⁹⁵

⁹⁵ Cabe alegar en éste sentido, que ésta era una de las reivindicaciones realizadas en el segundo plan contra la violencia doméstica, en donde se expresaba que era necesario estudiar los mecanismos oportunos para hacer más eficaz la posibilidad legal de suspender el régimen de visitas y comunicación con el agresor respecto de sus hijos , así como la necesidad de incorporar al delito de

En éste caso en concreto, la Ap. consideró que no procedía acordar esa medida en la vía penal, independientemente de que se pudiera solicitar por la vía Civil. Como consecuencia, el tribunal Supremo estima que dicha sentencia “no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre" tendrá un efecto negativo en su desarrollo. Por otro lado, consideró que la Ap. de Guadalajara ha incurrido en una incongruencia ya que en un Auto dictado antes de la sentencia destacó los efectos negativos que podrían tener en la niña el hecho de mantener un régimen de visitas y comunicación con su padre. Asimismo, se establece una orden de alejamiento del padre hacia la menor hasta que ésta adquiriera la mayoría de edad el Supremo acuerda la pena de alejamiento y prohibición de comunicación por cualquier medio del padre respecto de la menor hasta que ésta llegue a la mayoría de edad.

Hasta ahora, el Alto Tribunal se había mostrado reacio a imponer esta medida en el momento de condenar al maltratador, a pesar que desde la Reforma del CP de 2010 el Art 55 prevé como potestativa y con naturaleza accesoria tal imposición en penas de prisión igual o superior a 10 años siempre y cuando exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de este derecho.⁹⁶

Es de destacar como ha cambiado el argumento del TS en el sentido de que con anterioridad a ésta sentencia, y teniendo en cuenta el Art 55 CP, si no se presenciaban los hechos por los menores, se consideraba que había una falta de nexo causal entre los delitos cometidos y la pena a imponer, distinguiéndose así, de los casos en los que existía una relación directa entre el delito y el menor.⁹⁷

malos tratos la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, o acogimiento en los casos de violencia física o psíquica , cuando el interés del menor lo aconsejare”.

⁹⁶ También se reconocía éste derecho en el art. artículo 66de laLey de Protección Integral contra la Violencia de Género dice: “El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes”, quedando por lo tanto ésta decisión al arbitrio del juez.

⁹⁷En éste sentido, la STS 750/2008, de 12 de Noviembre que entiende que “(...) la Sala de instancia incurrió en un evidente error „iuris" al privar de un derecho tan importante (y sagrado) como es el de la patria potestad a un padre respecto a un hijo menor (cuatro años) que nada tenía que ver con la actividad delictiva por la que aquél fue juzgado.”

En la actualidad, esto ha cambiado notablemente ya que el TS no tiene dudas de que el hecho delictivo (acuchillar a la madre delante de la menor) está directamente relacionado con el interés superior de la menor, haciendo primar el derecho del menor, a la hora de ponderarlo con un derecho tan “sagrado” (tal y como lo entiende la sala) como el de la patria potestad.

En cuanto al Régimen de visitas del progenitor no custodio condenado por violencia de género la STS 680/2015 de 26 de Noviembre resuelve en base a los siguientes hechos:

Con posterioridad a una sentencia condenando al padre por malos tratos hacia su madre y su hija mayor, se solicita por el mismo un régimen de visitas, a lo que la madre se niega alegando que sería un peligro para la menor dado los antecedentes violentos que posee.

La sentencia de instancia decidió otorgar la custodia de la menor y establecer un régimen de visitas al padre alegando que “si bien es cierto que existe una desvinculación total entre padre e hija, también lo es que ninguna condena entre el padre y Sofía existe, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la menor. Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes dicho régimen de visitas deberá tener un carácter restrictivo, a saber, un día a la semana, durante dos horas, de 17,00 a 19,00 horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada. Añade que se considera adecuado tal régimen de visitas para ir fomentando la relación paterna filial a medida de que la menor vaya retomando el contacto de forma progresiva y no traumática con su padre. Este régimen de visitas no se iniciará en su aplicación hasta que se produzca la excarcelación del actor y tenga, en consecuencia, posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar. De la misma forma se condicionará el disfrute de tal régimen de visitas a que por parte del actor se justifique documentalmente que se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter y que le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado.”.Dicha sentencia fue apelada por la madre, aunque la misma fue confirmada. Se recurre ante el TS el cual considera que “Esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos, por lo que de acuerdo con el artículo 94 del C. Civil y artículo 65 de la LeyOrgánica 1/2004 no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía, sin perjuicio de que cuando

cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para Sofía, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana Elisabeth”.

