



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La protección del interés del menor en casos de crisis matrimonial

Presentado por:

Teresa de Jesús López Almaraz

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 17 de mayo de 2022

RESUMEN

El presente trabajo analiza el interés superior del menor como interés preferente, su regulación actual y su interpretación por la jurisprudencia española, además de estudiar su aplicación como principio rector en los supuestos de ruptura matrimonial, siendo los hijos el eje central del procedimiento de nulidad, separación o divorcio en la regulación española y su protección una de las obligaciones de nuestros jueces y tribunales en último término.

ABSTRACT

The present paper analyzes the best interest of the minor as a preferred interest, its current regulation and its interpretation by the Spanish jurisprudence, plus studying the application of this principle as leader in marital breakdown cases, in response of children being the main characters in divorce or separation procedures in Spanish law, because their protection stands as one of the duties of our judges and courts in last term.

PALABRAS CLAVE: interés superior, menor, filiación, patria potestad, ruptura matrimonial, medidas, custodia, custodia compartida, custodia exclusiva, comunicación y estancia, familiares.

KEYWORDS: best interest, minor, filiation, parental authority, marital breakdown, actions, custody, shared custody, exclusive custody, stay and communication, family.

ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Convención	Convención sobre los Derechos del Niño
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MF	Ministerio Fiscal
Núm./nº	Número
Párr.	Párrafo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	7
2.1. Concepto	7
2.1.1. <i>Interés superior: concepto y regulación internacional y nacional</i>	7
2.1.2. <i>Sujeto</i>	12
2.2. Evaluación y determinación del interés superior	13
2.3. La interpretación del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo del interés superior del menor	16
3. PATRIA POTESTAD	18
3.1. Concepto	18
3.2. Titularidad y ejercicio de la patria potestad	19
3.3. Modalidades de patria potestad	22
3.3.2. <i>Ejercicio exclusivo o unilateral</i>	22
3.3.3. <i>Restricción del régimen de comunicación y estancia</i>	23
3.3.4. <i>La privación de la patria potestad</i>	25
3.3.5. <i>La exclusión de la patria potestad</i>	27
3.3.6. <i>La extinción de la patria potestad</i>	29
4. MANIFESTACIONES DEL INTERÉS DEL MENOR EN SITUACIONES DE CONFLICTO	30
4.1. Supuestos de crisis matrimonial: nulidad, divorcio y separación	30
4.2. Efectos comunes	31
4.2.1. <i>Efectos</i>	32
4.2.2. <i>Medidas</i>	33
5. GUARDA Y CUSTODIA	41
5.2. Concepto	41
5.3.1. <i>Exclusiva</i>	44
5.3.2. <i>Mención a la guarda y custodia partida o distributiva</i>	46

5.3.3.	<i>Compartida</i>	46
5.3.4.	<i>Guarda y custodia encomendada a un tercero</i>	49
6.	RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIA	51
6.2.	Concepto y determinación	51
6.3.	Derecho de terceros: relación del menor con sus abuelos y allegados	52
6.3.1.	<i>La relación entre los abuelos y sus nietos</i>	54
6.3.2.	<i>La relación de los menores con sus allegados</i>	57
6.3.3.	<i>Determinación de la relación</i>	59
6.3.4.	<i>Diferencia entre el derecho de comunicación y estancia y el derecho de relación con abuelos o allegados</i>	60
7.	CONCLUSIONES	62
8.	BIBLIOGRAFÍA	64
8.1.	Obras doctrinales	64
8.2.	Legislación	65
9.	JURISPRUDENCIA	66
9.1.	Sentencias del Tribunal Constitucional	66
9.2.	Sentencias del Tribunal Supremo	66
9.3.	Sentencias de las Audiencias Provinciales	67
9.4.	Autos de Audiencias Provinciales	67

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de interés superior del menor no se encuentra definido en la regulación española ni comunitaria, lo cual ha representado un problema para su interpretación a la hora de tomar decisiones que afecten a estos sujetos, los niños menores de edad.

A lo largo del trabajo observaremos la realidad de este concepto, su presencia y reconocimiento tanto en la escala institucional como en la vida diaria. Para ello, analizaré, en primer lugar, la Observación nº14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo objetivo es, precisamente, este interés del menor, su protección y su aplicación por los organismos públicos. En segundo lugar, veremos su regulación en el ámbito estatal a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, donde encontraremos el lugar que ocupan los menores en los procedimientos judiciales españoles.

La segunda parte de este tema se centra en cómo afecta a la vida de los hijos la ruptura del matrimonio de sus padres. Aunque ahora lo tengamos como algo habitual, estas rupturas configuran una situación relativamente reciente a la que se ha tenido que adaptar la regulación, en concreto analizaré la regulación de nuestro Código Civil.

Las crisis matrimoniales acarrearán consecuencias en todos los aspectos que tienen que ver con el menor. En este sentido, estudiaré qué es la patria potestad de forma general, y cómo le afecta la situación de ruptura en concreto, es decir, los efectos que provocará para con los hijos. Para contrarrestar todos ellos, se deberán tomar las medidas adecuadas al interés del menor, que tendrán que ver con la atribución de la guarda y custodia, y con el régimen de comunicación y estancia, entre otras.

Por último, haré hincapié en las partes ajenas al matrimonio, como los abuelos o los que llamaremos allegados, puesto que veremos si tienen o no derecho a relacionarse con los menores tras la separación o divorcio de sus padres.

En todo momento haré referencia a la parte que toma el interés del menor en estos procesos y situaciones, de manera que comprobaremos si es real o no el mandato legal de considerar primordialmente el interés superior del menor, para lo cual he hecho un estudio doctrinal, tanto de manuales como de artículos de revista, y jurisprudencial de este ámbito.

2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

2.1. Concepto

2.1.1. *Interés superior: concepto y regulación internacional y nacional*

Este concepto se recoge en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹, quien, reuniendo ideas precedentes², lo consagra como la regla de *best interests of the child* en su artículo tercero. En España fue traducido como interés superior del menor, lo cual no fue bien recibido por parte de la doctrina, que entiende que dicha traducción produce ciertos equívocos en torno a su verdadero significado³.

En 2013, el Comité de los derechos del niño⁴ dedica su Observación n°14 al interés superior del niño, en concreto, versa sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial para las instituciones públicas, regulado en el art. 3, párr. 1 de la Convención sobre los derechos del niño⁵. Esto conforma un marco general que la Observación aporta, no un concepto concreto como tal, puesto que hacerlo supondría regular una de tantas situaciones que pueden darse, provocando discriminación, el resultado contrario a lo que se busca: proteger y garantizar los derechos del menor.

El Comité plasma en el párrafo 32 de la Observación esta idea, definiendo el interés superior del menor como un concepto dinámico, flexible, que, por su complejidad, debe adaptarse caso por caso, teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales de cada niño.

Esta tarea de interpretación del art. 3, párr. 1 y de adaptación caso por caso se encomienda al legislador, al juez o la autoridad administrativa, social o educativa, lo que permite no solo ese ajuste en el ámbito particular al que ya he hecho referencia, en el que se tiene en cuenta circunstancias específicas de cada niño en concreto, sino que también sirve para las “*decisiones colectivas (como las que toma el legislador), en las que se debe evaluar y determinar el*

¹ España es parte de la Convención desde 1990 (www.aldeasinfantiles.es/derechos-de-los-ninos).

² En la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales (párrafo 2 de la Observación n°14)

³ GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?*, Actualidad jurídica iberoamericana, núm. 13, 2020, pág. 4.

⁴ Es el órgano de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados Parte

(<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>)

⁵ Art. 3, párr. 1: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

*interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general*⁶. Es decir, la existencia de un concepto flexible posibilita la defensa del derecho en todo caso.

Sin embargo, esta flexibilidad del concepto del interés superior del niño además de traer consigo ventajas, como las que acabamos de indicar, presenta inconvenientes, como inseguridad en su aplicación y en ocasiones, manipulación por parte del intérprete que, bajo la bandera del interés del menor, esgrime su particular visión y opinión de lo que conviene al menor en cada momento⁷. Según la Observación n°14, *“también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia”*⁸.

El Comité, como consecuencia de tal dinamismo, fija un concepto triple de interés superior del niño para facilitar su comprensión, de manera que es tanto un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

En primer lugar, el interés superior del niño como derecho sustantivo es el *“derecho del niño a que su interés superior sea una **consideración primordial** que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”*⁹.

La consideración como derecho sustantivo ha suscitado problemas en la doctrina. María Paz García Rubio así lo indica, pues se pregunta qué significa para el Derecho español que el interés del menor sea un derecho sustantivo, y si aquello representa, en realidad, que estamos ante un verdadero derecho subjetivo con todos los caracteres que suelen ligarse en nuestra tradición jurídica a este concepto¹⁰.

Para darle respuesta, menciona la teoría que sostiene Varela Castro en este aspecto: la Observación General pretende hacer equivalentes los conceptos de derecho sustantivo y derecho subjetivo, con las consecuencias jurídicas que ello supone. Entiende que el interés del menor es un derecho de la personalidad, oponible *erga omnes*; y que su condición de

⁶ Párrafo 32 de la Observación n°14

⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”*, Coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 103.

⁸ Párrafo 34 de la Observación n°14

⁹ Párrafo 6, a) de la Observación n°14

¹⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?*, cit., pág. 8.

derecho subjetivo permite al menor exigir que su interés sea tomado en consideración y respetado y, en último término, acudir a los tribunales solicitando su protección jurídica.

García Rubio no cree que sean derechos sustantivos ni la referencia a la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica ni el hecho de que pueda ser invocado ante los tribunales.

Estoy de acuerdo con lo que la autora apunta sobre el ejercicio de este derecho sustantivo, puesto que realmente se trata de una obligación dirigida a los Estados con el objetivo de garantizar el interés del menor, no de una regla de ejercicio para los titulares del derecho.

Por otro lado, nos encontramos con el término “consideración primordial”, ya utilizado en el art. 3, párr. 1, y que también será incluido en el art. 2.1 LOPJM, el cual básicamente reproduce dicho art. 3 de la Convención y que abordaré más adelante. Con ello, el Comité se refiere a que, a la hora de tomar una decisión en la que el menor sea parte, el interés superior de este será prioritario frente a las demás consideraciones, puesto que no pueden estar al mismo nivel. La razón de esta ventaja es la situación especial de los niños, que antes he mencionado (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses¹¹.

Aunque podría confundirse, me parece acertada la puntualización que García Rubio hace en este aspecto, entendiéndolo que la “*consideración primordial no significa que el interés del menor sea superior a otros, ni que sea estrictamente preferente a los demás, ni mucho menos que haya de ser tomado en consideración de modo exclusivo y excluyente cuando se produzca un choque con otro tipo de intereses*”¹².

El problema al que esto puede conducir lo vemos en el caso de que el interés superior de un niño entre en conflicto con otros intereses, como puede ser aquel de otros niños, de los padres o de otras personas. En estos casos, el objetivo es que se consiga el compromiso entre todos ellos, en cada situación concreta; es en el supuesto de que dicho compromiso no sea posible cuando entra a resolver la consideración primordial: como se ha indicado anteriormente, el interés del menor no puede ser una de tantas consideraciones, sino que tiene la máxima prioridad. Eso no quiere decir que solo se tenga cuenta el interés del menor en caso de conflicto con otros intereses, ni que su consideración haya de ser, necesariamente,

¹¹ Párrafo 37 de la Observación nº14

¹² GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?*, cit., pág. 11.

superior a la de otros intereses dignos de protección, que también pueden tener la máxima prioridad y que incluso pueden ser los de otro menor¹³.

Aunque no es la intención de la Observación y, de hecho, esta no lo menciona, de acuerdo con la tesis de Eekelaar se podrían distinguir dos maneras en las que el interés del menor puede incidir en función de si la decisión que haya de ser adoptada afecte directamente al menor (como aspectos de salud o residencia) o lo haga de manera indirecta (como supuestos de conflicto sobre competencia judicial internacional), aunque resulta complicado etiquetar como tales muchas de las situaciones reales. En ambas hipótesis se pueden tener en cuenta otros intereses, pero mientras que en aquellas que indirectamente afecten al menor el interés de este será uno más entre los que tienen que ser tomados en consideración, la decisión tratará de buscar la mejor solución posible en el asunto que tenga que ser resuelto (el interés del menor no es la consideración primordial); cuando le afecten directamente el interés del niño tiene una relevancia superior y no puede tratarse como una más entre todas las circunstancias que deben ser sopesadas, la decisión buscará la mejor solución para aquel niño concreto (situación regulada en por la Convención)¹⁴.

Por otro lado, su acepción como principio jurídico interpretativo fundamental consiste en que, si caben diferentes interpretaciones de una misma disposición jurídica, se deberá elegir aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Además de ayudar a la interpretación, puede cumplir una función integrativa o incluso correctora de reglas legales, hasta el punto incluso de llegar a justificar la inaplicación de alguna de ellas en el caso concreto¹⁵.

Por último, el interés del menor entendido como una norma de procedimiento se refiere a que, en todo procedimiento de toma de decisiones que puedan afectar al menor, los tribunales deberán cumplir con varias obligaciones, que son: la obligación de analizar las repercusiones positivas o negativas de la decisión a adoptar sobre el niño en concreto, sobre el grupo de niños afectados o sobre los niños en general; la obligación de establecer garantías procesales en la evaluación y determinación del interés superior del niño; y la obligación de justificar el respeto al interés superior del menor, señalando los criterios de la decisión y la ponderación de todos los intereses en liza¹⁶.

¹³ GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?*, cit., pág. 12.

¹⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?*, cit., pág. 15.

¹⁵ GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?*, cit., pág. 49.

¹⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“Comentarios sobre las leyes de reforma...”*, cit., pág. 100

Podemos concluir, pues, que la finalidad de la Observación es garantizar que el interés superior del menor sea evaluado y considerado primordial. En este sentido, recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

Hasta aquí lo que regula la Observación nº14 sobre el interés superior del niño. En el ámbito estatal, como ya se ha indicado a modo de introducción, nos encontramos con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la LOPJM, que ya ha sido modificada en varias ocasiones. Podemos decir que se trata de un complemento de la Observación, puesto que, en el aspecto que nos concierne, reproduce en esencia los mismos conceptos y regulaciones.

Una de las mencionadas modificaciones se produce en 2015, y, en lo que nos respecta, afecta al contenido del art. 2 LOPJM. En general, la doctrina considera la evolución de la regulación del interés superior del menor como positiva, pues regula más y mejor el concepto de interés superior del niño; se regula más porque se incluye el proceso para su evaluación y mejor porque la propia norma suministra criterios de concreción y ponderación para su toma en consideración¹⁷.

Este ya consolidado art. 2 LOPJM, en su apartado primero y, previamente también en la Exposición de Motivos, se dirige a los poderes públicos (*a las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, los órganos legislativos*) para recordarles que la obligación recogida en la Constitución en su art. 39¹⁸ debe llevarse a cabo teniendo en cuenta el interés superior del menor como primordial, de manera que reproduce esa cláusula utilizada por el art. 3 de la Convención, ya desarrollada.

Para facilitar la interpretación del concepto, la Ley dedica los apartados 2 y 3 de su art. 2. Como se desarrollará en el siguiente epígrafe, esa es su función, y no la de vincular a los tribunales. El cuarto apartado se centra en la vertiente de principio interpretativo del concepto de interés superior. Sin embargo, como ya hemos visto, genera controversias en la doctrina, al dar a entender que el interés del menor es infranqueable. Por último, dedica su

¹⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "*Comentarios sobre las leyes de reforma...*", cit., pág. 102

¹⁸ Art. 39.2 CE: Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

apartado 5 a las garantías que deben ser observadas en el proceso, lo cual también será desarrollado posteriormente.

En definitiva, lo que pretende la LOPJM es asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que, por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para garantizar su efectividad¹⁹.

