



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN CASOS DE CRISIS MATRIMONIALES Y DE RUPTURA DE PAREJAS DE HECHO

Presentado por:

Alejandra Estébanez Rodríguez

Tutelado por:

Henar Álvarez Álvarez

Valladolid, 14 de julio de 2025

RESUMEN

El presente trabajo analiza la protección del menor en los supuestos de ruptura conflictiva entre sus progenitores, prestando especial atención al principio del interés superior del menor como eje rector del procedimiento. Se examina su regulación y aplicación práctica en cuestiones fundamentales que surgen tras la ruptura, tales como la guarda y custodia, el régimen de visitas, la patria potestad o la obligación de alimentos. El trabajo también pone de relieve los derechos específicos del menor en estos contextos, como el derecho a ser oído y a mantener vínculos familiares. Se defiende que la protección del menor en estas situaciones constituye un deber esencial e irrenunciable del ordenamiento jurídico, orientado siempre a garantizar su bienestar integral.

Además, se abordan las distintas formas de custodia: exclusiva, compartida, partida o atribuida a terceros y se analiza el impacto que estas decisiones pueden tener en el desarrollo emocional y social del menor. También se estudian los conflictos más frecuentes derivados de las rupturas matrimoniales o de parejas de hecho, y las medidas que el sistema jurídico ofrece para minimizar sus efectos negativos. Todo ello se apoya en el marco normativo vigente, en la jurisprudencia relevante y en aportaciones doctrinales que enriquecen el debate y permiten una visión más completa y crítica del tema.

PALABRAS CLAVE:

Menor, Hijo, Progenitores, Derecho, Familia, Custodia, Guarda, Protección, Interés Superior Del Menor, Patria Potestad, Ruptura, Separación, Pareja, Alimentos, Comunicación.

ABSTRACT

The present paper analyzes the protection of minors in situations of high-conflict parental separation, with particular emphasis on the principle of the best interests of the child as the cornerstone of legal proceedings. It explores the normative framework and its practical application to fundamental issues arising from such ruptures, including custody arrangements, visitation regimes, the exercise of parental responsibility, and the duty to provide child support. The paper further underscores the specific rights of the child in these contexts, notably the right to be heard and to maintain meaningful familial relationships. It advocates that safeguarding the rights and well-being of the minor in such situations constitutes an essential and non-derogable obligation of the legal system, aimed at ensuring the child's holistic development.

In addition, the study examines the various forms of custody: sole, joint, split, or granted to third parties and assesses the potential impact of these arrangements on the child's emotional and social development. It also addresses the most recurrent conflicts arising from the dissolution of marriages or de facto partnerships and analyzes the legal mechanisms available to mitigate their adverse consequences. All analyses are grounded in the applicable legal framework, relevant jurisprudence, and doctrinal contributions, which together enrich the discussion and offer a more nuanced and critical perspective on the subject matter.

KEY WORDS:

Minor, Child, Parents, Right, Family, Custody, Care, Protection, Best Interests Of The Child, Parental Authority, Breakup, Separation, Couple, Child Support, Communication.

ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil
CC. CAT.	Código Civil de Cataluña
CE	Constitución Española
DOUE	Diario oficial de la Unión Europea
Etc.	Etcétera
LDOIA	Ley de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y Adolescencia de Cataluña
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
nº	Número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pág.	Página
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	9
2. MARCO TEÓRICO	11
2.1. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL MARCO JURÍDICO	11
2.1.1. PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	11
2.1.2. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA	13
3. MANIFESTACIONES DEL INTERÉS JURÍDICO DEL MENOR EN SITUACIONES DE CONFLICTO Y SUS DERECHOS	17
3.1. LOS EFECTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO	17
3.1.1. PACTOS PARENTALES	19
3.2. DERECHOS DEL MENOR	21
3.2.1. EL DERECHO A SER OÍDO Y LA OBLIGACIÓN JUDICIAL DE OÍR AL MENOR	22
3.2.2. EL DERECHO A MANTENER SUS RELACIONES FAMILIARES	
28	
4. LA PATRIA POTESTAD Y EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA...	31
4.1. PATRIA POTESTAD.....	31
4.2. RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	37
4.2.1. GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA	39
4.2.2. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	42
4.2.3. GUARDA Y CUSTODIA PARTIDA	45
4.2.4. GUARDA Y CUSTODIA DE TERCEROS	45
5. RÉGIMEN DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA	49
6. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.....	54
7. RUPTURAS MATRIMONIALES CONFLICTIVAS.....	59
8. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS RUPTURAS DE LAS PAREJAS DE HECHO.....	68
9. CONCLUSIONES.....	80
10. LEGISLACIÓN.....	82
11. JURISPRUDENCIA.....	84

12. BIBLIOGRAFÍA	86
13. WEBGRAFÍA	89

1. INTRODUCCIÓN

La protección y garantía de los derechos de los menores es un objetivo esencial y prioritario dentro del Derecho de familia, configurándose como un principio de orden público que atraviesa todas las ramas del ordenamiento jurídico. El principio del interés superior del menor constituye la piedra angular sobre la que se sustentan las normas y procedimientos orientados a asegurar que todas las decisiones que les afectan, especialmente en situaciones de conflicto familiar, prioricen su bienestar físico, emocional y psicológico por encima de cualquier otra consideración.