Se establece como doctrina jurisprudencial que “el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.”

Una importante y reciente sentencia del presente año 2018 ha dado un giro importante y novedoso en relación con éste asunto en la que se entiende que el agravante del delito de violencia de género por actuar en presencia de los menores “ no puede restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia”, ya que “en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psicosocial y en su salud física y mental”. Añadiendo que si no se interpretase de ésta manera “[...] el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad (cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja; o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión; etcétera)”.

El caso en concreto trataba de unos menores que no presenciaron el acto de violencia ocurrido en una habitación en la que ellos no estaban, aunque si lo oyeron y habían visto previamente el pellizco propinado por el padre a la madre.

De esta manera, vemos como se procura por el ordenamiento jurídico que el interés primordial sea el derecho de los menores a desarrollarse en un entorno libre de violencia, haciendo primar este interés por encima de otro derecho legítimo con el que concurra.

6. Conclusiones

Tal y como hemos visto y analizado a lo largo de éste trabajo, entendemos que el interés del menor es el más necesitado de protección en todos los ámbitos del derecho en general, y en el ámbito del derecho de familia en particular, que es el entorno al que nos hemos referido en el presente documento. Se percibe pues la protección de éste principio como un asunto de orden público, procurando que los derechos fundamentales del menor sean eficazmente protegidos en todos y cada uno de los asuntos sometidos a exámen.

Ésta importancia fundamental que se reconoce a éste principio es tenido en cuenta por el legislador tanto nacional como internacional, lo cual se pone de manifiesto en el importante desarrollo normativo que ha tenido lugar en los últimos años en relación con esta materia, proporcionándose de ésta manera diversas soluciones y medidas efectivas adaptadas a los nuevos problemas y retos que van surgiendo.

Paralelamente a la evolución legislativa en la materia, es notorio y muy importante el progresivo avance detectado en la jurisprudencia sentada por nuestros órganos juzgadores, especialmente del Tribunal Supremo, demostrando, tal y como hemos podido comprobar al analizar las sentencias expuestas, su gran capacidad de adaptación a la realidad social imperante en cada momento, la cual como sabemos, es extremadamente cambiante y exige una adecuación rápida y eficaz de las resoluciones al caso en concreto, exigencias que, pese a no ser una tarea nada fácil están siendo, sin lugar a dudas cumplidas y cubiertas de manera satisfactoria por nuestros tribunales.

Hemos comprobado por otro lado, que el principio del interés del menor constituye una garantía para los derechos e intereses de los menores en todas las circunstancias que se presenten, obligando no solo al legislador, sino también a las entidades y autoridades públicas, y a los padres , además de ser, lógicamente una directriz a tener en cuenta en la resolución de conflictos y , tal y como lo explica la magistrada Rosa María de Castro Martín en “[...] la elaboración de formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”

A lo largo de éste trabajo he procedido a analizar numerosas sentencias españolas en las que se han realizado por el órgano juzgador una ponderación del interés superior del menor con otros derechos e intereses legítimos, tales como los derechos de los progenitores, derecho al reintegro en la familia biológica, ejercicio de la patria potestad, derecho de comunicación y visitas, uso del domicilio familiar, adopción , acogimiento etc, intentando en todos los casos que la resolución adoptada atendiese a la superioridad y primacía del interés que estamos analizando por encima de cualquier otro.

.Al analizar las novedades introducidas por la reciente Ley 15/2015, de 2 de Junio, de Jurisdicción Voluntaria advertimos una toma de conciencia por parte del sistema jurídico sobre la mayor protección que requieren los menores en todo tipo de procedimientos y particularmente en los procedimientos civiles, sobre todo de familia, que les afectan directamente, acorde con lo establecido por la Convención de Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989 en el que se establece en su Art 12 “el derecho de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en los asuntos que le conciernen”.