2.1.2. *Sujeto*

Para poder acercarnos al tema, y, a modo de observación y aclaración, hemos de tener claro a quién va dirigido, quién es el sujeto de este derecho. A pesar de que la denominación varía en las diferentes regulaciones que encontramos sobre este aspecto, podemos distinguir dos corrientes: aquella que utiliza “niño” y aquella que utiliza “menor”.

Tomaremos como referencia la Observación nº14. En ella, en ningún momento se habla de un interés del menor, sino del niño. En su párrafo 21 desarrolla, por si existiese duda, qué se entiende por niño: todas las personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención. Sin embargo, vemos que utiliza ambos conceptos como sinónimos.

El texto, además, puntualiza que no solo existe el interés individual de un niño, sino que puede ser de un colectivo de ellos, se trata tanto de un derecho individual como de uno colectivo .

En nuestra LOPJM, no veremos el término niño, sino que siempre se dirigirá la regulación al menor, entendido, al igual que en la Observación, como aquella persona menor de edad, de acuerdo con el art. 12 CE y el art. 315 CC, aquel menor de 18 años.

Aunque no está directamente relacionado con este apartado, encontraremos que el Código Civil al regular aspectos sobre el matrimonio, la patria potestad, la custodia ... utiliza el término “hijo”, entendido siempre como hijo menor no emancipado, por lo que también lo encontraremos a lo largo del trabajo.

Por ello utilizaré indistintamente cualquiera de estos términos para referirme al sujeto de este derecho.

¹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 14.

Podemos preguntarnos porqué tienen una regulación especial, porqué debe otorgárseles una mayor protección. Esto se debe a que la figura del menor no tiene capacidad decisoria y son otros quienes ejercen sus derechos por él, deciden por él, en virtud del deber de representación que les incumbe. Esta carencia motiva la obligación del Estado, en último término de velar por los intereses de los menores, ya que esta protección se trata de una cuestión de orden público, como expresa la STS de 25 de abril de 2011. Los jueces y tribunales, según los arts. 53 CE y 5 LOPJ estarán obligados a tomar decisiones adecuadas para la protección de los niños. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LOPJM intenta evolucionar, pues establece como uno de sus objetivos que se vaya reflejando progresivamente en el ordenamiento jurídico una concepción de las personas menores de edad como *“sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”*.

2.2. Evaluación y determinación del interés superior

Debemos distinguir entre los conceptos de evaluación y de determinación del interés superior del menor, o, como indica la Observación nº14, entre los dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión que afecte al menor.

En primer lugar, abordaré la evaluación del interés superior, que consiste en valorar los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Como ya sabemos, el interés superior de cada niño o grupo de niños requerirá que dicha evaluación se realice teniendo en cuenta sus circunstancias concretas, tales como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores²⁰. La evaluación la llevará a cabo el responsable de la toma de decisiones y su personal y requiere la participación del niño. En último término, también deben prever como finalidad el

²⁰ Párrafo 48 de la Observación nº14

garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico²¹.

En cuanto a cuáles son los mencionados elementos pertinentes a tener en cuenta para la evaluación del interés superior del menor, nos encontramos con que el Comité lleva a cabo en el párrafo 52 de la Observación una lista de elementos abierta, entendiéndola como una orientación, una guía que sirva para poder aplicar en cada caso concreto ponderando los intereses particulares, es decir, sus elementos no serán vinculantes para tomar la decisión, pues, de ser así, se estaría favoreciendo un planteamiento generalista que pretenda servir para todos los niños y todas las situaciones, en lugar de buscar el interés el menor “aquí y ahora”. No existe un interés general, sino particular, que varía de niño a niño y que, incluso, evolucionará con el paso del tiempo para cada uno. Tampoco se exigirá la ponderación de todos los elementos ni su utilización de igual manera en cada supuesto²².

El Comité permite a los Estados parte elaborar su propia lista de elementos necesarios, siempre que, como hemos visto, no sea exhaustiva o vinculante. En el caso de España, tenemos los apartados 2 y 3 del art. 2 LOPJM, que desarrollan los criterios generales a tener en cuenta y su ponderación, y que coinciden esencialmente con los elementos propuestos por el Comité. Se componen de a) la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas²³; b) la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) el derecho del niño a la vida familiar, entendiendo como entorno más favorable la familia, priorizando su permanencia en ella; y d) el derecho del niño a preservar su identidad: cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, siempre que no sean incompatibles con el interés del niño.

Se prevén también criterios para ponderar estos elementos, como son la edad y madurez del menor, la garantía de su igualdad y no discriminación por su especial

²¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios sobre las leyes de reforma...”, cit., pág. 93.

²² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios sobre las leyes de reforma...”, cit., pág. 94.

²³ Aunque no existe jerarquía entre los criterios expuestos, Guilarte Martín-Calero entiende que esta letra a) del art. 2.2 LOPJM es el elemento principal, prevalente frente a cualesquiera otros, pues lo que se pretende con esta lista de elementos es garantizar el derecho a la vida, al desarrollo y bienestar del menor (GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios sobre las leyes de reforma...”, cit., pág. 108).

vulnerabilidad, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. Siguiendo la obligación del Comité, se permite en la letra f) del art. 2.3 LOPJM el uso de otros elementos de ponderación que sean pertinentes en el caso concreto.

En este sentido, el Ministerio Fiscal en su informe en la STS de 31 de julio de 2011 apoya la utilización de estos elementos al sostener que *“el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes”*²⁴.

En segundo lugar, la determinación del interés superior se trata del *“proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”*²⁵. Este paso del proceso cumple con la función del interés superior del menor de norma de procedimiento. Deberán siempre tenerse en cuenta algunos aspectos básicos para la determinación del interés señala el Comité los siguientes: el derecho del niño a expresar su opinión, el factor tiempo, la intervención de profesionales cualificados y de representación letrada, la motivación de la decisión adoptada y la existencia de mecanismos para su revisión.

Como conclusión, no todo son elogios para esta consideración del interés superior del menor. Para García Rubio, el art 2 LOPJM que regula este interés no sólo supone *“una mala comprensión de lo que significa el interés del menor, sino también una llamada segura a su inaplicación, salvo que se pretenda llegar a resultados absurdos”*²⁶, como considerar superior el interés del menor sin posibilidad de ponderación, lo que, por otro lado, es exigido en sentencias como la STC 273/2005, de 27 de octubre, donde se dice que *“la protección del interés del menor debe hacerse guardando proporcionalidad con otros valores en conflicto”*. Considera que el interés del menor en Derecho español no es ni superior, ni prevalente, ni prioritario, ni exclusivo²⁷, y lo defiende

²⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“La concreción del interés del menor...”*, cit., pág. 10.

²⁵ Párrafo 47 de la Observación General nº14

²⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?*, cit., pág. 5.

²⁷ STC 160/2012, de 20 de septiembre: *“el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales”*.

al no encontrar respuesta a la pregunta sobre qué sucede si concurre el interés de un menor frente al interés de otro menor, porque es evidente que ninguno de los dos puede ser superior al otro, al menos en abstracto²⁸.

En mi opinión, todo lo que suponga una evolución para la mayor protección del menor debe ser bien recibido, pero no de cualquier manera, puesto que no se puede garantizar un derecho abandonando otros equivalentes.

2.3. La interpretación del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo del interés superior del menor

Aunque lo iré desgranando a lo largo del trabajo, es preciso establecer qué es lo que la jurisprudencia entiende por interés superior del menor. Ya ha quedado claro que la adaptación al caso concreto de este término es un trabajo esencial de jueces y tribunales para ayudar a comprender qué aguarda el interés del menor, y que, si bien puede ser interesante y útil su flexibilidad para abarcar todos los casos posibles, también provoca inseguridad jurídica al dejar al arbitrio del Juez su comprensión concreta.

Nuestra Constitución dedica el apartado 2º de su art. 39 a garantizar la protección integral de los hijos. Este principio de protección a la familia y a la infancia es analizado por el TC, quien, si bien considera que no se trata de un principio susceptible de amparo, sí constituye un elemento hermenéutico de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, como indica en su Sentencia 16/2016 de 1 de febrero de 2016. En esta resolución entra en juego el interés superior del menor como principio interpretativo, considerado por la jurisprudencia principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales²⁹, entendiéndolo como tal “*el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, ..., ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable*”³⁰. Esto último cobra importancia para el Tribunal, cuya obligación, como se puede extraer de esta sentencia, es realizar un juicio de ponderación para poder garantizar de esta manera tanto la identificación del interés del menor en el caso concreto, como su protección; juicio exigido en la motivación de la resolución judicial a fin de no incurrir en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del art. 24 CE; que es el

²⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?*, cit., pág. 14

²⁹ STC 127/2013, de 3 de junio

³⁰ SSTC 141/2000, de 29 de mayo; 124/2002, de 20 de mayo; 144/2003, de 14 de julio; 71/2004, de 19 de abril; 11/2008, de 21 de enero.

objeto de la sentencia mencionada, una resolución de un recurso de amparo interpuesto por el padre que alega la vulneración de este derecho fundamental por no valorar las circunstancias del menor para ponderar su interés y por la discrepancia con la valoración del tribunal que conoció el caso en segunda instancia. Se trata de un supuesto de un posible traslado o retención ilícita de una menor en España por su madre, siendo su residencia suiza, contrario al art. 1 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, para cuya resolución acerca de la restitución o no de la menor a su país de origen nuestro TC exige tener también en cuenta la integración del menor en el nuevo entorno como elemento de ponderación cuando ha transcurrido más de un año tras la sustracción del menor. En el caso que resuelve el Tribunal, transcurren veinte meses desde la sustracción hasta que se da por terminado el procedimiento, por lo que sí se debería ponderar el interés del menor en su nuevo medio para poder encontrar la manera de garantizarlo; y considera dicha ponderación obligatoria, junto a la de otras circunstancias tales como la edad, el entorno y la convivencia habitual en España, las cuales se omiten en la resolución judicial que están revisando, por lo que el TC estima que existe una falta de motivación en dicha sentencia y, por tanto, la vulneración del mencionado art. 24 CE.

Como hemos visto, el Tribunal Supremo también ha interpretado este principio del interés del menor a lo largo de los años. Entiende que la protección de este interés resulta una cuestión de orden público, preferente a la protección de los intereses de los demás implicados en cada situación, pues entiende que los menores no tienen la capacidad de defender sus propios intereses. Esta labor de protección le corresponde a los jueces y tribunales, de acuerdo con los art. 53 CE y 5 LOPJ. La interpretación del TS se centra en defender los derechos del menor, tratando de conciliarlos con otros si se encuentran en conflicto y, si ello **no es posible, hacerlos prevalecer sobre cualesquiera otros derechos o intereses en liza**³¹.

³¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 80.

3. PATRIA POTESTAD

3.1. Concepto

A pesar de que en nuestro Código Civil no hallemos un concepto de patria potestad, esta se puede definir como el conjunto de facultades y derechos que se conceden a los progenitores para poder cumplir los deberes y obligaciones que les competen en relación con sus hijos menores de edad o incapacitados. Se trata de un efecto legal derivado de la filiación, automático a toda relación paternofilial, no tiene que solicitarse pues se atribuye *ope legis*³². También la podemos entender como una institución protectora del menor que, como acabo de indicar, deriva de la filiación.

Aunque antiguamente se comprendía la patria potestad como soberanía del paterfamilias, podemos decir que este poder absoluto ya se ha superado, pasando a concebirse a la patria potestad como una función. Se caracteriza por ser intransmisible, en el sentido de que dicha potestad está fuera del comercio de los hombres; irrenunciable, puesto que viene impuesta *ex lege* con carácter imperativo; e imprescriptible, lo cual no impide que su ejercicio negligente pueda dar lugar a su extinción³³.

En nuestra regulación de la patria potestad actual se mantiene, en esencia, lo establecido por la Ley 11/1981 de 13 de mayo. Esta entra a modificar el régimen anterior en aspectos como, en primer lugar, que la patria potestad no supone ya un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre. En segundo lugar, se tiene en cuenta el interés de los hijos y su beneficio, además de valorarlo conforme a su personalidad. En tercer lugar, se deja de lado el aspecto patrimonial para centrarse en los derechos de la personalidad, en el contenido personal de la patria potestad. Por último, existe un mayor control público en detrimento de los mecanismos de control estrictamente familiares.

En concreto, en nuestro Código Civil, la patria potestad se regula en el Título VII del Libro I. Comienza con el art. 154, que establece los sujetos que se encuentran dentro de la patria potestad: los hijos no emancipados (y los mayores de edad incapacitados cuando exista prórroga o rehabilitación en la patria potestad). Además, recoge los deberes y facultades que

³² STS de 17 de junio de 2005: el padre solicita la determinación de la paternidad respecto a su hija y que al mismo tiempo se le concediese la patria potestad sobre la misma; la madre se oponía a la concesión de la patria potestad, a lo que el Tribunal Supremo contesta que una vez que queda determinada legalmente la filiación, la patria potestad corresponde “ex lege” al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación.

³³ SERRANO FERNÁNDEZ, M., “Derecho de familia”, Coordinadores Eugenio Pizarro Moreno, Juan Pablo Pérez Velázquez, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 202.

otorga la patria potestad. Son los siguientes: 1º *Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.* 2º *Representarlos y administrar sus bienes.*

Encontramos cinco deberes para los padres, que a su vez, como la doble cara de la moneda, constituirán derechos para sus hijos. En cuanto a velar por ellos, se entiende que se trata de proporcionarle toda clase de cuidados, materiales y morales. Como más adelante veremos, es un deber genérico, que se mantendrá en todo caso, incluso cuando “no exista” patria potestad, puesto que deriva de la filiación. Tenerlos en su compañía se refiere más a la relación de todo tipo de los padres con sus hijos, no simplemente compañía física, pues no siempre convivirán unos con otros y no por ello se estará incumpliendo este derecho (o deber). Estos dos primeros deberes integran la guarda del menor.

Tampoco podrán abandonar el deber de alimentación aquellos progenitores que estén privados o excluidos de patria potestad. Este deber comprende el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Por último, relacionado con el derecho fundamental a la educación (art. 27 CE), será obligación de los padres educarlos y procurarles una formación integral.

Como conclusión, podemos decir que nuestro Código Civil en la regulación de la patria potestad hace referencia a los cuatro elementos que engloba la institución: **la titularidad** de la patria potestad que se atribuye ex lege como consecuencia de la filiación, **su ejercicio, la guarda y custodia** y el derecho de relación de los padres con sus hijos que se traduce, en la práctica, en la determinación de **un régimen de comunicación y estancia**. Pues bien, en situaciones de convivencia de los padres, estos aspectos son manifestación única del deber función en qué consiste la patria potestad pero, en situaciones de ruptura convivencial, se articulan generalmente de forma separada³⁴.

3.2. Titularidad y ejercicio de la patria potestad

En cuanto a la titularidad de la patria potestad, como se puede deducir del art. 154.1 CC, la regla general es que la ostentan ambos progenitores. Nos puede surgir la duda de si la patria potestad se extingue con el fin del matrimonio, a lo que debemos contestar que no, puesto que ya he indicado que la patria potestad es un efecto de la filiación, automático; independiente del estado en que se encuentre la pareja. La sentencia de nulidad, separación

³⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 19.

o divorcio no suele afectar a la titularidad de la patria potestad, a excepción de que se establezca la privación de la patria potestad, como veremos más adelante.

No obstante, existe también la posibilidad de una titularidad individual, que podrá darse cuando la filiación se encuentra determinada legamente respecto de uno de los progenitores o haya un único adoptante; cuando uno de los progenitores haya sido excluido de la patria potestad por las causas que señala el art. 111 CC; en caso de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores; o cuando uno de los progenitores ha sido privado de la patria potestad.

En cuanto al ejercicio, entendemos por ejercitar la patria potestad la realización de los deberes y derechos comprendidos en la titularidad de la patria potestad³⁵. Se trata de una obligación para aquel que lo ostenta, pues llevarlo a cabo cumple con unas finalidades sociales; no cabe renuncia, pues sus facultades resultan irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles.