Este trabajo se centra en el estudio de las diversas manifestaciones jurídicas de este interés superior en el contexto de rupturas familiares, tales como la nulidad, separación o divorcio, y en situaciones de parejas de hecho. La realidad social actual muestra un aumento en la diversidad de estructuras familiares, lo que hace imprescindible analizar no solo la regulación tradicional, sino también los retos y particularidades que plantean nuevas formas de convivencia y parentalidad.

Para ello, se parte de un marco teórico que aborda la protección de la infancia desde una doble perspectiva: por un lado, la protección internacional, que marca los estándares mínimos y principios orientadores en materia de derechos infantiles; y por otro, la regulación y evolución de la protección jurídica del menor en España, en consonancia con estos estándares y adaptada a la realidad nacional.

En el desarrollo del trabajo, se examinan los derechos fundamentales del menor, como el derecho a ser oído y a mantener relaciones familiares estables y continuadas, así como los efectos que los procedimientos de nulidad, separación y divorcio tienen sobre su situación personal y jurídica. La patria potestad, junto con los régimen de guarda y custodia, ya sean exclusivos, compartidos, partidos o atribuidos a terceros, constituyen el eje sobre el que gira la organización de la vida cotidiana del menor tras la ruptura familiar, garantizando su estabilidad y desarrollo integral.

Además, se dedica especial atención al régimen de visitas, comunicación y estancia, mecanismos esenciales para preservar los vínculos afectivos entre el menor y el progenitor no custodio, y a la obligación de alimentos, que asegura la satisfacción de sus necesidades materiales y educativas. También se analiza la problemática derivada de las rupturas conflictivas, donde la protección del menor adquiere un carácter aún más delicado y desafiante.

Por último, se profundiza en la protección del menor en el contexto de las parejas de hecho, un ámbito que, pese a su creciente relevancia social, presenta aún numerosas lagunas y desafíos legales, lo que requiere una atención específica para garantizar la protección integral de los derechos infantiles.

Mediante el estudio de la normativa vigente, la jurisprudencia y la doctrina más relevante, el presente trabajo pretende ofrecer una visión completa y actualizada, que permita comprender no solo el marco jurídico, sino también las implicaciones prácticas y los posibles ámbitos de mejora en la protección del menor en contextos familiares conflictivos.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL MARCO JURÍDICO

La protección de los menores en el ámbito de las crisis matrimoniales está fundamentado en el principio del interés superior de estos, referido a un concepto jurídico que establece que en todas las decisiones que afecten a un niño, su bienestar y desarrollo debe ser la principal consideración. En cualquier situación que involucre a un menor, las autoridades deben tomar decisiones priorizando lo que es mejor para este, teniendo en cuenta sus necesidades, y garantizando así sus derechos.

La aplicación de este principio puede variar según el caso concreto y el sistema jurídico de cada país, pero siempre primando el beneficio del menor

2.1.1. PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Siendo la protección de los menores un tema de gran relevancia a nivel mundial, existen numerosos tratados y convenciones internacionales que establecen normas y principios para garantizar el bienestar de los niños en diversas circunstancias.

Desde 1924, con la Declaración de los Derechos del Niño en Ginebra, se reconoció por primera vez la necesidad de brindar protección especial a la infancia, destacando su derecho al desarrollo integral. Este principio fue reforzado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que aseguró cuidados especiales para todos los niños sin discriminación, incluyendo a los nacidos fuera del matrimonio. Posteriormente, en 1959, la ONU consagró expresamente el principio del interés superior del menor como guía para su protección y desarrollo integral. Esta línea continuó en 1966 con los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, que consolidaron la obligación de garantizar, sin distinción, medidas de protección a todos los niños, tanto por parte del Estado como de las familias, especialmente los padres.¹

El tratado más completo y ampliamente ratificado es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. La Convención establece diversos principios para la protección del menor, tales como que

¹ DELGADO SÁEZ, J., *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Editorial Reus, Madrid, 2020. Págs. 89 a 91.

los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con estos de forma regular, su derecho a preservar las relaciones familiares, a expresar libremente su opinión, y a que esta sea tenida en cuenta en los asuntos que le conciernan. Asimismo, garantiza protección y asistencia al menor ante injerencias arbitrarias del Estado en su entorno familiar.² Este, establece en su artículo 3.1:

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.³

Además, existen otros tratados internacionales que abordan la protección de los menores, como el Convenio de la Haya de 1996 relativo a las cuestiones jurídicas internacionales en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, afectando a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial.⁴

Relativo a la Unión Europea, cobra relevancia el Reglamento de Bruselas II ter; el cual establece el derecho del menor a ser escuchado, la supresión del procedimiento exequatur o plazos más estrictos en casos de sustracción de menores, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, en cuyo artículo 24 refuerza los derechos del menor,⁵ y subraya la importancia del principio del interés superior como eje rector de toda actuación por parte de los Estados miembros.⁶

² *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Boletín Oficial del Estado, núm. 313, 31 de diciembre de 1990.

³ *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Boletín Oficial del Estado, núm. 313, 31 de diciembre de 1990.

⁴ Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. (2016). *Responsabilidad parental y protección de los niños: Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección del menor*. EUR-Lex. (Fecha de consulta: 01/03/2025)

⁵ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. DOUE-L-2019-81122.

⁶ DELGADO SAEZ, J., cit., pág. 93.