De esta manera, se ha reforzado éste mandato a través de una regulación más rigurosa, meticulosa y completa de una serie de derechos del menor como el derecho a ser oído, derecho de nombrar a un defensor judicial por sí mismo, derechos relacionados con la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayor edad, derecho al honor, intimidad y propia imagen, medidas relacionadas con el ejercicio inadecuado de la guarda, custodia o administración de los bienes del menor etc., medidas todas ellas tendentes a procurar que el menor tenga las herramientas necesarias y suficientes para intervenir en los procedimientos en los que se halle incurso.

Por su parte, las recientes L.O 8/2015, de 22 de Julio y Ley 8/2015 de 28 de Julio, de Modificación del Sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, se centran exclusivamente en los menores y sus necesidades, estableciendo como novedad muy importante una técnica de ponderación ,interpretación y aplicación de un concepto jurídico tan indeterminado como es el del interés superior del menor, para intentar evitar de ésta manera que la incorrecta aplicación de éste principio por quien corresponda pueda dar lugar a resoluciones arbitrarias e injustas, que no se ajusten de ninguna manera a las circunstancias reales del caso en cuestión, provocando preocupantes situaciones de inseguridad jurídica.

Por otro lado, en la normativa arriba mencionada se regulan de manera minuciosa derechos del menor tan relevantes como el de ser oído y escuchado y el derecho de defensa, e implantando importantes modificaciones en las instituciones del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

Asimismo, en el análisis jurisprudencial que se hace en el presente trabajo, estudiamos la manera en la que se ha interpretado y aplicado el principio del interés superior del menor en numerosas sentencias del Tribunal Supremo entre los años 2009 y 2018 en distintos ámbitos y circunstancias que rodean al niño, tales como los casos de adopción, desamparo y acogimiento, casos de nulidad, separación y divorcio, supuestos de violencia de género, y otras circunstancias especiales en las que entra en juego el bienestar del menor frente a otros diversos intereses.

Resulta muy interesante comprobar de qué manera, a la hora de ponderar o entrar a valorar el interés superior del menor frente a otros intereses también muy relevantes, se da prioridad siempre al primero, dando lugar a situaciones curiosas y difíciles de entender, ya que de no haber entrado en juego la protección del menor muy probablemente la resolución hubiese sido otra.

Asimismo, podemos ver cómo situaciones similares son resueltas de manera totalmente diferentes e incluso opuestas cuando concurren en los casos analizados alguna circunstancia que es la detonante y el punto de inflexión para decidir de manera diferente.

En todos los aspectos a los que hemos hecho referencia y hemos estudiado a lo largo de éste trabajo, se vislumbra un tendencia que, a mi modo de ver resulta muy favorable y esperanzadora, que no es otra que la de la existencia de una continua evolución en la defensa de los derechos e intereses de los menores, y una constante e imparable preocupación por parte del ordenamiento Jurídico en todo lo que se refiere a la protección de los mismos, intentando avanzar tanto jurisprudencial como doctrinalmente en la materia, con el fin único de hacer prevalecer siempre el derecho del más débil y necesitado de protección, que en éste caso no es otro que el del menor, poniendo para ello a disposición de los mismos todos los medios materiales, económicos sociales y jurídicos que sean necesarios.

7. Relación de Jurisprudencia Citada.

- **Tribunal Supremo.**

STS 377/2009, de 29 de Junio.

STS 237/2012, de 10 de Abril.

STS 36/2016, de 4 de Febrero.

STS 55/2016, de 11 de Febrero.

STS 465/2015, de 9 de Septiembre.

STS 616/2014 de 18 de Noviembre.

STS 576/2014, de 22 de Octubre.

STS 96/2015, de 16 de Febrero.

STS 194/2016, de 29 de Marzo.

STS 115/2016, de 01 de Marzo.

STS 143/2016, de 9 de Marzo.

STS 368/2014, de 02 de Julio.

STS 257/2015, de 29 de Abril.

STS 321/2015.

STS 656/2009.

STS, de 12 de Noviembre de 2015.

STS, de 17 de Octubre de 2015.

STS, de 12 de Octubre de 2012.

STS, de 2 de Marzo de 2012.

STS, de 12 de Octubre de 2012.