Como ya he indicado, al dejar de convivir el matrimonio, el ejercicio de la patria potestad se separa, generando varias figuras individuales: la guarda y custodia, el ejercicio de la patria potestad y el derecho de comunicación y estancia.

El art. 156 CC en su primer apartado se encarga de regular el ejercicio. Así, determina que se ejercerá conjuntamente la patria potestad por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor. Incluso en este segundo caso, según Vázquez-Pastor Jiménez, se sigue actuando de forma conjunta, porque indirectamente existe ese consentimiento. Es decir, la regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad, aunque existen excepciones como la regulada en el apartado 4º del art. 156 CC, que versa sobre el caso de la ruptura de convivencia que hemos visto, en el cual los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, siempre en beneficio del hijo.

Se puede dar respuesta con varios argumentos a la consagración del ejercicio conjunto de la patria potestad como regla general. En primer lugar, porque favorece la implicación de los dos progenitores en la toma de decisiones acerca de sus hijos, de manera que no se desentenderán de sus funciones. En segundo lugar, se reconoce el derecho del padre no custodio a participar en el ejercicio de la patria potestad lo que puede tener un valor simbólico importante para este, pues no sentirá estar excluido de la toma de decisiones, lo

³⁵ BLANDINO GARRIDO, M.A., “*Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 218.

que podrá reducir el deseo de confrontación permanente entre los progenitores. Por último, será beneficioso para la autoestima de los hijos el tener una imagen positiva del padre ausente³⁶.

Cabe preguntarse si se debe consultar con el otro progenitor absolutamente todo lo que rodee a sus hijos, incluso decisiones que cualquiera podría considerar como “poco importante” o urgentes. El propio art. 156 permite que, en estas ocasiones urgentes, sea el progenitor custodio quien decida individualmente “conforme al uso social”, sin que ello suponga una ruptura de la regla general de ejercicio conjunto. Se tratará de las actuaciones ordinarias o cotidianas, como comprarle ropa o llevarlo al médico, o aquellos actos que no admitan dilación sin perjuicio del menor (sería el caso de una operación quirúrgica urgente).

Sin embargo, será necesaria la presencia del otro progenitor para concluir los actos que excedan de la esfera ordinaria, que serán, según Malaurie, aquellos actos que sean contrarios a una práctica anterior seguida por los progenitores o aquellos que comprometan el futuro del menor, como por ejemplo, educación religiosa que va a recibir, viajes de larga duración, cambio de domicilio o de país de residencia³⁷.

Podrán existir desacuerdos entre el matrimonio en torno a cualquier cuestión acerca de sus hijos. Cuando esto ocurra, siempre se podrá acudir al juez, que entrará para decidir sobre cómo organizar las relaciones entre la familia. Sin embargo, aunque es una minoría, los progenitores no siempre atenderán a lo establecido en esta sentencia. Se tratará de un conflicto persistente, conflicto cuyo centro son los menores. Mantener esta situación solo provocará inconvenientes para el interés del menor³⁸.

Para terminar con este malestar, existen medidas que el juez puede tomar según la gravedad del conflicto, que veremos a continuación. He de recordar que estas medidas siempre tomarán como referencia el interés del hijo en cada caso concreto, unido al contexto

³⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*”, coordinadora Cristina Guilarte Martín-Calero, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 83.

³⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 20.

La STS de 26 de octubre de 2012, que versa sobre la decisión de un traslado del entorno habitual del menor, determina que “las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor”.

³⁸ La SAP Salamanca de 7 de mayo de 2013 considera que corresponde al juez de familia adoptar las medidas oportunas para poner fin a una situación de enfrentamiento tal que lleva a ambos progenitores a acudir reiteradamente a los órganos jurisdiccionales para la resolución de cuestiones de la vida ordinaria, sin contenido estrictamente jurídico, que sólo podrían resolverse a través de la adecuada mediación familiar.

del conflicto, así lo establece la STS de 17 de septiembre de 1996: “*el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social*”.

Estas medidas podrán decretarse en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, como indica el art. 92 CC en su apartado tercero, que recalca lo que acabamos de exponer, siempre se tomará esta medida en beneficio de los hijos.

3.3. Modalidades de patria potestad

Existen diferentes modalidades de ejercicio de la patria potestad para poder elegir la más adecuada para cada caso concreto de ruptura familiar, desde la perspectiva del mayor beneficio del menor.

3.3.2. Ejercicio exclusivo o unilateral

Se trata del supuesto de hecho regulado como excepción a la regla general en el art. 156 CC que dispone que, aunque ambos progenitores siguen siendo titulares de la patria potestad, el ejercicio corresponde exclusivamente a uno de ellos, en concreto, aquel que ostente la titularidad de la guarda. Será el Juez quien decida, cuando los padres no lo hagan³⁹, y siempre en beneficio de los hijos, a quién corresponderá el cuidado de estos. Esto supone que solamente uno de los padres tendrá los deberes y obligaciones recogidos en los art. 154 y ss.; aunque el progenitor no ejerciente conservará el derecho a relacionarse con sus hijos menores (arts. 160 y 94 CC), y puede solicitar del juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 CC.

Es importante destacar el carácter excepcional que debe guardar esta medida. Solo se decretará cuando exista una causa probada y avalada por el interés del menor. Nuestros tribunales han optado por adoptar esta medida en los siguientes casos: a) incumplimiento de las obligaciones parentales (alimentos, de tenerles en su compañía) si la privación de la patria

³⁹ La doctrina entiende que el Juez debería pronunciarse acerca del ejercicio de la patria potestad en todo caso, y no solo de manera subsidiaria, en defecto de convenio regulador, corriente que es puesta en práctica por los Tribunales a la hora de decidir sobre las consecuencias de la separación y divorcio respecto de los hijos menores de edad (GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*”, cit., pág. 87).

potestad se revela como una medida contraria al interés del menor, desproporcionada o prematura; si la relación de los padres está muy deteriorada y no existe ánimo de superar las desavenencias, a fin de evitar los desacuerdos y las tensiones; en los supuestos de falta de capacidad, preparación o disposición del progenitor para desempeñar tan importante función; en casos de inexistencia de relación paternofamiliar o si esta es conflictiva, y en situaciones de violencia familiar o de género⁴⁰.

El ejercicio unilateral convierte al no ejerciente en mero titular del régimen de comunicación y estancia reconocido en el art. 94 CC, ya no se le necesita para tomar decisiones como ocurre en el ejercicio conjunto. No será necesario ejercer la patria potestad para poder seguir relacionándose con su hijo.

Existe otro régimen, similar al ejercicio individual de la patria potestad, el ejercicio parcial. Se trata de un régimen intermedio entre el exclusivo y el conjunto, que consiste en que, atribuido el ejercicio en exclusivo a uno de los progenitores, las decisiones importantes deberán ser adoptadas de común acuerdo por ambos. No se trata de una medida como tal, sino de una forma de organizar el ejercicio, una cautela o cláusula legal del régimen del ejercicio exclusivo, cuya finalidad es, para Ferrer i Riba, satisfacer el interés de todo padre por estar al tanto de las incidencias que se suceden en el cuidado y guarda de sus hijos⁴¹.

3.3.3. Restricción del régimen de comunicación y estancia

Este régimen sirve para que el progenitor no custodio ejerza su derecho a relacionarse con su hijo (art. 94.1 CC: “*el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho*”) y seguir con las demás obligaciones que requiere la patria potestad. En el caso de que este progenitor, además, no ejerza la patria potestad, sus hijos también tienen derecho a relacionarse con él, situación que se regula en el apartado primero del art. 160 CC. De esta forma, este derecho se limitará a fomentar la relación humana y la corriente afectiva entre el progenitor y el hijo⁴².

Hay que relacionar esto con el apartado 3º del art. 9 de la Convención, que impone a los Estados Parte la obligación de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

⁴⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 58.

⁴¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*”, cit., pág. 95.

⁴² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 60.

En cuanto al derecho de comunicación y estancia, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de julio de 2002, expone que *“actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor”*.

Volviendo al art. 94, en el año 2021, el art. 2.10 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, lo modifica. En su anterior redacción, por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, regulaba la determinación del derecho de comunicación del progenitor no custodio con sus hijos por el juez, además de la posibilidad de limitación o suspensión de este derecho en caso de que se dieran unas circunstancias “graves”. No obstante, esta redacción no contiene estas circunstancias.

La nueva redacción reproduce el contenido de la anterior, sin embargo, desarrolla otros aspectos, como las causas de suspensión del derecho de comunicación:

“No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”.

Como referencia al tema de este trabajo, vemos que el art. 94 CC en su primer párrafo utiliza el interés del menor como criterio de interpretación de la norma. A pesar de que la regla general es que, en esas situaciones, se suspenda el régimen de visitas o comunicación, excepcionalmente si el interés del menor lo pide, podrá elaborarse un régimen a la medida del hijo, de forma que resulte beneficioso para este.

Cabría diferenciar entre restricción o limitación del derecho y su suspensión y sus consecuencias para el interés del menor. La primera, se trata de una medida preventiva que consistirá en establecer un régimen progresivo de comunicación y estancia, de manera que, en función del resultado del seguimiento técnico y si el interés del menor lo exige, podrá

fijarse un régimen estándar, o la suspensión radical de todo contacto del progenitor con el menor⁴³. Lo podemos ver reflejado en la interesante STC de 22 de diciembre de 2008, que revisa una sentencia donde se fija para un padre transexual y su hijo un régimen de visitas limitado, ampliado después al apreciarse que la relación era buena, a pesar de que la madre solicitaba la privación de la patria potestad por, entre otras cosas, el tratamiento hormonal del padre. El padre entiende que su identidad sexual había influido en la decisión que limitaba el régimen de comunicación y estancia con su hijo menor de edad, por lo que recurre. El TC considera que el régimen de visitas restringido fue fijado teniéndose en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y no la identidad sexual del padre.

La suspensión, en cambio, parte de un primer régimen de comunicación ya determinado por los progenitores o por un juez que se suspende porque se han producido nuevos hechos, extremadamente graves y perjudiciales para el supremo interés del menor, que recomiendan la adopción de esta medida. Podemos entender como hecho grave y perjudicial unos presuntos abusos sexuales del padre a su hija, caso que resuelve la STS de 25 de abril de 2011. Se plantea la cuestión de si, en este supuesto, se puede suspender o privar al padre del régimen de visitas y comunicaciones a su hija como consecuencia de encontrarse tramitando dichas diligencias penales. El Tribunal considera que, aun reconociendo el principio de presunción de inocencia, existen razones suficientes para justificar “hasta tanto no recaiga sentencia firme” en el procedimiento penal, la suspensión del régimen de visitas porque puede ocasionar un potencial peligro para la menor de imposible reparación. Y ello porque la razón que debe fundar dicho régimen es el interés del menor.

3.3.4. *La privación de la patria potestad*

La privación de la patria potestad, al contrario que las dos medidas anteriores, afecta a la titularidad del derecho y no a su ejercicio. Lo que puede llevar a esta medida es el incumplimiento de los deberes que forman la patria potestad, conductas o actuaciones inadecuadas o irresponsables de los padres, ya sea en un procedimiento penal o en uno civil e, incluso, *ad hoc*, uno exclusivo para la privación de la patria potestad, o en un procedimiento matrimonial de nulidad, separación o divorcio⁴⁴. Así lo establece el art. 170 CC. Se prevé

⁴³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., págs. 64 y 65.

⁴⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*”, cit., pág. 80.

también en el art. 92.3 CC como medida a tomar en la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

Aunque pueda parecer que se trate de una medida que castigue al progenitor por haber incumplido con sus obligaciones, lo que pretende el juez al privarle de la patria potestad es proteger al menor. Tomará esta decisión de acuerdo al interés de este último, como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de julio de 2004: “*dicha privación, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor*”. Asimismo, la STS 24 de abril 2000 afirma que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que con ello se pretende defender los intereses del menor. No requiere, por tanto, la imputabilidad en el progenitor; sin embargo, y aun sabiendo que radica en el interés del menor, acarrea efectos negativos por lo que debe acordarse con cierta cautela. La jurisprudencia entiende que, en casos en que exista incumplimiento pero no imputabilidad, será más adecuado adoptar otra medida, como las que veremos a continuación, ya sea la atribución de la guarda y custodia a un progenitor, a un tercero...⁴⁵.

De esto podemos deducir que se trata, una vez más, de una medida excepcional. Para su adopción, el juez exige varios requisitos, como un incumplimiento grave y reiterado en el tiempo, y la acreditación de que el incumplimiento haya sido efectivo y voluntario. Es decir, se reserva esta medida para casos en los que concurran circunstancias extremas como el abandono del menor, el desinterés y la falta de relación del progenitor con el menor, el maltrato físico o psicológico del menor, los abusos sexuales, la condena del progenitor por delito de homicidio o asesinato del otro progenitor⁴⁶. Fernández-Gil Vega añade las enfermedades psíquicas y adicciones o drogodependencias que el progenitor pueda experimentar y que provocan la dejación de sus deberes parentales.

Parte de la doctrina considera que puede existir una privación total o una parcial, en relación a los derechos u obligaciones que la medida limite. Si es una privación parcial, la sentencia indicará que solo se privará de algunas de las facultades o deberes que la integran. Si la medida afecta solo a uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si ambos son privados de la patria potestad, es preciso nombrar un tutor. Sin embargo, otros entienden que esta distinción es improcedente pues en el art.

⁴⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales”, cit., pág. 81.

⁴⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La concreción del interés del menor...”, cit., pág. 67

170 CC se refiere a la titularidad y, de no ostentarse, se deberá nombrar un tutor, como hemos visto; no existen intermedios⁴⁷.

De esto hay que extraer que hay deberes que no desaparecen con la privación de la patria potestad, como el deber de velar por ellos o prestarles alimentos, como indica el art. 110 CC. Otros deberes como la educación no podrán ser en ningún caso ejercidos por el padre privado de la patria potestad⁴⁸.

En cuanto a qué efectos derivan de la privación de la patria potestad, de la firmeza de la declaración, podemos destacar tres: se eliminan tanto derechos del progenitor no custodio (como derecho de relación con sus hijos o el derecho a ser oído en el procedimiento de adopción del hijo, art. 177.3 CC) como obligaciones de los hijos con sus padres, como los derechos sucesorios del art. 854 CC. Sin embargo, se mantienen las obligaciones de los padres con sus hijos de alimentos (artículo 143 y 154 del CC) y la obligación de velar por ellos (artículo 110 CC). Otro efecto, aunque no legal pero aun así relevante para el menor, según Ferrer i Riba, será el estigma que se creará alrededor del progenitor, pues se rebajará la condición personal de este a los ojos de su hijo, junto con, muy probablemente, el fin de la relación paternofilial⁴⁹.

Sin embargo, esta medida no es permanente, el juez podrá entender que se recupere la patria potestad de acuerdo con el art. 170.2 CC, siempre en atención al interés del menor, cuando se considere que dicha recuperación sea beneficioso para el hijo, y siempre que hubiere cesado la causa que motivó la privación.

3.3.5. La exclusión de la patria potestad

Como podemos deducir, la exclusión supondrá que no se derive el efecto legal que conlleva la filiación, la patria potestad. Se trata del efecto legal contrario. Aunque no se entiende como una medida a tomar en casos de ruptura matrimonial relativa a los hijos, podemos considerarla como una de las posibilidades de protegerlos, pues se llevará a cabo, según el art. 111 CC en casos en que el progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 68.

⁴⁸ SERRANO FERNÁNDEZ, M., “*Derecho de familia*”, cit., pág. 214.

⁴⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*”, cit., pág. 83.

Su objetivo es prevenir futuros conflictos parentales o desatención y desinterés del padre por su hijo, que, como parece lógico, se basa en el principio del interés superior del menor⁵⁰.