En el marco del ordenamiento jurídico europeo, corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolver los conflictos que puedan surgir entre los intereses del menor y los de sus progenitores, velando siempre por el respeto a los derechos fundamentales de todas las partes implicadas.⁷

2.1.2. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA

España ha contado con numerosas reformas legislativas en materia de protección de menores. Entre ellas destaca la ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación de la Filiación, Patria potestad y Régimen económico, que supuso un gran avance tanto en los derechos de los menores como en la igualdad de ambos progenitores ante este. Por su parte, la Ley 25/1994, de 12 de julio, reafirmó la primacía del interés del menor como principio rector de todas las decisiones que le afecten.⁸

Otro ejemplo sería la Ley 21/1987, que introdujo cambios significativos en determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁹. Esta reforma supuso un giro en la política de protección a la infancia, al sustituir el concepto de “abandono” por el de “desamparo” y agilizar los procedimientos administrativos en casos de menores en situación de vulnerabilidad. Asimismo, estableció que la tutela recaería automáticamente en la entidad pública competente y descentralizó esta responsabilidad a las Comunidades Autónomas. En consecuencia, se configuró un sistema autonómico con organismos específicos de protección de menores en cada territorio, y se consolidó el reconocimiento generalizado del principio del interés superior del menor.¹⁰

Pero con el paso del tiempo se hizo evidente la necesidad de actualizar y unificar la legislación jurídica en esta materia, y como resultado se promulgó la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, con el objetivo de garantizar sus derechos en

⁷ MAYORGA MUÑOZ, C., VALENCIA GÁLVEZ, L., & ARRANZ MONTULL, M. (Eds.). (2023, diciembre). *Separación, divorcio y relaciones familiares: Un análisis multidisciplinario*. Santiago de Chile. Ariadna Ediciones.

⁸ MARTÍN SÁNCHEZ, A., cit., pág. 152.

⁹ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Boletín Oficial del Estado, núm. 275, 17 de noviembre de 1987.

¹⁰ MARTÍN SÁNCHEZ, cit., Pág. 152.

todos los ámbitos de su vida, reconociendo la capacidad progresiva del niño para ejercerlos.¹¹

Esta ley establece un marco jurídico amplio y coherente para garantizar una protección integral y efectiva de los derechos de los menores de edad, adaptado a los cambios sociales, culturales y normativos que ha vivido la sociedad española en las últimas décadas. No se limita a modificar el Código Civil, sino que construye un sistema de protección que involucra a los poderes públicos, instituciones especializadas, familias y ciudadanía, reconociendo al menor como sujeto activo de derechos en función de su desarrollo, lo que implica reforzar su derecho a ser escuchado y adaptar los mecanismos jurídicos a sus capacidades evolutivas. El principio del interés superior del menor rige todas las actuaciones, priorizando su bienestar y restringiendo cualquier limitación de derechos, previniendo repercusiones negativas en su desarrollo personal, familiar o escolar, y promoviendo una visión participativa del menor. La ley distingue entre situaciones de riesgo, donde se intenta corregir el entorno familiar, y de desamparo, que permiten a la entidad pública asumir la tutela suspendiendo la patria potestad. Se refuerza la agilidad de los procedimientos administrativos y judiciales, evitando demoras que generen indefensión, como al exigir que se notifique a padres o tutores una resolución de desamparo en un plazo de 48 horas con información clara. La tutela se redefine para favorecer la integración del menor en la familia del tutor y contempla la remoción cuando existan graves conflictos de convivencia, previendo la audiencia del menor. También se amplían las competencias del Ministerio Fiscal como garante de los derechos del menor y se refuerzan las garantías legales en internamientos psiquiátricos, exigiendo autorización judicial previa e informe fiscal.¹²

El ámbito de aplicación de esta ley queda definido en su artículo 1, se aplica a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que por la ley que les sea aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad. De este modo, se descarta cualquier distinción entre menores nacionales y extranjeros en situación regular o irregular.¹³

¹¹ MARTÍN SÁNCHEZ, cit., Pág. 153.

¹² 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, “Exposición de Motivos”, Boletín Oficial del Estado

¹³ MARTÍN SÁNCHEZ, cit., Pág. 153.

El artículo 2 establece que, en la aplicación de la ley, prevalecerá siempre el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, todas las medidas que se adopten en virtud de esta ley deben tener un carácter educativo.¹⁴

Por otra parte, el artículo 9 consagra el derecho del menor a ser escuchado, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial que le afecte directamente. El legislador exige que su participación en dichos procedimientos se produzca de forma adecuada a su situación personal y nivel de desarrollo, garantizando la protección de su intimidad y el ejercicio autónomo de este derecho.¹⁵

A este ley se sumó la importante la reforma del Código Civil en 2005, que modernizó la legislación, reconociendo los derechos de los niños y adolescentes y enfatizando su interés superior en todas las decisiones que les afecten, permitiendo una mayor protección de estos frente a la violencia, el abuso y el abandono, estableciendo mecanismos de prevención y respuesta más eficientes.¹⁶

Más recientemente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, concretó este principio, asegurando la protección del derecho a la vida y al desarrollo, la satisfacción de necesidades básicas, deseos, sentimientos, opiniones, y defiende su desarrollo en un entorno familiar adecuado. Esta ley representa un avance significativo al concretar el principio del interés superior del menor, pasando de ser un concepto jurídico indeterminado a tener criterios específicos de evaluación, elementos de ponderación y garantías procesales, lo que proporciona mayor seguridad jurídica en las decisiones judiciales sobre separaciones y divorcios que afectan a menores.¹⁷

En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha destacado que el interés superior del menor debe ser “la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas

¹⁴ MARTÍN SÁNCHEZ, cit., Pág. 154.