STS 282/2015, de 18 de Mayo.
STS, de 15 de Julio.
STS, de 25 de Octubre de 2012.
STS 680/2015, de 26 de Noviembre.
STS 996/2011, de 18 de Enero.
STS 176/2008, de 22 de Noviembre.
STS 656/2009, de 31 de Julio.
STS 384/2005, de 23 de Mayo.
STS 565/2009 de 31/07/2009
STS 321/2015 de 18 de Junio.
STS de 11 de Febrero de 2011.
STS 680/2015, de 26 de Noviembre.
STS de 12 de Mayo de 2012.
STS de 10 de Marzo de 2010.
STS de 07 de Julio de 2011.
STS de 02 de Marzo de 2016.
STS de 14 de Octubre de 2015.
STS 359/2013, de 24 de Mayo.
STS de 25 de Septiembre de 2015.
STS de 20 de octubre de 2011.
STS de 27 de julio de 2009.
STS 723/2013, de 14 de noviembre.
STS 632/2004, de 28 de junio.

STS de 31 de marzo de 2016.

STS de 10 de septiembre de 2015.

STS de 15 de octubre de 2014.

STS de 11 de diciembre de 2014.

STS de 19 de julio de 2013.

STS de 26 de junio de 2015.

STS de 21 de diciembre de 2016.

STS de 1 de marzo de 2016.

STS 120/2016, de 2 de marzo.

STS de 21 de diciembre de 2001.

STS de 12 de julio de 2004.

STS de 23 de mayo de 2005.

STS 565/2009 de 31 de julio.

STS de 30 de mayo de 2012.

STS 31/2017, de 19 de enero.

STS 282/2015, de 18 de mayo.

STS 576/2014, de 22 de octubre.

STS 315/2015 , de 29 de mayo.

STS 625/2011, de 5 de septiembre.

STS de 30 de marzo de 2012.

STS de 11 de noviembre de 2013.

STS de 12 de febrero de 2014.

STS de 25 de octubre de 2012.

STS de 24 de mayo de 2013.

STS de 17 de junio de 2013.

STS de 17 de octubre de 2013.

STS 206/2018, de 11 de abril

STS 4/2018, de 10 de enero

STS de 21 de diciembre de 2016

STS de 05 de diciembre de 2016

STS de 01 de marzo de 2016

- **Tribunal Constitucional**

STC 176/2008, de 22 de Diciembre.

STS 185/2012, de 17 de Octubre.

STS 25/2000, de 31 de enero.

STS 5/2002, de 14 de enero.

STS 221/2002, de 25 de noviembre.

- **Audiencias Provinciales**

SAP Barcelona 237/2012, de 10 de Abril.

SAP Barcelona 377/2009, de 29 de Junio.

SAP Cádiz 181/2004, de 22 de Diciembre.

SAP Cádiz, de 22 de Diciembre de 2004.

SAP Asturias, de 10 de mayo de 2016.

SAP Alicante 289/2014, de 26 de noviembre.

SAP Alicante 185/2013.

SAP Toledo, de 21 de noviembre de 2006.

SAP Pontevedra 401/2009, de 23 de julio.

SAP Sevilla 251/2010, de 18 de junio.

SAP Illes Balears 151/2012, de 16 de abril.

SAP Barcelona, de 5 de octubre de 2011.

SAP Lleida, de 8 de marzo de 2017

SAP Córdoba 31/2018, de 23 de febrero

- **Tribunales Superiores de Justicia.**

STSJ Aragón, de Mayo de 2017.

- **Sentencias del TEDH**

STEDH de 23 de julio de 1968.

8. Relación de Bibliografía citada

- BARTOLOMÉ CENZANO, JUAN CARLOS. *Sobre la interpretación del Interés Superior del Menor, Revista sobre la Infancia y la adolescencia.* Valencia, 2012.
- MARTIN –CALERO GUILARTE, CRISTINA. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Valencia, 2014.
- DE CASTRO MARTIN, ROSA M^a. *El Interés Superior del menor,* Sevilla, 2011.
- PIELTAIN CEGARRA, MARIA. *Protección de menores en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Fiscalía Provincial de Madrid.* 2015.
- MORENO –TORRES SANCHEZ, JULIETA. *Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales.* Málaga, 2015.
- ----- Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria: Novedades en materia de Derecho de Familia.
- MÚRTULA LA FUENTE, VIRGINIA. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género.* Alicante, 2016.
- MARTINEZ SOSPEDRA, M. *Libertades públicas, jurisprudencia constitucional.* Valencia, 1993.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC: *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término,* Educatio Siglo XXI, 2012.