Debemos diferenciar la exclusión de la patria potestad con su privación. El TS, en su Sentencia de 24 de junio de 2004, entiende que estas dos medidas se diferencian en que la exclusión (*por no ser padre declarado del menor*) no supone la privación, que implica un incumplimiento de sus deberes como padre. También señala que “la exclusión de la patria potestad se impone por ministerio de la Ley no por sentencia y se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad (...). La exclusión de la patria potestad constituye un imperativo para el juzgador, incluso aun cuando no hubiera sido formalmente solicitada”.

En cuanto a qué se refiere el Código Civil con “contra su oposición”, cláusula utilizada en el art. 111, el TS entiende en su Sentencia de 11 de mayo de 1995 que se trata de *una filiación impuesta contra la voluntad del progenitor*. Esta oposición debe cumplir con diversos caracteres como que “ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente”⁵¹, lo que posibilita atribuir la patria potestad a aquel padre que no se ponga a la filiación determinada en juicio⁵², garantizando el derecho del hijo a relacionarse con ambos progenitores. Todo ello por una razón: proteger el superior interés del hijo, utilizado como norma de procedimiento, de manera que, será más beneficioso para este no tener en su vida a alguien que no quiere estar en ella, de lo que puede deducirse un mal comportamiento, que generará consecuencias negativas en la vida del menor. Aunque conserva, de todas formas, el deber de velar por sus hijos y prestarles alimentos (art. 110 CC).

Puede ocurrir que antes de probar la filiación, el padre se oponga a esta pero que, si resulta probada a su favor, cambie de opinión y acepte la filiación (STS de 16 de febrero de 2012), esto no es contrario al interés superior del menor, como ya hemos indicado anteriormente.

⁵⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La concreción del interés del menor...”, cit., pág. 74.

⁵¹ STS de 12 noviembre de 2008

⁵² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La concreción del interés del menor...”, cit., pág. 72.

3.3.6. *La extinción de la patria potestad*

Por último, como puntualización, la extinción de la patria potestad se regula en el art. 169 CC, que determina que esta finalizará por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por la emancipación, o por la adopción del hijo.

Debemos diferenciarla de la privación de la patria potestad puesto que en la extinción persisten determinados derechos, como sucesorios o de alimentos, que se pierden en la privación, la cual también constituye causa de inhabilidad para el ejercicio de determinadas funciones, según el art. 243.1 CC⁵³.

⁵³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*”, cit., pág. 79.

4. MANIFESTACIONES DEL INTERÉS DEL MENOR EN SITUACIONES DE CONFLICTO

4.1. Supuestos de crisis matrimonial: nulidad, divorcio y separación

A modo de introducción, debemos dejar claro cuáles son los supuestos de crisis matrimonial, por lo que haré una breve referencia a sus conceptos. Entenderemos como tales la nulidad, la separación y el divorcio.

En primer lugar, la nulidad. Esta supone la invalidez del matrimonio, civil o religioso, como consecuencia de la falta de concurrencia de algunos de los requisitos de este o de la existencia de algún vicio en dichos requisitos.

Nuestro Código Civil dedica su art. 73 a regular la nulidad. Su régimen será característico porque otorga a la nulidad una regulación propia, no se puede aplicar a la nulidad matrimonial el régimen de nulidad común de los contratos. Otro carácter especial de la nulidad matrimonial es que su declaración solo podrá ser realizada mediante sentencia judicial y los efectos derivados de ella son *ex tunc*, desde el origen del matrimonio, como si nunca se hubiese celebrado.

Finalmente, el mismo art. 73 CC enuncia las causas de nulidad del matrimonio mediante una lista *numerus clausus*. De todas formas, la doctrina entiende que existen causas que no están expresamente fijadas en dicha lista y, aun así, deben ser consideradas como causa de nulidad⁵⁴. Para resumir, podemos clasificar las causas en tres grupos: las relativas al consentimiento matrimonial, ya sea tanto la ausencia de este como el que esté afectado por algún vicio, la concurrencia de los impedimentos dirimentes, y, por último, los vicios o defectos de forma⁵⁵.

En segundo lugar, la separación. Se trata de un supuesto de crisis matrimonial que, a través de una declaración judicial, suspende la vida en común de los cónyuges, se altera su régimen de derechos y obligaciones, pero sin disolver el vínculo matrimonial, provocando la suspensión de los principales efectos del matrimonio, como los deberes conyugales regulados en los arts. 67 y 68 CC. Esta podrá ser declarada por el Juez o ante Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, como prevé el art. 82 CC.

El Código Civil le dedica sus arts. 81 y ss., diferenciando entre separación consensual, en la que se tiene el consentimiento de ambos cónyuges, y separación contenciosa, en las que

⁵⁴ BLANDINO GARRIDO, MA., “*Las crisis matrimoniales...*”, cit., pág. 24.

⁵⁵ HORNERO MÉNDEZ, C., “*Derecho de familia...*”, cit., pág. 67.

solo uno solicita la separación; de lo que podemos extraer que solamente están legitimados los cónyuges para la solicitud de tal medida. Para ambas modalidades se exige como requisito un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, excepto cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. Entrará en juego como requisito el convenio regulador para la separación consensual.

En cuanto al carácter de esta medida, no es irrevocable, pues prevé una posible reconciliación de las partes, de manera que, de darse, la separación dejará de producir efectos *ex nunc*, cuando se haya puesto en conocimiento del juez que conocía de la causa. La reconciliación es más fácil al no haberse roto el vínculo matrimonial.

Por último, el divorcio. El Código Civil la encuadra como una de las causas de disolución del matrimonio, junto con la muerte y la declaración de fallecimiento, como indica el art. 85 CC. Será necesario la declaración de un Juez, LAJ o Notario para que se trate de un divorcio válido y, tras la firmeza de la sentencia o decreto, produzca los efectos que acarrea la ruptura del matrimonio, aunque no se extenderá a la suspensión de obligaciones como padre para con sus hijos (art. 92 CC).

A partir de 2005, el art. 86 CC deja de comprender las causas de divorcio, que simplemente remitirá a los requisitos necesarios para poder solicitar el divorcio. Estos requisitos son compartidos con la separación judicial antes vista, enunciados en el art. 81 CC. Se reproducen muchas de las reglas contenidas para la separación, en aspectos como la legitimación, los requisitos, el carácter revisable de la medida.

4.2. Efectos comunes

Es evidente que un cambio de esta envergadura, que provoca una nueva vida para la familia, conlleva consecuencias. Una de ellas es la determinación de un nuevo régimen que fije los distintos interrogantes que surgen al romper la pareja, tanto para ellos, como para sus hijos o pertenencias. Antes de desarrollar las medidas que interesan a este tema, aquellas que afectan a los hijos para resolver la situación acaecida tras la ruptura del matrimonio, debemos hacer referencia a aquellas que afectan al propio matrimonio, pues indirectamente recaerán sobre sus hijos.

En nuestro Código Civil estos cambios se regulan en los Capítulos IX y X, aunque entre ellos encontramos una diferencia: uno de ellos se refiere a “efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” y, el otro, a “medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio”, pudiendo entender que con el término efectos se refiere a las consecuencias definitivas de la ruptura matrimonial, mientras que con el de medidas se apela a las consecuencias provisionales que se pueden adoptar con ocasión del proceso necesario para declarar aquella ruptura matrimonial⁵⁶.

Este criterio de “provisionalidad” no es una verdadera diferencia, como se puede extraer de lo establecido en el art. 104 CC, al decir que lo que se regula en los artículos anteriores (102 y 103 CC) son “efectos y medidas”. Al igual que en el art. 771.2 LEC utiliza efectos solamente para referirse a lo dispuesto en el art. 102 CC y medidas para todos los demás preceptos que integran ambos Capítulos. Es una diferencia meramente morfológica, que nos hace abandonar el criterio de literalidad de las normas para definir estas dos clases de consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial.

Sí podríamos fijarnos, para hacer una especie de clasificación, en el carácter imperativo que otorguen (o no) tanto el CC como la LEC a la imposición de los efectos o las medidas. En este sentido, el Código Civil establece unas consecuencias que se producirán en todo caso de ruptura matrimonial, incluso sin necesidad de su declaración judicial. Se trata de normas imperativas.

Hay que puntualizar que los efectos que regula el Código Civil son comunes, como el nombre del Capítulo IX indica, para todos los supuestos de crisis matrimonial. Esto se debe a que en ellos se van a repetir muchas de las situaciones planteadas para unos supuestos u otros. De todos modos, intentaré hacer una clasificación de los efectos y de las medidas.

4.2.1. *Efectos*

En primer lugar, nos encontramos con los efectos derivados de la presentación de la demanda de ruptura matrimonial, son los establecidos en el art. 102 CC: el cese del deber de convivencia, la revocación de consentimientos y poderes, y el cese de la responsabilidad subsidiaria derivada de la potestad doméstica.

Es importante destacar que su aplicación es automática, estos efectos se producen “por ministerio de la Ley”, según el propio precepto 102 CC, lo que significa que serán

⁵⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “*Las crisis matrimoniales...*”, cit., pág. 138.

indisponibles por las partes e incluso por el juez, ni siquiera podrán modificarse después mediante un nuevo proceso⁵⁷

En cuanto a los efectos derivados de la sentencia declarativa de la ruptura matrimonial, son las consecuencias que imperativamente se producen a raíz de la declaración judicial de la separación, del divorcio o de la nulidad matrimonial, sin perjuicio de otros efectos.

4.2.2. Medidas

Hay que destacar qué se entiende por medida y en qué se diferencia de los anteriores efectos. No se trata de consecuencias automáticas, *ex lege*, sino que tiene que ser el juez el encargado de acordarlas. Esto se debe a que las normas que antes regían para el matrimonio dejarán de aplicarse y será necesario establecer una nueva regulación⁵⁸.

Frente a la indisponibilidad de los efectos, las medidas sí podrán ser modificadas si las circunstancias cambian, pues aquellas se adoptan siempre *rebus sic stantibus*. Esto ocurriría, por ejemplo, con respecto a los hijos, si uno de sus progenitores se jubila, se traslada, si enferma...

Para las medidas, seguiré la distinción que hace Díez-Picazo entre las diferentes fases comunes dentro de un procedimiento para poner fin al matrimonio, que serán: una fase preliminar que comienza con la voluntad de demanda de uno o ambos cónyuges, una fase provisional, iniciada al presentar la demanda y que finaliza cuando se dicta sentencia; y la última fase, cuando la sentencia deviene firme y es ejecutoria. Para cada fase existirá una clase de medidas, así, encontraremos medidas provisionalísimas, medidas provisionales y medidas definitivas. Es decir, atenderemos al momento procesal en que se establecen. Debemos diferenciarlas pues no todas las medidas definitivas pueden acordarse de modo provisional y viceversa.

En primer lugar, las medidas previas o provisionalísimas. Como podemos deducir de su nombre, son medidas que anteceden a las definitivas, que pueden ser adoptadas antes de la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio y que, según la segunda clasificación, estará dentro de la fase preliminar. Así lo prevé el art. 104 CC al dotar al cónyuge

⁵⁸ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las crisis matrimoniales...”, cit., pág. 139.

que proponga la demanda de la posibilidad de solicitar este tipo de medidas previas, aunque debe quedar claro que el juez no está obligado a adoptarlas.

Debemos diferenciar estas medidas previas con las que explicaré a continuación, las medidas provisionales, puesto que el contenido de ambas radica en los preceptos anteriormente citados, arts. 102 y 103 CC. La diferencia es el momento en que se adopte la medida: si es antes de la interposición de la demanda se tratará de medidas previas, en cambio, aunque se trate de la misma medida, si se adopta una vez presentada la demanda, serán medidas provisionales.

El procedimiento se establece en el art. 771 LEC, cuyo título deja claro que el precepto está regulando este tipo de medidas al disponer: “medidas provisionales previas a la demanda...”. Procedimiento que acabará con un auto, contra el que no cabrá recurso alguno (art. 771.4 LEC). Su eficacia será inmediata, aunque condicionada por el plazo de duración que el art. 771.5 LEC establece: *“los efectos y medidas... solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio”*.

Estas medidas pueden ser confirmadas al presentarse la demanda. De esta manera, sus efectos se perpetúan a lo largo de toda la primera instancia, hasta la conclusión de la misma, mediante sentencia o por otro medio.

En segundo lugar, las medidas provisionales. Se encuentran recogidas en el art. 103 CC, que comienza estableciendo el momento en que podrán solicitarse: una vez admitida la demanda.

En cuanto al procedimiento de solicitud y aprobación de estas, pueden comenzar los cónyuges solicitándolas mediante un acuerdo, que será sometido a la aprobación judicial (art. 773 LEC). En ausencia de dicho acuerdo, será el juez el encargado de adoptar las medidas que solicite una u otra parte.

Podemos clasificar las medidas provisionales en medidas relativas a los hijos, medidas relativas a la vivienda familiar, medidas relativas a la contribución a las cargas del matrimonio y medidas relativas a los bienes que ocupan al matrimonio. Aunque haga referencia a todas ellas, a lo largo de los siguientes apartados de este trabajo desarrollaré las primeras en mayor profundidad.

En el primer apartado del art. 103 CC se regulan las medidas relativas a los hijos del matrimonio sujetos a la patria potestad de ambos. Este tiene como máximo principio interpretativo, una vez más, el interés de los hijos, siempre que estén sujetos a la patria

potestad de ambos cónyuges. En este sentido, Díez-Picazo entiende que deberá prescindirse de la culpabilidad de los progenitores en las causas que puedan haber dado lugar al proceso para la adopción de esta clase de medidas. También encontramos un pronunciamiento del Tribunal Supremo en torno al interés del menor como criterio de adopción de estas medidas en su sentencia de 22 de julio de 2011: *“lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*.

La medida establecida en el art. 103.1 CC consistirá en determinar con cuál de los dos cónyuges convivirán los hijos y, por otro lado, cómo se asegurará el cumplimiento del deber del padre no custodio, el progenitor con quien no conviva, de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, y, por tanto, su derecho de comunicación y visitas. Esta medida nada tiene que ver con la patria potestad, ni con su titularidad ni con su ejercicio, pues, como veremos, esta seguirá siendo ejercida por ambos.

Este apartado también plantea dos medidas para situaciones excepcionales, que son, por un lado, el supuesto en que las personas idóneas para los hijos son sus abuelos, parientes u otras personas y, de no existir, la institución más indicada. La medida consistirá en que el juez conferirá la tutela de los menores a estas personas señaladas. Por otro lado, el supuesto en que exista riesgo de sustracción del menor por uno de los cónyuges o por terceros. Para esta situación se prevén expresamente varias medidas en el Código Civil: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

En segundo lugar, el apartado 2 del art. 103 CC se refiere a las medidas relativas al uso de la vivienda familiar. En este supuesto no se refiere al interés del menor, sino al “interés familiar más necesitado de protección”. Como podemos deducir, se trata de determinar quién se quedará con la vivienda habitual familiar y con algunos de los bienes que en ella se encuentren, y quién, con el resto.

En tercer lugar, se regulan las medidas relativas a la contribución a las cargas del matrimonio en el art. 103.3 CC. Se fijará la contribución de cada uno de los cónyuges y se establecerán las bases para la actualización de estas cantidades, además de disponer garantías

y depósitos para asegurar el cumplimiento de la medida. En cualquier caso, se entenderá como contribución el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad⁵⁹. En este sentido, existe confusión en la jurisprudencia acerca de si el deber de alimentos tiene que considerarse dentro de las cargas a las que este apartado se refiere. Un sector jurisprudencial entiende que esto no es ajustado a derecho pues considera que el concepto de cargas del matrimonio es residual, donde solo caben las obligaciones que gravan la económica familiar y que deben seguir siendo afrontadas, respecto a terceros, con independencia de la ruptura matrimonial. Es la corriente que sigue la SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 22 de septiembre de 2000, al señalar que “el concepto de cargas matrimoniales se corresponde con el de obligaciones patrimoniales que subsisten a la disolución del matrimonio, obligaciones tales como préstamo, hipotecas, etc.”. Otro sector jurisprudencial sí que considera dentro de las cargas del matrimonio al derecho de alimentos de los hijos comunes, para lo que acude al art. 1362 CC.