¹⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, cit., Pág. 154.

¹⁶ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado, núm. 163, 9 de julio de 2005

¹⁷ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, núm. 175, 23 de julio de 2015.

de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”.¹⁸ En el contexto de las crisis matrimoniales, el Tribunal Constitucional ha señalado que este interés actúa como un límite frente a los derechos de los progenitores. Así, los jueces deben valorar cuidadosamente la necesidad y proporcionalidad de las medidas relativas a la guarda y custodia. Tal como se ha expresado, “cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste”.¹⁹ Este, ha abordado el interés del menor en estos conflictos como “la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades efectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor”²⁰ ²¹.

Aunque los menores poseen capacidad jurídica desde su nacimiento, su capacidad de obrar no es plena ni automática, sino que depende de su grado de madurez y discernimiento. Este criterio, cada vez más flexible, reconoce que la edad cronológica no debe ser el único parámetro para limitar la capacidad de actuar, sino que debe valorarse la capacidad real del menor para comprender y decidir en cada caso concreto. Además, existen derechos de la personalidad que los padres o representantes no pueden ejercer en nombre del menor, reforzando así la autonomía progresiva que se reconoce legalmente conforme a las circunstancias y necesidades del menor.²²

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 8347/2021, de 5 de agosto de 2021, ROJ: STS 2924/2021 (ECLI: ES:TS:2021:8347) y STC 131/2021, de 31 de mayo, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, recurso de amparo núm. 4225/2019 (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2021, pp. 82571–82595).

¹⁹ STC 11/2008, de 21 de enero, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, recurso de amparo núm. 1140/2006 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2008, pp. 9386–9399).

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 679/2013, de 20 de noviembre (ROJ: 2013/5713), ECLI: ES:TS:2013:5713.

²¹ ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “El régimen de visitas: el confín entre el interés superior del menor y el derecho a mantener relaciones paterno-filiales”. Cuaderno de Familia, nº 5, 2024, Pág. 26.

²² RUIZ-RICO RUIZ, J. M., & CASADO CASADO, B. (Dirs.). *Manual de introducción al Derecho civil y Derecho de familia: Manual interactivo con contenidos online*. Atelier, 2024. Págs. 129 a 130.

3. MANIFESTACIONES DEL INTERÉS JURÍDICO DEL MENOR EN SITUACIONES DE CONFLICTO Y SUS DERECHOS

En situaciones de conflicto, el interés jurídico del menor se refleja en la prioridad de proteger sus derechos fundamentales, especialmente en los procesos de disolución o suspensión del matrimonio. En estos casos, debe garantizarse su derecho a ser escuchado, a participar en la toma de decisiones que le afecten y a mantener sus vínculos familiares, siempre bajo el principio del interés superior del menor.

3.1. LOS EFECTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

La nulidad, separación y divorcio son figuras jurídicas con efectos comunes que vienen regulados en el Código Civil, específicamente en los artículos 90 al 107.

Como diferencia entre ellas, la nulidad matrimonial supone la invalidez del matrimonio civil por concurrir en su celebración algún vicio de nulidad de los establecidos en el Código Civil²³. La separación supone el cese de la convivencia conyugal sin disolver el vínculo matrimonial, siendo esta su principal diferencia con el divorcio²⁴ que sí supone su la disolución.

Uno de los artículos clave del Código Civil, el artículo 92, detalla que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones respecto a sus hijos, comprometiéndose el juez a velar por su interés superior, cuidado y educación.

Cuando los cónyuges tienen hijos menores de edad, es necesario determinar quién ejercerá la guarda o custodia, entendida como el ejercicio material de la patria potestad. Aunque esta corresponde a ambos progenitores (salvo privación legal), la custodia puede atribuirse a uno solo (custodia exclusiva) o a ambos (custodia compartida, con reparto del tiempo de convivencia, como semanas alternas). Si los progenitores no se ponen de acuerdo, será el juez quien decide el régimen más beneficioso para el menor, teniendo en cuenta su opinión si tiene suficiente juicio, y obligatoriamente si ha cumplido 12 años (arts. 92.6 y 156 CC). También debe concretarse cómo los

²³ Nulidad matrimonial civil: requisitos, causas y efectos – Guía 2025. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/nulidad-matrimonial/>. (Fecha de consulta 06/03/2025).

²⁴ Separación matrimonial: tipos, efectos y tramitación – Guía 2025. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/separacion/>. (Fecha de consulta 06/03/2025).

progenitores van a satisfacer los gastos de mantenimiento de los hijos menores, es decir, cómo van a cumplir con su deber de alimentos respecto de ellos. Estas cuestiones se regulan en los procesos de nulidad, separación o divorcio, mediante un convenio regulador o, en caso de desacuerdo, mediante decisión judicial (arts. 90 y 91 CC).²⁵

Dentro de los procesos de divorcio o separación, cabe destacar el convenio regulador, un documento legal que los cónyuges deben presentar cuando existen hijos menores involucrados. Su objetivo es regular de manera consensuada diversos aspectos para garantizar el bienestar de los hijos y estableciendo acuerdos para la convivencia futura.²⁶ Nos encontramos este convenio citado en el Código Civil en su artículo 90 e incluye disposiciones sobre el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad, el régimen de visitas y comunicación con el progenitor no custodio, así como la pensión de alimentos.