- JIMENA QUESADA, L. *La Europa social y democrática de derecho*. Madrid, 1997.
- ATIENZA, M. *Para una razonable definición de lo razonable*. En Doxa, 1978.
- ALONSO GARCIA, M. *La interpretación de la constitución*. Madrid, 1984.
- CARRION VIDAL, ALMUDENA. *Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio tras la modificación del Código civil por la ley 15/2015*. Blog de actualidad jurídica iberoamericana. 2015.
- RECUENCO PEREZ, SILVIA. *El procedimiento de sustracción de menores a la luz de la actual Ley de jurisdicción voluntaria*. Legal today.com. 2015.
- BIOSCO ADROHER, SALOMÉ. *Se busca familia para un niño, perspectivas psico-jurídicas para la adoptabilidad*. Comillas, 2015.
- MORENO-SANCHEZ TORRES, JULIETA. *Seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Valencia, 2015.
- LLORENTE ACOSTA, VIRGINIA. *Medios de impugnación y supuestos de la eficacia de la adopción*. Universidad la laguna, 2015.
- SANTOS CANTURIENSE, ANA. *¿Son convenientes las visitas con la familia biológica de los menores en acogida según el Código Civil de Cataluña*. Blog editorial Sepin, 2016.
- GONZALVEZ VICENTE, PILAR. *El interés superior del menor: patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. Las rozas, Madrid, 2013.
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/557001-lo-8-2015-de-22-jul-modificacion-del-sistema-de-proteccion-a-la-infancia.html
- http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Nueva-Jurisdiccion-Voluntaria-Derecho-Familia_11_845305001.html

- <http://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-las-dos-leyes-del-menor/>
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10315-contenido-y-novedades-de-la-ley-15-2015-de-la-jurisdicion-voluntaria/>
- <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/principales-modificaciones-en-el-codigo-civil-tras-la-ley-de-jurisdicion-voluntaria>
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/555976-l-15-2015-de-2-jul-jurisdicion-voluntaria.html
- http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/15._Mar%C3%ADa_del_Carmen_Ch%C3%A9liz_Ingl%C3%A9s.pdf
- <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4963/documento/art03.pdf?id=6212>
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/557315-ley-26-2015-de-28-jul-de-modificacion-del-sistema-de-proteccion-a-la-infancia.html
- http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Expedientes-jurisdicion-voluntaria-proceso-contencioso-familia_11_1042180001.html
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/10712-el-ts-fija-doctrina-sobre-el-regimen-visitas-del-menor-con-el-progenitor-condenado-por-maltrato-en-ambito-domestico/>
- <http://www.lexfamily.eu/el-tribunal-supremo-no-ve-inconveniente-en-la-separacion-de-hermanos/>
- <http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAkMDSwsDI7Wy1KLizPw8WyMDQzMDEwNDkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqANtY-PU1AAAAWKE>

- <http://www.alfredogarcialopez.es/el-divorcio-y-la-guarda-y-custodia-compartida/>
- <http://www.lexfamily.eu/reflexiones-sobre-la-mas-reciente-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-sobre-atribucion-del-domicilio-familiar/>
- <http://www.diariojuridico.com/tienen-los-abuelos-derecho-legal-a-tener-un-regimen-de-visitas-con-sus-nietos/>
- <https://www.elimparcial.es/noticia/88825/derecho/conceden-a-una-mujer-el-regimen-de-visitas-al-hijo-de-su-ex-companera-sentimental.html>
- https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/129124/1/Sentencia_del_Tribunal_Supremo_%28Sala_de_.pdf
- <http://idibe.org/2015/07/21/comentarios-a-vuela-pluma-en-materia-de-capacidad-y-forma-de-celebracion-del-matrimonio-tras-la-modificacion-del-codigo-civil-por-la-ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdccion-voluntaria-boe/>
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/12730-un-juez-impone-la-custodia-compartida-a-un-padre-que-no-queria-cuidar-de-sus-hijos-/>