Por último, deberán tomarse medidas relativas a los bienes gananciales y privativos de los cónyuges, puesto que iniciar uno de estos procedimientos no provoca una modificación del régimen económico de matrimonio. En cuanto a los bienes gananciales, será el juez quien decida qué bienes corresponden a cada parte del matrimonio, tras la realización de un inventario. En cuanto a los bienes privativos, también se determinará su régimen.

La duración de estas medidas provisionales la dispone el art. 106.1 CC, entendiéndose que acabarán estos efectos cuando sea sustituidos por los de la sentencia estimatoria u otro fin del procedimiento.

Tanto las medidas previas como las provisionales son medidas de carácter cautelar, que deben aplicarse respetando el principio de proporcionalidad del art. 726 LEC y comprobando la vigencia de los requisitos de peligro por la mora procesal y apariencia de buen derecho, recogidos en el art. 728 LEC. Además, también estarán presentes de manera preponderante el interés del menor y, en su caso, el interés en la protección de la víctima⁶⁰.

Hay que tener en cuenta que existen otras medidas en el Código Civil para la protección de los hijos menores, pero que nada tiene que ver con las medidas reguladas para

⁵⁹ SÁNCHEZ LERÍA R., VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “*Derecho de familia*”, cit., pág. 91.

⁶⁰ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “*Las crisis matrimoniales...*”, cit., pág. 142.

casos de crisis matrimonial. Se trata de las que se contemplan en el art. 158 CC, según el cual el juez puede adoptarlas de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. La lista regulada en el mencionado precepto se compone de las siguientes medidas: asegurar la prestación de alimentos y proveer las futuras necesidades del hijo en caso de incumplimiento de este deber por sus padres; evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la patria potestad; adoptar las medidas necesarias para evitar la sustracción de los menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, como la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial o la prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada de éste si ya se le hubiera expedido, sometimiento a la autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor.

Además, en 2015 entra en vigor la Ley de Protección a la Infancia, que añade dos medidas más para garantizar los derechos de los menores como hijos y, por tanto, su interés superior. Son la posibilidad de prohibir a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad y la de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, a los tutores, a otros parientes o a terceras personas, establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. En el último apartado, el art. 158 CC abre la lista a cualquier otra disposición que se considere oportuna, con el objetivo de “apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

Observamos la similitud de contenido entre estas medidas y las recogidas en el art. 103 CC, lo que puede generar confusión. Confusión que se agrava en cuanto que el último párrafo del art. 158 CC dice que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria; lo que nos lleva a pensar que en un proceso matrimonial cabría adoptar esta clase de medidas⁶¹.

Podemos encontrar varias diferencias para dar salida a esta confusión. Por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de abril de 2005, advierte que la vía para la adopción de las medidas del artículo 158 CC está siempre abierta, no dependiendo de la

⁶¹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “*Las crisis matrimoniales...*”, cit., págs. 144 y ss.

existencia de un proceso de crisis matrimonial ni del momento de la tramitación en que éste se encuentre.

En primer lugar, debemos fijarnos en la finalidad de cada una de las medidas. En cuanto a la finalidad del art. 158 CC, se trata de proteger al menor en situación de desamparo absoluto. Su finalidad no es regular el régimen de las obligaciones de cada progenitor, puesto que ninguno de los progenitores le presta cuidado al hijo. También la de evitar situaciones de riesgo de sustracción del menor por algún progenitor o por terceros, o, simplemente, evitar situaciones de riesgo.

En segundo lugar, la naturaleza de las medidas del art. 158 no es cautelar, como la de las medidas para crisis matrimonial, de modo que no se extinguen con la sentencia que ponga fin al proceso, sino que cobran carácter definitivo desde el primer momento.

En tercer lugar, las medidas del art. 103 CC no podrán adoptarse de oficio, solo a instancia de parte, mientras que las del art. 158 CC, sí.

En cuarto lugar, debemos tener en cuenta su contenido, si se trata de un contenido *numerus clausus* o *numerus apertus*. En el caso de los art. 102 y 103 CC, es decir, para los procesos de crisis matrimonial, las medidas serán una lista cerrada. Por el contrario, el art. 158 CC establece los fines, no las medidas como tal, aunque sí se indican algunos ejemplos. Deja libertad al juez para elegir a través de cláusulas como medidas convenientes, apropiadas, necesarias u oportunas.

Por último, ambas medidas distan en su procedimiento de adopción. En cuanto a las medidas provisionales de procesos de crisis matrimonial, se rigen por el art. 773 LEC, reguladas únicamente para dichos procesos matrimoniales; sin embargo, las medidas del art. 158 CC, desde su reforma por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, pueden dictarse con ocasión de cualquier proceso (civil o penal) o expediente de jurisdicción voluntaria.

Finalmente, las medidas definitivas, que comprenden todos los efectos personales y patrimoniales de la ruptura matrimonial, una vez que esta es declarada judicialmente o elevada a escritura pública notarial. Serán aquellas que sustituyan a las provisionales de forma estable, aunque también podrán ser modificadas; normas de derecho necesario que, en consecuencia, *se sustraen en su adopción al poder o facultad dispositiva de las partes, al ir directamente*

*dirigidas a dotar de adecuada tutela al interés del menor como bien jurídico prioritario susceptible de protección*⁶².

Corresponderá al juez declarar estas medidas siempre que los cónyuges no las hayan acordado de antemano en su convenio regulador o en los acuerdos a los que podían llegar sobre aspectos personales y patrimoniales acerca de todo lo que rodeaba a su matrimonio, que también deberán ser homologados por el juez en el proceso, según el art. 90 CC. Es decir, la intervención del juez es subsidiaria, el legislador concede un amplio margen de decisión a los padres para resolver, de acuerdo a lo que crean más adecuado, su nueva situación vital, siendo la protección del interés del menor el límite infranqueable que permitirá al juez denegar la homologación de los acuerdos dañosos para los hijos menores de edad o incapacitados, según el precepto citado. Por tanto, se confía una primera interpretación del interés del menor, a los titulares de la patria potestad y, solo ante la falta de acuerdo, o ante una medida dañosa acordada contrariando aquel interés, decidirá el juez lo que considere más adecuado al interés del menor o incapacitado (Art. 92 CC)⁶³.

Estas medidas definitivas se recogen en los arts. 92 y ss. CC. Como ya he indicado, aunque cualquier medida que se tome podrá afectar más o menos directamente a los hijos, me detendré en aquellas reguladas especialmente para su cuidado y su protección, al fin y al cabo, en su interés.

El propio art. 92 CC deja claro que los padres seguirán teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos que siendo un matrimonio y, por consiguiente, también las mismas facultades. Mención que Marín López ha considerado como innecesaria, pues las obligaciones de los padres parten de su filiación con sus hijos, no de su matrimonio o de la patria potestad, por lo que resulta evidente que los deberes y derechos no se esfuman al romper el matrimonio.

Este precepto es uno de tantos que tiene como guía el principio del interés del menor. Las medidas que suceden al fin del matrimonio deberán dictarse siempre en el mayor beneficio para aquel, o, al menos, con el objetivo de que los hijos resulten dañados lo menos posible como consecuencia de la ruptura, pues sabemos que lo ideal para ellos es la convivencia sana. El TS así lo expresa en su Sentencia de 12 de febrero de 1992: *“la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de*

⁶² ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *“Las crisis matrimoniales...”*, cit., pág. 172.

⁶³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“La concreción del interés del menor...”*, cit., pág. 16.

los hijos (...), y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio”⁶⁴.

Serán los arts. 92 a 94 CC los encargados en regular estas medidas. Como veremos en mayor profundidad en los próximos apartados dedicados en exclusiva a cada institución, las medidas tendrán que ver con la titularidad y el ejercicio de la **patria potestad** de los hijos menores (art. 92.3 y 4 CC), con la atribución de la **guarda y custodia** (art. 92.5 CC), con el **derecho de alimentos de los hijos** (art. 93 CC) y con el **derecho de visitas** (art. 94 CC).

⁶⁴ La interpretación de la jurisprudencia acerca del interés superior del menor ha ido evolucionando. En los últimos tiempos, abandona la concepción clásica del interés del menor como sinónimo de estabilidad emocional e integración social (lo que es mejor para él), para centrarse en la defensa de sus derechos (GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit. pág. 12.)

5. GUARDA Y CUSTODIA

5.2. Concepto

Al igual que ocurre con la patria potestad, no encontramos en el Código Civil un concepto para esta figura. Podremos definirlo de varias formas, que expondré a lo largo de este apartado.

Como he adelantado, podemos entender la guarda y custodia como uno de los aspectos o figuras que integran el contenido de la patria potestad, en concreto, el aspecto personal, el deber de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía.

Nos puede surgir la duda, por tanto, de si ambas instituciones de protección al menor son equivalentes. En los supuestos en que el matrimonio conviva, no nos resultará necesario distinguir entre ellas, sin embargo, cobrará importancia cuando esta convivencia se rompa puesto que hay que garantizar que estos derechos de los menores se cumplan, al no desaparecer con la convivencia deberes que integran la patria potestad. Es decir, la ruptura del matrimonio supondrá la falta de convivencia, lo que exigirá atribuir la guarda y custodia de los hijos en la modalidad más beneficiosa para ellos. Aunque debemos tener en cuenta que la regla general es que los progenitores mantengan la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, con independencia de quién ostente la guarda y custodia. No se permite atribuir la guarda y custodia a quien no sea titular o ejerciente de la patria potestad, pero sí al revés, siendo titular y ejerciente de la patria potestad, se podrá no ejercer la guarda y custodia.

No debemos, por tanto, en estos supuestos de crisis matrimonial, confundir patria potestad con guarda y custodia. Para ello, podemos definir esta última figura como la potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados a los padres, y que abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia. El legislador las regula separadamente con la intención de diferenciarlas⁶⁵.

También debemos distinguirla del concepto de guarda de menores. Para Martínez Calvo, la clave para diferenciarlas es que guarda y custodia es ejercida por uno o ambos padres del menor, no por terceros, caso en el que se tratará simplemente de guarda. Ragel Sánchez opina igual y entiende que se debe a que la guarda ejercida por los padres debe ser “*más*

⁶⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 20.

reforzada, más cuidadosa y diligente que la llevada a cabo por terceros". Es la corriente que sigue el Código Civil al otorgar a la guarda y custodia un régimen jurídico específico, diferente al de la guarda de menores. Mi opinión coincide con los autores, pues, aunque deba asimilarse en su ejercicio la guarda por un tercero a la guarda y custodia, esta última es la que debería ser prevalente y, por tanto, más diligente.

En sentido gramatical, la RAE relaciona la guarda y custodia con protección, cuidado y vigilancia, en este caso de los hijos menores de edad. A pesar de que a primera vista podamos suponer que se trata de dos figuras, trataremos ambos términos como sinónimos en nuestro Derecho, pues los dos persiguen el mismo objetivo, el de proteger al menor y a su mayor interés.

El contenido de esta institución, como ya he indicado, es el aspecto personal de la patria potestad, en el momento en que se acabe la convivencia del matrimonio. Su ejercicio comprenderá la convivencia con el menor y su cuidado, aspectos que, a su vez, abarcarán muchos otros como alimentación, educación, vigilancia y control, toma de decisiones... Este contenido puede hacernos confundir a la guarda y custodia con el derecho de visitas, puesto que comparten muchos de sus aspectos, como el cuidado y residencia junto al menor. Ello ha llevado a un sector de nuestra doctrina a afirmar que, en la práctica, está ejerciendo la guarda y custodia de un menor aquel progenitor que en un momento dado lo tiene en su compañía, lo que incluiría al no custodio durante los periodos de comunicación establecidos⁶⁶.

Sin embargo, debemos también diferenciar ambas figuras. El derecho de visitas solo obliga a su titular durante los periodos de relación y comunicación establecidos, en cambio, el titular de la guarda y custodia ejercerá sus obligaciones durante la mayor parte del tiempo. La guarda y custodia siempre presupone la titularidad y ejercicio de la patria potestad, sin embargo, el derecho de visitas puede darse en casos en que ni siquiera se sea titular de la patria potestad, como indica el art. 160 CC. Además, el legislador establece un régimen jurídico específico para cada una de ellas, por lo que queda clara su intención de diferenciarlas⁶⁷.

⁶⁶ MARTÍNEZ CALVO, J., "*La guarda y custodia*", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 44.

⁶⁷ MARTÍNEZ CALVO, J., "*La guarda y custodia*", cit., pág. 45.

Como vengo adelantando, se trata también de una medida cuya adopción resultará necesaria en caso de que se dé alguno de los supuestos de crisis matrimonial. Corresponderá al juez en caso de no haberse llegado a un acuerdo en el convenio regulador.

5.3. Modelos y criterios de atribución

Previo a elegir el régimen de guarda y custodia, el art. 92.6 CC recoge varios requisitos que el juez tendrá que reunir. Estos requisitos son recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario el juez, de oficio o a petición del Fiscal, de los cónyuges, de los miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor; y valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, junto con la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos. Todo ello para elegir el modelo más adecuado para cada caso concreto.

La redacción que la Ley 15/2005, de 8 de julio, utiliza al elegir *favorable* como requisito del informe del MF para la aprobación del modelo de guarda y custodia ha sido controvertida. Para resolverlo, el TC declara esta redacción inconstitucional y nula en su STC 185/2012, de 17 de octubre, eliminando este límite a la capacidad decisoria del juez, de manera que le reconoce la competencia de verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Será él y no un informe quien entrará a valorar cuál es la medida más beneficiosa para el menor y si tiene que adoptarse.

Se debe añadir que otro requisito, aunque no expresamente indicado en el precepto es que la modalidad elegida siempre deberá responder al principio *favor filii*, es decir, se debe adoptar la medida que satisfaga mejor los intereses del hijo, pues se trata de un mandato constitucional regulado en el art. 39 CE, de protección integral de los hijos menores⁶⁸. En este sentido, la STS de 10 de enero de 2012, entre otras, establece que lo primordial para elegir la mejor medida es el interés del menor en cada caso concreto, nunca lo que convenga al interés de sus progenitores, “pues el sistema está concebido en el artículo 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”, y la STS de 12 de diciembre de 2013, que estima que el interés de los menores debe quedar adecuadamente salvaguardado, teniendo en cuenta los parámetros imprescindibles para

⁶⁸ SÁNCHEZ LERÍA R., VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Derecho de familia”, cit., pág. 100.

determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor.

Una vez cumplidos los requisitos expuestos previamente, el juez deberá atender al superior interés del menor para adoptar la medida que considere más beneficiosa para los hijos. Podrá elegir entre una custodia exclusiva, la tendencia de los últimos tiempos o una custodia compartida, que, como veremos, es la partidaria de un gran sector de la doctrina.

5.3.1. *Exclusiva*

Esta modalidad supondrá la atribución de la guarda y custodia, de sus funciones a uno solo de los progenitores, cuando el juez considere que ese progenitor ofrece mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, familiares, culturales y ambientales⁶⁹.

El otro cónyuge al que no se le otorga la guarda y custodia, al que ya me he referido a lo largo del trabajo como cónyuge no custodio, quedará privado del ejercicio de las funciones ordinarias que conlleva la patria potestad. He de recordar que seguirá conservando, normalmente, la titularidad y ejercicio de la patria potestad, independientemente de no tener la guarda y custodia de sus hijos. Por ello, el contenido de la patria potestad resultará de a) el deber de velar por los hijos (art. 103 CC), b) el derecho de visitar a los hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (art. 94 CC), c) el deber de contribuir a la satisfacción de los alimentos (art. 93 CC), por alimentos, recuerdo, que nos referimos a la propia alimentación, la habitación, el vestido, la educación, la asistencia médica y lo que sea necesario para el desarrollo de la personalidad del menor. Esto se debe al principio de coparentalidad y a lo dispuesto en los art. 92.1 CC⁷⁰.