También es relevante el artículo 103, ya que regula las medidas provisionales mientras dura el procedimiento, como la custodia de los hijos, el ejercicio de la patria potestad, y la contribución de cargas del matrimonio y alimentos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil también contiene disposiciones relativas a estos procedimientos, como los artículos del 769 al 778, que regulan la protección de los hijos tanto en los procedimientos contenciosos como en los de mutuos acuerdos y la adopción de medidas provisionales. Estas normas procesales tienen como objetivo principal garantizar que el interés superior del menor prevalezca en todas las decisiones, asegurar su participación y audiencia en los procesos que les afecten, establecer mecanismos eficaces para la adopción y cumplimiento de medidas relativas a los hijos, permitir la modificación de medidas cuando cambien las circunstancias y prever consecuencias específicas ante el incumplimiento de dichas medidas.²⁷

Cabe resaltar la posible reconciliación de los cónyuges, que constituye una manifestación del principio de libertad matrimonial, ya que permite a las partes

²⁵ SANTOS MORÓN, M. J. *La crisis matrimonial (II). Manual de Derecho civil. Vol. V. Derecho de familia*. Aranzadi LA LEY, 2023. Págs. 1 y 2.

²⁶ Paloma Zabalgo, “Convenio regulador”, *Diccionario Jurídico*, Paloma Zabalgo (Fecha de consulta: 06/05/2025). <https://palomazabalgo.com/diccionario-juridico/convenio-regulador/>.

²⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

separadas (tanto de hecho como judicialmente) reanudar su convivencia sin más requisito que su voluntad mutua. Esta posibilidad se reconoce jurídicamente en el artículo 84 del Código Civil, que establece que la reconciliación pone fin al procedimiento de separación y deja sin efecto sus consecuencias, ya sea que el proceso esté aún pendiente o que ya se haya dictado sentencia. En todo caso, los cónyuges deben comunicarla al juez que conoce o conoció del litigio, y tras la reforma de la Ley 15/2005, se exige que ambos lo hagan separadamente para confirmar la sinceridad de la reconciliación. Si el procedimiento todavía estaba en curso, se paraliza y se dejan sin efecto las medidas provisionales acordadas. Si ya había sentencia, esta queda sin eficacia. Sin embargo, el juez puede mantener o modificar las medidas acordadas en relación con los hijos si existe causa que lo justifique, especialmente cuando la separación obedecía a situaciones que comprometían la integridad personal o el bienestar de los menores. Además, tras la Ley 15/2015, si la separación se había producido extrajudicialmente (como permite el art. 82 CC), la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones e inscribirse en el Registro Civil para que tenga efectos frente a terceros.²⁸

3.1.1. PACTOS PREMATRIMONIALES

Los pactos de pre-ruptura conyugal, también conocidos como pactos en previsión de crisis, son acuerdos que parejas o futuros cónyuges establecen para anticipar las consecuencias de una posible separación o divorcio. Cuando estos pactos afectan a los hijos, deben respetar siempre su interés superior. Aunque los padres pueden pactar ciertos aspectos, cualquier cláusula que perjudique a los hijos menores puede ser impugnada por ir contra el orden público familiar y la protección legal que les ampara. Por tanto, la autonomía de los cónyuges o convivientes queda limitada cuando se trata de asegurar el bienestar y derechos fundamentales de los hijos, quienes deben ser protegidos de forma prioritaria en cualquier acuerdo anticipado sobre la ruptura.²⁹

Los pactos prematrimoniales que puedan perjudicar a los hijos pueden ser impugnados al ser considerados contrarios al orden público familiar, respaldado por el artículo 39.2

²⁸ LASARTE, C., & DE PERALTA, J. C. *Compendio de Derecho de Familia*. Dykinson, 2022. Pág. 65.

²⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2018, marzo 23). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*. Almacén de Derecho. Fecha de consulta: 13/06/205. Recuperado de: <https://almacendedderecho.org/los-pactos-pre-ruptura-conyugal>

de la Constitución Española de 1978, que establece el deber de los poderes públicos de proteger a los hijos. También el principio de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 CE, apoya esta protección. Este marco se concreta, entre otros, en el artículo 90 del Código Civil, que establece que el juez no podrá aprobar convenios reguladores perjudiciales para los menores. Además, el artículo 6.2 del mismo Código declara nulas las renuncias a derechos que perjudiquen a terceros, lo que puede aplicarse por analogía a estos pactos.³⁰

Es esencial distinguir si estos pactos prematrimoniales afectan directa o indirectamente a los hijos, ya que esta diferencia influye en su validez y en la posibilidad de impugnación.