Existen criterios que se valoran positivamente para la adopción de esta medida, como los que propone Marín López: la estabilidad laboral del progenitor frente al que no tiene empleo fijo; la relación entre los hijos y la nueva pareja del progenitor; que los menores no sufran cambios traumáticos en cuanto al colegio, población o ambiente cultural en el que venían desarrollándose...

Nos pueden surgir algunas dudas acerca del ejercicio de esta modalidad de guarda y custodia. Una de ellas es si actualmente existe prevalencia por sexos en la atribución de la

⁶⁹ SÁNCHEZ LERÍA R., VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “*Derecho de familia*”, cit., pág. 101.

⁷⁰ MARTÍNEZ CALVO, J., “*La guarda y custodia*”, cit., pág. 49.

guarda y custodia, por la costumbre de atribuirla a la madre por el hecho de serlo. Esto quedó resuelto con la modificación del art. 159 CC por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que atribuía automáticamente la custodia a la madre de los hijos menores de 7 años, sin embargo, esto resultaba discriminatorio y en la actualidad no existe prevalencia alguna⁷¹.

Otra que se nos puede plantear es si resulta posible que el progenitor custodio impida la relación personal del hijo con el otro progenitor no custodio y, en caso de que no lo fuera, qué consecuencias tendría. Pues bien, parece evidente que tal cosa no es posible ya que el padre no custodio, como he indicado, sigue teniendo derecho a relacionarse con sus hijos. Si se le impidiese ejercer ese derecho, podría optar a una indemnización, como indica el TS en su Sentencia de 30 de junio de 2009, al apreciar el derecho a ser indemnizado por daño moral en ese caso⁷².

Ya vimos cómo se resolvía la controversia acerca de la toma de decisiones en el ejercicio de la patria potestad, si lo planteamos como un aspecto de la guarda y custodia, el centro de la decisión siempre debe ser el interés del menor. Si tomamos como ejemplo un cambio de residencia del padre custodio con el menor o su traslado a otra provincia, la STS de 11 de diciembre de 2014 resuelve que lo que se debe tener en cuenta es el interés del menor en todo caso y, también, el principio de proporcionalidad de la medida adoptada, equilibrando, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal. De la misma manera el TS resuelve en el caso de cambio de residencia al extranjero del progenitor no custodio, al entender en su Sentencia de 20 de octubre de 2014 al autorizar este traslado “únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él”.

Por último, nos podemos preguntar también qué sucede si de la ponderación del interés del menor resulta que ambos progenitores son idóneos para la custodia exclusiva, ya que estamos dando por supuesto que siempre va a haber uno más adecuado para convivir con los hijos. El interés del menor está demandando la necesidad de mantener relaciones con ambos progenitores, como venía sucediendo antes de la crisis matrimonial. Para esto, la solución será la custodia compartida, modalidad a la que se dedica el próximo apartado.

⁷¹ BLANDINO GARRIDO, MA., “*Las crisis matrimoniales...*”, cit., pág. 227.

⁷² BLANDINO GARRIDO, MA., “*Las crisis matrimoniales...*”, cit., págs. 227 y 228.

5.3.2. *Mención a la guarda y custodia partida o distributiva*

La modalidad de guarda y custodia partida o distributiva es una cuestión que genera controversia entre la doctrina. Existe un sector que considera que no se puede tratar de una modalidad más de la guarda y custodia. En teoría, lo que pretende es regular los casos en que, existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado a uno de los progenitores, y el del resto de hijos, al otro, por lo que los hermanos no conviven entre sí. Sin embargo, en la práctica, la propia custodia que se garantiza al hijo, visto de manera individual, será o exclusiva o compartida, no hay diferencia alguna, no es un modelo de guarda y custodia, sino, como indica este sector de la doctrina, un criterio de organización del régimen de guarda y custodia⁷³.

Aun entendiendo esta modalidad más bien como un modo de organización, encontramos en el art. 92.5 CC un criterio interpretativo, que acaba estableciendo que debe procurarse no separar a los hermanos. De todas formas, no es algo imperativo, pues como podemos ver en la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 19 de julio de 2007, que resuelve el recurso interpuesto por una madre que no estaba conforme con la sentencia recurrida, pues había separado la guarda y custodia de sus hijos, uno bajo la guarda del padre y, el otro, bajo la suya. Esta Sentencia no estima procedente el recurso con el objetivo de la atribución de la guarda y custodia de ambos hijos a la madre, *“pues a pesar de que como principio general ha de observarse el de que los hermanos no sean separados y crezcan juntos, este principio también tiene excepciones y que se darán siempre que el bienestar de los menores de que se trate se encuentre mejor garantizado con el establecimiento de una custodia separada y repartida, como ocurre en el presente caso”*.

5.3.3. *Compartida*

El modelo de guarda y custodia compartida regula la posibilidad de atribuir la guarda y custodia a ambos progenitores, mediante la cual, los hijos alterarán periodos de convivencia con uno y otro progenitor⁷⁴.

Ambos progenitores serán guardadores, pero no de forma simultánea, sino alterna y sucesiva. El sistema de guarda compartida permite que no se separe a los hermanos, dada la

⁷³ MARTÍNEZ CALVO, J., *“La guarda y custodia”*, cit., pág. 47.

⁷⁴ Otros autores no consideran a la custodia compartida como modalidad de guarda y custodia donde esta sea conjunta o se comparta, sino como un sistema de guarda alternada o sucesiva (MARTÍNEZ CALVO, J., *“La guarda y custodia”*, cit., pág. 68).

convivencia conjunta de todos los hermanos en las estancias con uno u otro progenitor, como regla general y de acuerdo al principio interpretativo al que acabo de hacer referencia.

Pero esta no ha sido siempre una modalidad, sino que es a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, cuando comienza a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, que no estuviese regulada tal posibilidad no impidió que no se adoptase en alguna ocasión esta medida antes de esta Ley, exigiendo para ello acuerdo de los progenitores y garantía del interés del menor, ya que el art. 92 CC no regulaba la custodia compartida, pero tampoco la prohibía. En este sentido, el TC se pronuncia en la STC 4/2001, de 15 de enero, para resolver un recurso de amparo interpuesto por oposición la resolución de la SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997, la cual establecía de oficio un régimen de guarda y custodia compartida por meses alternos del hijo menor de edad. El TC consideró que la citada sentencia era correcta, ya que el órgano judicial había actuado conforme a las potestades que, en interés del menor, le son legalmente atribuidas en los procesos matrimoniales.

Este régimen de guarda y custodia se basa en los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental. Coparentalidad, como derecho que tienen los menores a mantener una relación estable con sus dos progenitores, con independencia de la crisis matrimonial; y corresponsabilidad, entendida como la igualdad de derechos y reparto equitativo de los deberes entre los progenitores en lo relativo a sus hijos⁷⁵.

La adopción de esta medida la prevé el art. 92 CC, al establecer dos posibilidades en las que se podrá acordar la guarda y custodia compartida: cuando se solicite por ambos padres, recogida en el párrafo 5; o a instancia de una de las partes, en el párrafo 8. En este último caso será el juez quien acuerde la medida solamente si se protege de esta forma el interés superior del menor, para lo que necesitará, previamente, el informe del Ministerio Fiscal, aunque sabemos que este no será vinculante. Lo que se exigirá siempre es la petición de, al menos, uno de los progenitores.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de abril de 2013 resuelve sobre este asunto, al entender que la guarda y custodia compartida no debe ser una medida excepcional, sino que debería ser la regla general por lo que demanda el interés del menor, pues permite

⁷⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., “*La guarda y custodia*”, cit., pág. 55.

que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Por el contrario, el CC prevé dos supuestos en los que no procederá la guarda y custodia compartida en su art. 92.7: cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; y, cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el carácter que esta guarda y custodia tiene es de protección al menor en los casos en que sus padres no conviven y no se debe concebir como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de sus obligaciones paternofiliales, como indica en el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de julio de 2011.

La finalidad de esta medida de guarda y custodia es, como expone la STS de 19 de julio de 2013, primar *“el interés del menor y este interés, ..., exige sin duda un compromiso mayor”*. De la misma manera, el Tribunal en su Sentencia de 2 de julio de 2014 entiende que la finalidad del régimen es aproximarse *“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”*.

Para facilitar la adopción de esta modalidad de guarda y custodia, encontramos que la jurisprudencia ha ido elaborando criterios en los que basarse⁷⁶. Entre ellos, encontramos en primer lugar los relacionados con los progenitores, como la relación que mantengan entre ellos, pues de darse una relación conflictiva, no puede llegar a decretarse este régimen por el propio interés del menor, como expone el Alto Tribunal en su Sentencia de 30 de octubre de 2014, *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto 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”*, de manera que si la situación resulta perjudicial para el interés del menor, no podrá decretarse dicho régimen. Dentro de estos se valorará también la capacidad de los progenitores de llegar a un acuerdo y mantenerlo, como recuerda la Sentencia de 17 de diciembre de 2013 del mismo Tribunal en la que casa la sentencia que otorgaba la custodia exclusiva al padre, por su capacidad para

⁷⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“La concreción del interés del menor...”*, cit., pág. 37

el diálogo y su lealtad, y considera infringido el artículo 92.8 CC al descartar la custodia compartida sin analizar si las malas relaciones entre los progenitores incidían en el menor ni si concurrían el resto de los requisitos establecidos jurisprudencialmente; y su capacidad de elegir un modelo educativo común, la relación que tengan los padres con sus hijos, tanto durante el matrimonio como después de la ruptura y la disponibilidad de los padres para mantener el trato con sus hijos cuando no estén bajo su guarda directa.

En segundo lugar, también se debe tener en cuenta la distancia de los domicilios, pues si lo que se pretende es mantener una relación estable de los hijos con ambos de sus padres, si existe una distancia mayor, podría llegar a entorpecerse, al entrar en aspectos como colegio, amistades, centro médico... En tercer lugar, que existan medios materiales suficientes. En cuarto lugar, la edad, tanto de los padres como de sus hijos, pues a menor edad, mayor alternancia entre los progenitores; y el número de hijos, pues, de existir varios, el CC en su art. 92.5 establece como preferente no separarlos. También se tendrá en cuenta la voluntad del menor, tanto para acordar como para denegar la medida. Por último, hay que valorar los informes aunque no sean vinculantes, pues proporcionarán elementos objetivos que podrán servir al juez para decantarse o no por este régimen.

5.3.4. *Guarda y custodia encomendada a un tercero*

Nuestro Código Civil plantea una última posibilidad de guarda y custodia, que consiste en atribuirla a una persona distinta de los progenitores. Se trata de una medida de carácter excepcional recogida en el art. 103 CC para los supuestos de crisis matrimonial, tanto como medida provisional como medida definitiva⁷⁷, siempre en beneficio del menor, como en casos de maltrato.

Se acordará en los casos en que el juez crea que ninguno de los dos progenitores es adecuado para la guarda y custodia del hijo o por la imposibilidad de estos para ocuparse de sus hijos, como ocurriría por un ingreso en prisión. Solamente podrá acordarla el juez, no los progenitores en su convenio regulador⁷⁸, siempre que existan motivos trascendentales, como

⁷⁷ La SAP A Coruña 25 junio 2013 señala que, si bien la posibilidad de atribuir la custodia a un tercero se encuentra en la regulación que se dedica a las medidas provisionales, en el art. 103.1 párrafo 2, no hay motivo para estimar que la norma se excluya en fases posteriores del proceso, ya que el art. 90 CC prevé que el convenio regulador determine la persona que ejercerá la custodia, sin exigir que sea un progenitor.

⁷⁸ Esto se debe a que el carácter irrenunciable de la patria potestad impide que los progenitores puedan suprimir voluntariamente el ejercicio de algunas de las funciones que integran esta figura. Y es que, en caso de que los padres no puedan asumir los cuidados del menor, no cabe la posibilidad de que por sí mismos acuerden delegar en un tercero el ejercicio de la guarda, sino que deberían instar una guarda administrativa. (MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”, cit., pág. 73).

se puede extraer del pronunciamiento de la AP de Lugo en su Sentencia de 14 de marzo de 2007, en la que deniega la petición de que la guarda sea encomendada a la abuela paterna por no existir causa grave que lo justifique.

Al hablar de la guarda y custodia anteriormente, la he diferenciado de la guarda de menores. En este sentido, el autor Martínez Calvo entiende que la guarda y custodia como tal solamente la pueden ejercer los progenitores, encomendando a un tercero excepcionalmente solo la guarda.

Esta medida no significa que los progenitores queden privados de la patria potestad, sino que mantendrían su titularidad y ejercicio, por regla general.

Los sujetos que podrán recibir la guarda serán, como se indica en el art. 103.1 CC *los abuelos, parientes y otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea*. Esta institución podrá ser tanto pública como privada, aunque en el primer caso estaríamos ante una guarda administrativa. Aunque no existe un orden de prelación regulado en el precepto, podemos extraer de la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 que se deberá otorgar la guarda en primer lugar a los abuelos, y después a los demás indicados. Otro sector entiende que no existirá orden y que solamente se deberán regir por la idoneidad de la persona para ejercer esta función. En atención al interés del menor, esta última interpretación resulta más adecuada, pues en nada beneficiará al menor estar bajo la guarda de sus abuelos si estos no son los indicados para ejercerla.

6. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIA

6.2. Concepto y determinación

Una de las consecuencias de la atribución de la guarda y custodia a un progenitor exclusivamente o a ambos de forma compartida es el régimen de comunicación y estancia, tradicionalmente conocido como régimen de visitas, distinción en la que me detendré seguidamente. Esto se debe a que esta medida exige que se determine el modo en que el progenitor no custodio vaya a ejercer su derecho a relacionarse con sus hijos (art. 94.1 CC) - o del hijo con su padre-, de manera que así también podrá seguir cumpliendo con sus obligaciones como titular de la patria potestad, o, aunque no lo sea, más aún deberá determinarse un régimen de visitas para garantizar el derecho a relacionarse, pues este derecho deriva de la filiación⁷⁹. Es decir, podemos entenderlo tanto como un derecho como un deber, de carácter personalísimo, inalienable e imprescriptible, y no absoluto, pues su incumplimiento puede derivar a la modificación del régimen tanto de la guarda y custodia como de visitas. El Código Civil así lo expresa en su art. 94, el Juez puede limitar o suspender el derecho de visitas en dos ocasiones, cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen o cuando se incumpla grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Por todo ello, a pesar de no encontrar definiciones en nuestra regulación ni en la comunitaria que se ajusten al verdadero concepto, podríamos concluir que se trata de un derecho que comprende tres aspectos: las visitas propiamente dichas, entendidas como ir a ver a alguien donde se encuentre; la comunicación, como relación estable y continua entre el menor y el progenitor no conviviente; y la estancia, como los periodos de tiempo que los menores pasan en compañía del progenitor con el que no conviven⁸⁰.

Esta composición es lo que ha motivado a la doctrina a renombrar este derecho como “relación” o “comunicación y estancia”, dejando de lado las “visitas”, como podemos observar en el art. 90 CC. Así lo defendía el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la coparentalidad y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, pues entendía, como se puede ver en su Exposición de Motivos, que el término visitas se queda corto y obsoleto y lo ideal sería denominarlo “régimen de estancia, relación y comunicación”⁸¹. De todas formas, utilizaré ambos términos como sinónimos a lo largo del trabajo.

⁷⁹ MARTÍNEZ CALVO, J., “*La guarda y custodia*”, cit., pág. 409.

⁸⁰ MARTÍNEZ CALVO, J., “*La guarda y custodia*”, cit., pág. 414.

⁸¹ MARTÍNEZ CALVO, J., “*La guarda y custodia*”, cit., pág. 414.