Los pactos de pre-ruptura conyugal que perjudican a los hijos pueden ser impugnados por contravenir el orden público familiar. Según el artículo 90 del Código Civil, el juez no puede aprobar acuerdos dañinos para los menores, y las renuncias a derechos que perjudiquen a terceros son nulas. Se debe diferenciar si estos pactos afectan directa o indirectamente a los hijos. En cuanto a los que inciden directamente, cláusulas como la renuncia a la pensión alimenticia, la exclusión del régimen de visitas o la renuncia a deberes de patria potestad son nulas porque forman parte del orden público familiar. Sin embargo, otros aspectos, como la educación o el régimen de visitas, pueden pactarse siempre que sean aprobados judicialmente al momento de cumplirse el acuerdo. La intervención del juez es imprescindible para garantizar que el pacto respete el interés superior del menor y se adapte a posibles cambios de circunstancias. Por ello, la función del notario es advertir sobre la eficacia limitada de estos acuerdos, que deben reflejar la voluntad común y actual de ambos progenitores para ser válidos y vinculantes.³¹

Los pactos entre cónyuges que afectan indirectamente a los hijos suelen referirse a acuerdos económicos, como la renuncia anticipada a derechos legales tras la separación. Estos pactos no suelen generar problemas si solo asignan derechos económicos a un cónyuge, pero pueden ser problemáticos cuando quien renuncia es el progenitor que asumirá la guarda y custodia de los hijos. En particular, la renuncia anticipada a la prestación compensatoria puede perjudicar el bienestar material de los menores, lo que

³⁰ GUTIÉRREZ GUITIÁN, A. M. (2018). *Pactos prerruptura conyugal*. Aranzadi. Pág. 207

³¹ GUTIÉRREZ GUITIÁN, cit., págs. 207 a 212.

limita la validez del pacto por contravenir el interés superior del menor y el artículo 6.2 del Código Civil, que protege a terceros afectados, en este caso los hijos. Sin embargo, la nulidad no debería declararse solo por la cláusula de renuncia, sino tras valorar globalmente la situación económica de todos los implicados. Además, si la renuncia deja al cónyuge custodio en estado de necesidad, los hijos mayores podrían solicitar la nulidad del pacto porque también les perjudica, dado que en caso de divorcio podrían estar obligados a alimentarlo. En tales casos, la modificación o extinción judicial del pacto solo será posible si se produce un cambio imprevisto y no imputable al cónyuge renunciante que justifique la revisión del acuerdo.³²

3.2. DERECHOS DEL MENOR

La Convención de Derechos del Niño y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, suponen un cambio profundo en la forma de concebir a los menores. Ya no se les considera únicamente destinatarios de protección, sino sujetos plenos de derechos, con una capacidad progresiva para ejercerlos. Esta evolución normativa responde a una visión del menor como persona activa, capaz de participar en su entorno y de influir en su desarrollo personal y social. La mejor garantía para su protección es precisamente fomentar su autonomía, conforme adquieran la madurez necesaria para ejercerla. Por ello, el ordenamiento jurídico ha promovido su intervención en actos y procesos que les afectan, atribuyéndole eficacia legal. No obstante, debido a la dificultad de evaluar cada caso individualmente, la ley combina dos criterios para valorar su capacidad: uno subjetivo, basado en la madurez y juicio individual del menor, y otro objetivo, centrado en la edad, que ofrece mayor seguridad jurídica aunque con menor flexibilidad. Así, se han fijado edades mínimas y márgenes de intervención en función del tipo de acto, aunque no siempre con diferenciaciones internas entre menores. Como consecuencia, el Código Civil reconoce a todos los menores, sin distinción de edad o madurez, la facultad de solicitar medidas de protección cuando se vea afectado su bienestar (art. 158 CC) u oponerse al régimen de visitas (art. 160 CC), garantizándoles en todo caso el derecho a ser oídos, aunque su voluntad no sea determinante.³³

³² GUTIÉRREZ GUITIÁN, cit., págs. 212 a 214.

³³ ALCÓN YUSTAS, M. F., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de (Coords.). (2011). *Los menores en el proceso judicial: La protección del menor frente al derecho a un juicio justo*. Editorial Tecnos, Págs. 59 a 61.

En el ordenamiento jurídico español, la edad de 12 años marca un hito relevante en el reconocimiento de la capacidad jurídica progresiva del menor: a partir de entonces, se requiere su consentimiento para el acogimiento y la adopción, y su audiencia se vuelve obligatoria en múltiples procedimientos como custodia, patria potestad, tutela y actos de administración realizados por su tutor. No obstante, incluso antes de los 12 años, si el menor demuestra tener “suficiente juicio”, también debe ser escuchado, lo que introduce un criterio subjetivo basado en su madurez individual, aunque la ley combina este criterio con el objetivo de la edad para garantizar mayor seguridad jurídica. Este enfoque mixto se refleja en varias situaciones: donaciones, contratos, oposición a la restitución internacional (Convenio de La Haya), así como actos relativos a la personalidad y prestaciones personales. A los 14 años, el menor adquiere capacidades adicionales: puede declarar como testigo, realizar actos jurídicos como reconocer personas o testar (con excepciones), y ejercer ciertos derechos relacionados con la nacionalidad y el matrimonio aunque con asistencia. A los 16 años, se reconoce su mayoría de edad penal, su capacidad para administrar su capital ordinario y la posibilidad de emanciparse, adquiriendo una capacidad casi plena para regir su persona y bienes, aunque con limitaciones para ciertos actos de especial trascendencia. Finalmente, la plena capacidad jurídica llega con la mayoría de edad a los 18 años (art. 315 CC). Esta evolución normativa muestra un equilibrio entre el criterio objetivo de la edad y la flexibilidad del juicio maduro del menor, permitiendo su intervención activa en los procesos que le afectan. Si bien este sistema introduce cierta complejidad e incertidumbre al depender de la valoración judicial de su madurez, también evita excluir injustamente a menores que poseen capacidad real para participar activamente en los asuntos que les afectan.³⁴

3.2.1. EL DERECHO A SER OÍDO Y LA OBLIGACIÓN JUDICIAL DE OÍR AL MENOR

El derecho a ser oido del menor garantiza su participación activa en los procedimientos judiciales y administrativos, reconociéndole como persona con opiniones válidas y con derechos propios. Este derecho está reconocido de forma expresa en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tras su modificación por la Ley Orgánica 8/2015, que establece:

³⁴ ALCÓN YUSTAS Y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, cit., Págs. 61 a 65.

“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancia.”³⁵

Este derecho se configura tanto como una garantía procesal como una expresión de su capacidad progresiva, y puede adoptar diversas formas. La audiencia puede tener naturaleza probatoria o bien constituir un acto en el que el menor ejercita un derecho subjetivo.³⁶

El modo de ser oído debe adaptarse a su situación emocional y su nivel de desarrollo, protegiendo su intimidad. El menor puede expresar su opinión directamente o a través de un representante designado, y si esto no es posible o no conviene su interés, su opinión podrá ser transmitida por sus representantes legales (siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor), o por personas de confianza.³⁷

La forma más directa en que un menor puede ejercer su derecho a ser escuchado es mediante su manifestación personal ante la autoridad competente. Para que esta expresión sea válida, se exige que el menor posea “suficiente juicio”, presunción que opera de forma general a partir de los 12 años, y que debe ser valorada por el juez en los menores de esa edad. Asimismo, el menor puede ejercitar este derecho a través de una persona que él mismo designe, sin que se requiera para ello requisito formal alguno ni exista limitación legal específica. Esta facultad le otorga plena libertad para elegir a quien considere adecuado, incluso a sus propios padres, aun cuando estos sean parte interesada o tengan intereses contrapuestos, ya que dicha restricción solo se aplica

³⁵ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, núm. 175, 23 de julio de 2015.

³⁶ Editorial Jurídica Sepín. (2013). “Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación”. (Fecha de consulta: 04/05/2025). <https://blog.sepин.es/2013/04/audiencia-y-exploracion-del-menor-un-derecho-no-una-obligacion>.

³⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres, Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar* de Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga (Coord.), Dykinson, 2002, Págs. 40 y 41.

cuando los padres actúan en calidad de representantes legales, y no cuando son designados expresamente por el menor. Dicha designación puede realizarse de forma oral y sin formalidades, incluso en sede judicial. Otra vía posible es la intervención de sus representantes legales (habitualmente sus progenitores, conforme al artículo 162 CC) o, en su caso, su tutor legal (artículo 267 CC), salvo que exista conflicto de intereses o que la ley reconozca al menor la capacidad de actuar por sí mismo. Finalmente, el menor también puede ser escuchado a través de personas que, sin ostentar su representación legal ni haber sido designadas por él, puedan transmitir de forma objetiva su voluntad o sentimientos en virtud de su profesión o relación de confianza. Esta última vía no constituye una audiencia formal, sino un mecanismo complementario que permite al juez conocer la opinión del menor mediante una especie de prueba testifical con valor cualificado, dada la especial vinculación o capacitación del informante.³⁸

En todo caso el contenido de la audiencia debe centrarse exclusivamente en conocer su opinión sobre las cuestiones que le afecten directamente y sean relevantes para el caso. No puede excederse este propósito ni usarse para obtener declaraciones incriminatorias, por ejemplo, sobre temas ideológicos, religiosos o creencias. Las preguntas deben ser pertinentes y útiles para esclarecer la cuestión judicial, sin invadir su intimidad ni exceder el marco legal permitido.³⁹

El Comité de los Derechos del Niño publicó el 20 de julio de 2009 la Observación General nº 12, centrada en el derecho de los menores a ser escuchados. En relación con este documento, la organización Save the Children, en su informe *"Infancia y Justicia: una cuestión de derechos"*⁴⁰, destaca dos aspectos especialmente relevantes. En primer lugar, subraya la importancia de reconocer formas de comunicación no verbales como el juego, los gestos, las expresiones faciales, los dibujos y la pintura, a través de las cuales los niños más pequeños pueden manifestar comprensión, preferencias y capacidad de elección. En segundo lugar, resalta la definición del concepto de madurez, entendida como la capacidad del niño para comprender y valorar las consecuencias de una situación determinada. Asimismo, define la madurez como la capacidad de comprender

³⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, cit., págs. 44 y 45.

³⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, cit., pág. 42.