En cuanto a su determinación, al igual que para las otras medidas ya analizadas, podrá darse tanto en el convenio regulador como por resolución judicial, ya sea solicitado como medida provisional o posteriormente como medida definitiva. En ambos casos dependerá directamente del régimen de guarda y custodia fijado, de si se trata de una guarda y custodia exclusiva o compartida. El primer caso resulta más sencillo, pues siempre habrá de fijarse un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio, como se puede extraer del art. 94 CC. En cuanto a los supuestos de custodia compartida, no se prevé legalmente nada al respecto, por lo que no sería obligatorio determinar un régimen de visitas.

Existen cuatro posibles regímenes a elegir por los progenitores de mutuo acuerdo, según Acuña San Martín: regímenes abiertos o flexibles, en el que no se detalla cómo se llevará a cabo, por lo que es más fácil su adaptación a las necesidades concretas; regímenes pormenorizados, en cambio, son aquellos en los que está todo fijado, ya sea su duración, lugar, gastos... y no se puede variar; regímenes reglamentados o concretos, que, a pesar de que fijan los aspectos importantes que conciernen al ejercicio del derecho, existen opciones abiertas para elegir entre los progenitores; y regímenes inconcretos, problemáticos para casos de conflictos entre los padres.

Cuando sea el juez quien elija, dispondrá de una serie de criterios que, aunque no se fijan en la Ley, sí lo hace la doctrina, como la distancia entre domicilios, la duración de los lapsos de convivencia con cada progenitor, la facilidad de las visitas...

6.3. Derecho de terceros: relación del menor con sus abuelos y allegados

Los cambios en la vida que acarrea la ruptura familiar no solo afectan al núcleo de los progenitores y sus hijos, sino que pueden interferir en la familia más extensa, como abuelos u otra clase de parientes o seres queridos, no necesariamente unidos por lazos de sangre.

El problema llega cuando, tras la ruptura del matrimonio, se generen conflictos nuevos o persistan otros que ya existían no solo entre los propios cónyuges sino en la familia amplia a la que acabo de hacer referencia entre sí. Esto reviste una mayor dificultad cuando existen hijos de por medio, pues las medidas acordadas en el convenio regulador o por el Juez en el procedimiento de ruptura pueden no ser del agrado de todos por sus disputas personales, aun entendiendo que el centro es el menor y si se ha acordado de tal forma, es porque es lo más beneficioso para ellos, como se ha podido observar.

Uno de los aspectos que forman el nuevo régimen de vida que afecta a los niños es cómo se desarrollará ahora su relación con sus seres queridos, pues esta puede cambiar a raíz del conflicto.

Como he hecho referencia anteriormente, conservar esta relación configura un derecho tanto del menor como de los abuelos o allegados, que se reconoce legalmente en el art. 160 CC y en el art. 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En ningún momento los padres son los sujetos del derecho, por lo que parece obvio que no podrán disponer de él, ni limitarlo o excluirlo por su sola voluntad o por conflictos entre ellos, aunque piense que es lo mejor para su hijo, estamos ante uno de los límites del ejercicio de la patria potestad⁸². Solamente podrá acabarse con esta relación cuando se demuestre “justa causa” por aquellos quienes se opongan a la relación entre nieto-abuelo, como podemos ver en el apartado segundo del art. 160 CC. Es decir, el Código Civil establece una presunción *iuris tantum* de que el mantenimiento de la relación es lo beneficioso para el menor, siendo necesario demostrar que, en el caso concreto, no lo es a través de esta justa causa.

Así lo determina el TS en su Sentencia 359/2013, de 24 de mayo, al entender 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 la progenitora y su madre, abuela de la menor, cuando no afectan al interés de los menores*”. Además, en relación con la justa causa en este caso concreto resuelve que la han abordado “*de una forma simplemente especulativa puesto que ningún episodio se 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. Y a la vista de ello, debe concluirse que en la valoración de este hecho, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, sino en abstracto, este interés, primando por el contrario el de su madre, lo que contradice la jurisprudencia citada*”. Por todo ello, se afirma el derecho de relación entre la abuela con su nieta.

El Código elige un concepto indeterminado al utilizar justa causa como requisito para la finalización de dicha relación, para lo que se requerirá interpretación de los tribunales en cada caso concreto. Podemos entenderla como un motivo serio y riguroso que exija para la adecuada protección del interés del menor la finalización de unas relaciones personales que se han demostrado perjudiciales, no beneficiosas para este⁸³. Un ejemplo de justa causa sería situaciones de malos tratos o de abandono familiar y violencia del progenitor que se opone

⁸² MONTÉS RODRÍGUEZ, M.P., “El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en derecho español, diez años después de la ley 42/2003”, Revista Boliviana de Derecho, núm. 18, 2014, pág. 585.

⁸³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La concreción del interés del menor...”, cit., pág. 85.

a la relación a su hijo por mantenerla, como entiende la SAP de Cádiz 503/2013, de 14 de octubre; la negación de alimentos⁸⁴; o malos hábitos de los abuelos que puedan afectar directa o indirectamente al desarrollo del menor, como problemas de alcohol o drogas⁸⁵. Se debe tratar de un perjuicio grave, que pueda poner en peligro el libre desarrollo de la personalidad del menor, y actual, no meramente potencial o posible⁸⁶.

Y es que ya hemos visto que preservar las relaciones familiares y afectivas contribuye a la protección del interés del menor, pues ayuda a garantizar la estabilidad de este y a fomentar su desarrollo psicosocial, sobre todo en estas situaciones de crisis matrimonial que, con frecuencia, implican un deterioro en las relaciones del menor con la rama familiar del progenitor no custodio. Es decir, el juez protegerá el interés del menor, pues en todo caso se trata de su objetivo final, cuando establezca un régimen de comunicación entre el menor y sus seres queridos que garantice el mantenimiento de sus relaciones personales, siempre que se trate de una situación de bajo conflicto. Para ello deberá centrarse en aquel superior interés y no en el de los padres.

La otra cara de la moneda de los conceptos indeterminados, como pudimos ver con el interés superior del menor, es que son difíciles de acreditar o de valorar por el juez. En este caso, se recurre frecuentemente a informes de expertos que analizan la relación de los abuelos con sus nietos para ver si afecta al desarrollo de la personalidad del menor⁸⁷.

6.3.1. *La relación entre los abuelos y sus nietos*

En 2003 entra en vigor la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual en su Exposición de Motivos pone de relieve por primera vez la función que cumplen, en los últimos tiempos, los abuelos en las familias y, sobre todo, lo que aportan al desarrollo personal de sus nietos; cuestión que no había sido regulada con anterioridad. Les sitúa en un lugar privilegiado frente a otros allegados a los que más tarde haré referencia, pues, para el legislador, los abuelos gozan de autoridad moral con la suficiente distancia para ayudar a sus nietos en situaciones de conflicto familiar, favoreciendo su estabilidad y desarrollo, además de desempeñar un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, como se establece en la

⁸⁴ MONTÉS RODRÍGUEZ, M.P., “*El derecho de visitas...*”, cit., pág. 585.

⁸⁵ CHAPARRO MATAMOROS, P., “*El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos: reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre*”, Actualidad Iberoamericana, núm. 3, 2015, pág. 204.

⁸⁶ CHAPARRO MATAMOROS, P., “*El derecho de relación personal...*”, cit., pág. 205.

⁸⁷ CHAPARRO MATAMOROS, P., “*El derecho de relación personal...*”, cit., pág. 203.

Exposición de Motivos de dicha Ley. Es clara la habitual vinculación afectiva de los nietos con sus abuelos por, entre otras cosas, su cuidado diario casi normalizado en la actualidad ya sea por necesidades económicas o necesidades de cuidado por la incorporación de la mujer en el mercado laboral, de manera que mantener esta relación podrá ayudar a los menores a contrarrestar los efectos negativos que suelen producirse en ellos tras la ruptura matrimonial⁸⁸.

No obstante, no es esta la opinión de toda la doctrina, como Arias Díaz, que considera que la importancia de los abuelos está sobrevalorada, pues entiende que los valores que puedan aportar están ya “desfasados”⁸⁹. Yo, sin embargo, estoy de acuerdo con la primera parte de la doctrina, pues entiendo que en la gran mayoría de los casos, estando más o menos presentes, nuestros abuelos han sido una parte esencial en nuestras vidas, no solo como compañía en nuestra infancia sino también como parte de nuestra educación y valores; y, si se siguiera esta otra corriente, ni siquiera nuestros padres podrían educarnos, porque ya forman parte de otra generación y no estarían actualizados.

Todo ello se ve reflejado en la nueva redacción del art. 160 CC que introduce esta Ley, al introducir, asimismo, a los abuelos como sujetos de ese derecho de visitas, para el que anteriormente eran simplemente parientes o allegados, sin sustantividad propia. Aunque se trata, sobre todo, de un derecho del propio menor.

Lo que trata de conseguir este precepto es garantizar que, pese a la ruptura matrimonial o pese a conflictos entre ellos, los niños puedan conservar a sus abuelos. El primer apartado contiene varias situaciones, aquella en la que los dos titulares de la patria potestad se opongan a la relación de sus hijos menores con los abuelos por la existencia de un conflicto no resuelto entre estos últimos y el hijo titular de la patria potestad; o aquella en la que el único titular de la patria potestad quiere impedir las relaciones de sus hijos menores con los padres del progenitor fallecido, privado de la patria potestad o del régimen de comunicación y estancia.

Para que exista pronunciamiento por parte del juez, en primer lugar, deberá darse esta oposición que acabo de mencionar, de uno o ambos de los progenitores o, mejor dicho, de los titulares de la patria potestad, frente al mantenimiento de la relación con los abuelos o

⁸⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., “*El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores*”, IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho, Vol. 1, núm. 2, 2019, pág. 68.

⁸⁹ CHAPARRO MATAMOROS, P., “*El derecho de relación personal...*”, cit., pág. 200.

allegados, pues, de no existir, no sería necesario el establecimiento de un régimen de comunicación y estancia distinto al de los progenitores porque no hay conflicto, sus relaciones familiares se dan con normalidad. Esta obstaculización deberá probarse, puesto que podría derivar no de un conflicto, sino del propio cambio a raíz del nuevo régimen de convivencia ordenado tras la ruptura matrimonial.

En segundo lugar, el juez entrará a valorar la justa causa alegada por los progenitores, para lo que la jurisprudencia ha ido valorando criterios de interpretación del principio del interés del menor, aunque siempre adaptados al caso concreto.

Como he indicado al principio, una de las situaciones que puede darse es el caso de que solamente un progenitor ostente la titularidad de la patria potestad, ya sea por el fallecimiento del otro progenitor o por suspensión del régimen de comunicación y estancia. En estos casos, la línea que ha seguido la jurisprudencia es, como sabemos, el mantenimiento de la relación entre el nieto y sus abuelos. Estos últimos gozarán de un régimen de visitas, de relación, propio, diferente al de los padres; siempre y cuando este régimen no sirva para eludir la suspensión que le concierne al progenitor afectado por ella, como se indica en el último párrafo del art. 160 CC⁹⁰. Para evitar que esto ocurra y cumplir con el precepto, el juez tiene a su disposición una serie de cautelas como la fijación de un lugar neutral para el desarrollo de las visitas.

La otra situación parte de una decisión de ambos titulares de la patria potestad de cesar la relación de los nietos y los abuelos por un conflicto entre estos últimos y los progenitores, lo que provocará una mayor diversidad de soluciones, pues habrá que estar tanto al origen del conflicto, como a su intensidad o a cómo afecta al menor. La realidad es que, frente a una minoría de casos en que se da la razón a la justa causa alegada por los titulares de la patria potestad por interferir este conflicto en la vida del menor de manera negativa, se intentará mantener el derecho tanto del menor como de sus abuelos, aunque de una manera diferente a como venimos adelantando. Para estos supuestos, los tribunales suelen fijar un régimen progresivo de comunicación y estancia que permita la normalización de las relaciones parentales bajo supervisión de especialistas y la fiscalización del juez, de manera que, con las conclusiones que saquen estos especialistas tras haber analizado cómo afecta al menor este régimen primeramente fijado, podrán decretar un régimen más amplio o suspender el contacto total con el menor.

⁹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 104.

Podemos preguntarnos qué ocurriría si es el abuelo quien no quiere mantener la relación con su nieto. Pues bien, no se trata de una oposición como tal, ya que solo puede proceder de los titulares de la patria potestad.

Tras el análisis de la oposición y justa causa, será el juez el encargado de elaborar el régimen propio de comunicación de los abuelos a seguir por las familias, al no determinarse ningún aspecto en el art. 160 CC que se dedica a esta cuestión.

En la STS de 12 de mayo de 2011 encontramos diversos criterios que la jurisprudencia ha ido conformando para facilitar la tarea de determinar un régimen de comunicación. Se valorará la situación personal del menor y de la persona con quien desea relacionarse; las conclusiones de los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; la intensidad de sus relaciones anteriores; la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

6.3.2. *La relación de los menores con sus allegados*

A lo largo del capítulo me he referido tanto a abuelos como a allegados. Hemos visto que así lo hace el Código Civil también en sus art. 160.2 y 161, no así en sus art. 90.1 b) y 94.2 donde solo se refiere a la relación con los abuelos. Esto podría llevarnos a entender que las personas a las que llamamos allegados, que luego concretaré, no podrían fijar su régimen de relación en el mismo proceso de ruptura de matrimonio, sino que habría que instar otro procedimiento al amparo del artículo 250.1.12º LEC, lo que provocaría una acumulación de procesos y de resoluciones de órganos diferentes, difícilmente conciliables entre sí. El legislador trató de corregir esta redacción en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que pretendía expandir su ámbito de aplicación a los «hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas», pero fue un proyecto fallido⁹¹.

Dejando esto a un lado y como adelantaba, así como no resulta necesario definir el concepto de abuelo, sí debemos precisar qué se entiende por allegado.

En primer lugar, puesto que aparece también en el art. 160.2 CC, debemos hacer referencia al término pariente, entendiendo como tal cualquier persona que tenga algún parentesco con el menor. Es evidente que los abuelos (y hermanos) forman parte de los

⁹¹ MARTÍNEZ CALVO, J., “*El derecho de relación del menor...*”, cit., pág. 70

parientes del menor, pero se les otorga una posición reforzada, privilegiada frente a las otras personas que también tienen derecho de relación con los niños⁹². En todo caso, esta jerarquía, a pesar de ser la regla general, podrá alterarse cuando los otros allegados tengan una mayor relación que la que tiene el menor con los abuelos, por lo que se adaptará caso por caso.

En cuanto a los allegados, serán todas aquellas personas que no presentan un vínculo de parentesco con el menor y que mantienen, o han mantenido, una relación estrecha con él, más o menos intensa⁹³, pues se encuentran dentro de su círculo afectivo. Así, se considera allegado a una amiga de la madre del menor que ha convivido junto a ellos y no a una amistad efímera de la madre.

Es interesante la concepción de la jurisprudencia de la pareja de uno de los padres como allegado, sobre todo si ha sido larga en el tiempo y han convivido con el menor; y más aún si ha existido matrimonio en el que el hijo lo es solamente de una de las partes, aunque ambos han participado en la educación del menor durante toda su vida o gran parte de ella, y el menor les identifica a ambos como figuras paternas. Ocurrirá sobre todo en parejas del mismo sexo, debido a su imposibilidad para procrear hijos comunes; en estos casos, la jurisprudencia habla de “allegados muy cualificados” a quienes otorga un régimen de visitas mucho más amplio que el que podrían disfrutar los demás allegados⁹⁴. Un ejemplo de esto será la STS de 12 de marzo de 2011 en la que, al reconocerle a la expareja de la madre un amplísimo régimen de relación puesto que había desempeñado funciones de madre por sí misma, la madre biológica se opone. Sin embargo, el Tribunal desestima el recurso de casación al considerar que el interés del menor se refleja en un mantenimiento de la relación con la que era su madre también, a pesar de no compartir vínculo jurídico ninguno, excepto su calificación como allegada.

No debe, por tanto, fijarse un régimen de comunicación más limitado por tratarse de un allegado, sino fijar la extensión oportuna en atención al interés del menor, atendiendo, pues, a la posición ocupada por el allegado y percibida y sentida por el menor⁹⁵.

⁹² MARTÍNEZ CALVO, J., “*El derecho de relación del menor...*”, cit., pág. 71.

⁹³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 110.

⁹⁴ MARTÍNEZ CALVO, J., “*El derecho de relación del menor...*”, cit., pág. 72.

⁹⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “*La concreción del interés del menor...*”, cit., pág. 110.

6.3.3. Determinación de la relación

Los arts. 90.1 b) y 94.2 CC introducidos por la Ley 43/2003 antes mencionada, presentan la posibilidad de que los cónyuges en el convenio o los jueces en sentencia fijen un régimen de visitas entre abuelos y nietos. Aunque no se recoge en el art. 103 CC como una medida provisional, esta determinación se puede dar en cualquier momento de acuerdo al art. 160.3 CC por vía la demanda de juicio verbal del art. 250.1.12 LEC, ya sean los hermanos, abuelos, parientes o allegados⁹⁶, o el propio menor si posee la madurez suficiente para ello, como entiende la mayoría de la doctrina (art. 162.2.1 y 2 CC)⁹⁷.

Uno de los requisitos para llevar a cabo el régimen de esta relación entre el niño y sus abuelos, parientes o allegados, además de la audiencia que también deberán prestar los niños y sus progenitores, es el consentimiento que deberán prestar todos estos últimos. Es particular el caso de los hermanos, pues podríamos pensar que, para seguir el principio que recoge el Código Civil acerca de no separar a los hermanos tras la ruptura matrimonial, se podría prescindir del consentimiento de los hermanos menores de edad, como planteaba el Anteproyecto de Ley. Sin embargo, no prospera y se deduce que se exigirá el consentimiento tanto de aquel menor de edad como mayor⁹⁸.

En caso de que no se cuente con el consentimiento de estas partes, se deduce que si falta un requisito no podrá establecerse el régimen de relación, sobre todo porque en nada beneficiaría al interés del menor relacionarse con quien no quiere hacerlo.

Vemos que no se exige el consentimiento del niño ni de sus progenitores más allá de la audiencia. En el caso de los progenitores, tiene sentido pues, en caso de conflicto entre estos y los abuelos o allegados, nunca prestarían el consentimiento, y es lo que se pretende evitar, que sean los padres los que decidan por su interés y no por el de sus hijos. En cuanto al consentimiento del hijo, al tratarse de una persona menor de edad, puede que no sepa elegir qué es lo más beneficioso por su “falta de capacidad”. Lo cual me llama la atención, pues parece que si es el hermano menor de edad quien tiene que prestar consentimiento para poder continuar con la relación con su hermano también menor de edad, sí que se permite e incluso se exige; sin embargo, el propio beneficiario no puede elegir por sí mismo qué considera que es mejor para sí, dando por hecho una edad dentro de la minoría de edad⁹⁹. Y

⁹⁶ MARTÍNEZ CALVO, J., “*El derecho de relación del menor...*”, cit., pág. 72.

⁹⁷ CHAPARRO MATAMOROS, P., “*El derecho de relación personal...*”, cit., pág. 208.

⁹⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., “*El derecho de relación del menor...*”, cit., pág. 72.

⁹⁹ El autor Chaparro Matamoros sí que le da la posibilidad de oponerse al menor cuando sea mayor de 12 años, al ostentar ya capacidad natural (CHAPARRO MATAMOROS, P., “*El derecho de relación personal...*”, cit., pág. 207).

aunque se plantea que sí se tendrá en cuenta la oposición del menor, esta falta de consentimiento no será vinculante para el juez, por lo que podrá verse obligado el hijo a mantener ciertas relaciones aunque no quiera. Me parece una cuestión complicada, ya sea por la facilidad de manipulación que pueden tener los padres sobre sus hijos, lo que puede llevar a esa oposición, por lo que tenerla en cuenta como decisiva no me parecería justo, siempre que se decida en interés del menor; sin embargo, puede que realmente tenga la capacidad de opinar y decidir y no se le esté dando esa posibilidad.

Esta relación que resulta determinada en el convenio o por el juez en sentencia podrá ser modificada si se dan cambios en la vida del menor y, como consecuencia, su interés es distinto, o, por el transcurso del tiempo y la edad, sus preferencias cambian¹⁰⁰.

6.3.4. Diferencia entre el derecho de comunicación y estancia y el derecho de relación con abuelos o allegados

Como hemos podido observar, el derecho de comunicación y estancia que se le atribuye a los progenitores y este derecho de relación de abuelos o allegados comparte aspectos como su carácter personalísimo, inalienable e imprescriptible, incluido en el ámbito de derecho de familia. En otros asuntos, puede parecer que se trata del mismo derecho pero con sujetos distintos, pero no es así. Son dos derechos compatibles pero independientes. Por ejemplo, el contenido del régimen de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados será como regla general más reducido que el del régimen de visitas que corresponde a los progenitores. Puede parecer obvio pues a estos últimos les corresponden los deberes reconocidos legalmente por ser titulares de la patria potestad, y con el régimen de visitas lo que se pretende, además de fomentar su relación, es facilitar el ejercicio de estos deberes. Además, según la doctrina, hay que diferenciar ambos términos. Los abuelos no gozan de un derecho de visita, pues, de ser así, según Colás Escandón, se les otorgaría solamente la posibilidad de visitar a su nieto en su domicilio y no otras facultades como dormir en su casa o llamarle por teléfono, sino que tienen relaciones personales, como visitarse, comunicarse a través de cualquier vía y los abuelos podrán tener en su compañía a los menores, lo que quiere decir una visita de mayor duración, incluyendo la pernocta, en las condiciones aclaradas¹⁰¹. El TS así lo estima en su STS de 28 de junio de 2004, al disponer

¹⁰⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La concreción del interés del menor...”, cit., pág. 113.

¹⁰¹ CHAPARRO MATAMOROS, P., “El derecho de relación personal...”, cit., pág. 210.

que no puede limitarse a un contacto esporádico, a un mero contacto durante un breve tiempo.

Otra de las diferencias que podríamos extraer sería el carácter automático de la relación. Es obvio que entre los padres y sus hijos se trata de una relación automática, al nacer están ligados. En condiciones normales, también lo sería la relación con los abuelos (no tanto con los allegados, aunque podría extrapolarse) por vínculos emocionales y afectivos, y no existiría un derecho entre ellos. Sin embargo, cuando algo como una ruptura familiar acontece, los que se beneficiaban antes de estas relaciones, sí pueden reclamar judicialmente un régimen de visitas, a partir de la cual, el juez valorará si es beneficioso para el menor. De acuerdo con esto, diríamos que se trata de una resolución constitutiva del derecho¹⁰². Por el contrario, sabemos que la patria potestad es un efecto *ex lege*, no necesita ser declarado judicialmente, aun en caso de conflicto.

También se pueden distinguir por su extensión temporal y periodicidad que, aunque el Código Civil nada establece, hemos visto que la jurisprudencia fija diversos criterios para determinar el régimen de relación entre abuelos y nietos u otros allegados. Por lo mismo, es lógico que será más extenso y habitual el régimen de visitas de los progenitores con sus hijos que el régimen de relación con sus abuelos. En este sentido, puede resultar interesante la STS 723/2013 de 14 de noviembre pues trata de un caso en que la relación de los abuelos paternos y sus nietos es muy estrecha, por lo que solicita un amplio régimen de visitas. El Juzgado en Primera Instancia estima una parte de este régimen tan extenso, a lo que los abuelos recurren en apelación y en esta sentencia se amplía algo más el régimen. Con ello, la madre no está de acuerdo y recurre en casación alegando, por un lado, interés casacional por contradicción entre sentencias de Audiencias Provinciales en la interpretación del art. 160 CC sobre la pernocta de los niños con sus abuelos, pues en algunas sentencias así se declara. El TS entiende que no existe regla general sino que deberá analizarse caso por caso. Además, reduce el régimen de visitas en relación a las pernoctas y a periodos de vacaciones pedidos y declara que se trata de una “solución moderada, que respeta el derecho de la madre, y el interés de los menores a mantener el contacto con la familia paterna, como factor estabilizador y emocionalmente enriquecedor, dado que los menores tenían tres años cuando se dicta la sentencia del juzgado, y hoy día cinco años”.

¹⁰² CHAPARRO MATAMOROS, P., “*El derecho de relación personal...*”, cit., pág. 206.

7. CONCLUSIONES

El fin último de este trabajo no se trata solo de un estudio en profundidad de la materia sino también la formación de una opinión en los aspectos que esta comprende. Así, iré enumerando las diferentes conclusiones a las cuales he podido llegar tras el análisis realizado.

En primer lugar, ha quedado claro que el interés superior del menor es, o al menos debería ser, como indica la Observación nº14, una consideración primordial en la toma de cualquier decisión que tenga que ver con el menor, interés que no involucra únicamente a los padres, sino que es obligación de los poderes públicos, recogida en el art. 39 CE. Esto se debe a que el legislador considera al menor como un sujeto que carece de la capacidad suficiente como para poder defenderse por sí mismo. En este sentido, me parece que, si bien siempre será positivo y necesario que el interés del menor actúe como guía para cualquier proceso, estaremos generalizando una falta de capacidad que, en muchos casos, ya sea por edad o madurez, no existe, unido al hecho de que alguien que, a pesar de conocer las circunstancias del niño, sigue siendo un extraño para este decida por él puede conducir a decisiones equivocadas derivadas de una actuación sobreprotectora y paternalista, aunque cuentan con la reversibilidad que nuestra regulación facilita. Además, el interés del menor resulta ser algo complicado de medir, pues no se trata de una cuestión objetiva, sino que varía en cada caso, que trae consigo muchas ventajas por su capacidad de adaptación a cada procedimiento, pero también inconvenientes, al poder acarrear inseguridad jurídica e incluso manipulación del legislador y más aun de los padres, quienes en muchas ocasiones querrán defender sus propias convicciones e intereses bajo el término del interés superior del menor. En este sentido, no encuentro manera mejor de proteger el interés de cada niño que dejar abierta su consideración a quienes tienen por objeto eso mismo, protegerlos.

En segundo lugar, resulta obvio que con la ruptura del matrimonio toda la vida del menor se verá cambiada de arriba abajo, y entiendo como objetivo de todo procedimiento o acuerdo que el hijo recupere su estabilidad. Para ello y para poder cumplir con los deberes y derechos que derivan de la patria potestad de los progenitores, se deberán tomar las medidas correspondientes al interés de cada menor. En este trabajo he podido analizar los distintos modelos de guarda y custodia que plantea nuestro ordenamiento entre los que se elegirán, siempre en beneficio del menor. En mi opinión, no creo que sea posible un retorno total del niño a la que era su vida habitual previa a la separación de sus padres, lo cual le afectará en muchos aspectos de su vida futura indiscutiblemente. Partiendo de esta base, sí que considero

que la mayor aproximación a este fin será el modelo de guarda y custodia compartida, ya que evitará cualquier vacío en la infancia del niño, quien podrá gozar de una suerte de familia igual de válida que la convencional, siempre que exista una relación sana entre todos los miembros de la ella, que, sin embargo, resulta ser una situación casi idílica, incluso utópica, en la mayoría de los casos. Esto no quiere decir que siempre se trate de un cambio a peor, lo cual se da siempre por hecho; quizá la menor -o inexistente- presencia de uno de los progenitores en la vida del hijo permita un desarrollo más positivo. No tendría sentido una guarda y custodia compartida en los casos en que uno de los progenitores no forme parte de la vida de su hijo, pues esto sí provocaría un cambio radical en su vida, que, como he dicho, es lo que se intenta evitar a toda costa.

En tercer lugar, en cuanto al régimen de comunicación y estancia a decidir, me parece reseñable que personas ajenas al matrimonio también tengan parte en el procedimiento. Lo relaciono con lo expresado anteriormente, ya que se ha demostrado que lo que beneficia al niño es la estabilidad y no continuos cambios, como podría ser un abandono de la relación con sus abuelos u otras personas tan cercanas que han conformado toda su vida hasta la separación de sus padres. Lo intento extrapolar a mi vida y no sería capaz de imaginarla sin la presencia de mis abuelos o tíos en ella, que desde luego han impactado en gran medida en aspectos esenciales como valores y crianza. Así, me parece que toda regulación que abogue por esta permanencia del círculo cercano al menor tras la separación resulta beneficiosa, siendo necesario el foco que el legislador pone en el menor, pues deja de lado todo interés que no sea el de este, cobrando una posición secundaria los deseos propios de los progenitores, que en muchas ocasiones será el contrario al de su hijo.

Por último, he de apuntar que proteger a los menores y su interés superior deviene necesario, no solo para ellos de forma individual o colectiva, sino que, de forma egoísta, los niños que hoy son protagonistas se convertirán en los adultos que formen la sociedad en el futuro, por lo que su buen desarrollo se convierte en una cuestión principal de orden público que nos beneficiará a todos.

8. BIBLIOGRAFÍA

8.1. Obras doctrinales

ÁLVAREZ ALACRÓN, A., *“Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio”* / Arturo Álvarez Alarcón, María Amalia Blandino Garrido, Pablo Sánchez Martín, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

CHAPARRO MATAMOROS, P., *“El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos: reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”*, Actualidad Iberoamericana, núm. 3, 2015.

GARCÍA RUBIO, M.P., *¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?*, Actualidad jurídica iberoamericana, núm. 13, 2020.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales”*, coordinadora Cristina Guilarte Martín-Calero, Lex Nova, Valladolid, 2009.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”*, Coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

MARTÍNEZ CALVO, J., *“El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores”*, IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho, Vol. 1, núm. 2, 2019.

MARTÍNEZ CALVO, J., *“La guarda y custodia”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

MONTÉS RODRÍGUEZ, M.P., *“El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en derecho español, diez años después de la ley 42/2003”*, Revista Boliviana de Derecho, núm. 18, 2014.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., AGUILAR RUIZ, L., *“Derecho de familia”* / Coordinadores: Pérez Velázquez, Juan Pablo, and Leonor Aguilar Ruiz. Derecho de familia / Eugenio Pizarro Moreno, Juan Pablo Pérez Velázquez ; Autores: Leonor Aguilar Ruiz [y 10 más], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

8.2. Legislación

Código Civil.

Convención sobre los Derechos del Niño.

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

Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

Observación General núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/GC/2013/14).

9. JURISPRUDENCIA

9.1. Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 4/2001, de 15 de enero

STC 273/2005, de 27 de octubre

STC 176/2008, de 22 de diciembre

STC 160/2012, de 20 de septiembre

STC 257/2013, de 29 de abril

STC 127/2013, de 3 de junio

STC 16/2016, de 1 de febrero

9.2. Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 12 de febrero de 1992

STS de 11 de mayo de 1995

STS de 17 de septiembre de 1996

STS de 24 de abril 2000

STS de 9 de julio de 2002

STS 24 de junio 2004

STS de 28 de junio de 2004

STS 12 de julio de 2004

STS de 12 de marzo de 2011

STS de 25 de abril de 2011

STS de 12 de mayo de 2011

STS de 7 de julio de 2011

STS de 22 de julio 2011

STS de 31 de julio de 2011

STS de 10 de enero de 2012

STS de 16 de febrero de 2012

STS de 26 de octubre de 2012

STS de 24 de mayo de 2013

STS de 17 de junio de 2013

STS de 14 de noviembre de 2013

STS de 12 de diciembre de 2013

STS 17 de diciembre de 2013

STS de 2 de julio de 2014

STS de 30 de octubre de 2014

9.3. Sentencias de las Audiencias Provinciales

SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997

SAP de Valladolid de 22 de septiembre de 2000

SAP de Lugo de 14 de marzo de 2007

SAP de Barcelona de 19 de julio de 2007

SAP Salamanca de 7 de mayo de 2013

SAP A Coruña 25 junio 2013

SAP de Cádiz de 14 de octubre de 2013

9.4. Autos de Audiencias Provinciales

Auto de la AP de Sevilla de 18 de abril de 2005