⁴⁰ Save the Children. (2012). "Infancia y justicia, una cuestión de derechos". (Fecha de consulta: 04/05/2025). <https://www.savethechildren.es/publicaciones/infancia-y-justicia-una-cuestion-de-derechos>

y valorar las consecuencias de una situación concreta, lo que debe evaluarse de forma individualizada en función del caso.⁴¹

La Observación General nº 12 insiste en que los Estados no deben partir de la presunción de incapacidad por razón de edad, ya que ello supondría una vulneración del derecho del menor a participar activamente en los asuntos que le afectan. De hecho, la participación del niño no se limita a una mera escucha formal, sino que requiere que se le facilite la información necesaria, que se le garantice un entorno seguro para expresarse y que se tenga en cuenta su opinión en la toma de decisiones, según su edad y madurez. Si la decisión adoptada no coincide con su opinión, el menor debe recibir una explicación comprensible que justifique por qué no se ha seguido su criterio, lo cual refuerza el respeto hacia su autonomía. Además, el Comité especifica que este derecho debe garantizarse los procedimientos de separación o divorcio de sus progenitores. Para ello, los Estados deben implementar medidas específicas, entre ellas: formación especializada para todos los profesionales que trabajen con infancia, creación de mecanismos de denuncia o recurso adecuados a los menores, y campañas de sensibilización para combatir estereotipos adultocéntricos. Igualmente, se exige que los procesos en los que participen sean transparentes, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a su nivel de desarrollo, seguros y responsables. Todo ello tiene como objetivo garantizar una participación real y significativa de los niños y niñas en la vida jurídica y administrativa que les afecta.⁴²

Uno de los límites más importantes del derecho a ser oído, lo encontramos frente al derecho de información de los terceros interesados. La Ley 15/2015 en un intento de garantizar transparencia procesal, exige la elaboración de un acta detallada de la audiencia judicial del menor, la cual debe ser trasladada a las partes del proceso.⁴³ Sin

⁴¹ Editorial Jurídica Sepín. (2013). “Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación”. (Fecha de consulta: 04/05/2025). <https://blog.sepin.es/2013/04/audiencia-y-exploracion-del-menor-un-derecho-no-una-obligacion>.

⁴² RODRÍGUEZ, V., ROMÁN, Y., & ESCORIAL, A. (2012). *Infancia y Justicia: Una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España*. Save the Children España. (Fecha consulta: 23/06/2025). Recuperado de: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancia_y_justicia.pdf.

⁴³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, núm. 158, 3 de julio de 2015.

embargo, esta exigencia se aparta del tratamiento que ofrecía la regulación previa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 770.4 y 778 quinquies.8 LEC), que priorizaba un enfoque más protector de la esfera íntima del menor.⁴⁴ En particular, se establecía que la autoridad judicial debía asegurar que la audiencia se realizara en condiciones idóneas para proteger el interés del menor, evitando interferencias externas y permitiendo, en su caso, la intervención de especialistas cuando fuera necesario para garantizar el adecuado desarrollo del procedimiento.⁴⁵

La ausencia de una cláusula de flexibilidad, que impide al juez entregar el acta cuando contenga información especialmente sensible que pueda comprometer la intimidad del menor, genera un conflicto entre la protección de la privacidad del niño y los derechos del abogado a la defensa y al uso de medios de prueba pertinentes. Si bien el Tribunal Constitucional ha validado la constitucionalidad de esta medida, existen razones para cuestionar si la protección del menor está plenamente garantizada sin otorgar al juez esa capacidad de discrecionalidad.⁴⁶

La intervención directa del menor en los procesos de ruptura de la convivencia entre sus padres se ha reforzado tras las últimas reformas legislativas, permitiendo su participación de manera diferenciada, ya sea como testigo o como objeto de pericia. Puede declarar como testigo si tiene discernimiento suficiente (según valoración judicial) para expresar hechos controvertidos, incluso antes de los 14 años, aunque esta valoración resulta problemática en la práctica. Paralelamente, el menor también puede ser objeto de análisis psicológico o social por parte de especialistas como psicólogos o asistentes sociales, cuyo dictamen orienta al juez en la toma de decisiones que le afecten, como la custodia, régimen de visitas o convivencia. Esta prueba pericial, regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, debería realizarse conforme al procedimiento legal previsto, que establece la designación de peritos mediante listas de los colegios profesionales, por sorteo y con garantías procesales como la recusación. Sin embargo, en la práctica, los juzgados suelen recurrir directamente a los equipos

⁴⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 7, 8 de enero de 2000.

⁴⁵ PIZARRO MORENO, E., *La patria potestad sujeta al interés superior del menor, El interés superior del menor. Claves jurisprudenciales* de Eugenio Pizarro Moreno (Coord.), Editorial Reus, Madrid, 2020, Pág. 86.

⁴⁶ PIZARRO MORENO, cit., págs. 192 a 194.

psicosociales adscritos, sin notificación previa ni respeto al procedimiento de designación legal, lo que plantea dudas sobre la legalidad y transparencia de estos peritajes. Esta práctica, aunque extendida, no está expresamente contemplada en la ley y se aparta del principio de legalidad procesal. Así, se evidencia una falta de adaptación del legislador a la realidad de los procesos de familia y un uso informal de mecanismos periciales sin la debida regulación, lo que puede comprometer los derechos de las partes y del propio menor.⁴⁷

El juez, antes de acordar la audiencia, debe valorar si su práctica puede resultar beneficiosa o perjudicial para el menor. En ocasiones, esta diligencia puede percibirse por el niño como una situación conflictiva o presión emocional, con la amenaza implícita de cambios drásticos en su vida, lo que puede generar estrés, ansiedad y efectos negativos a largo plazo. La audiencia judicial implica riesgos tanto por la propia declaración ante diversas autoridades, que puede resultar perturbadora o traumática, como por la presión familiar que a veces sufre el menor, incluyendo amenazas o daños físicos y psicológicos. Para minimizar estos riesgos, se proponen varias medidas, como permitir que el menor esté acompañado por personas de confianza, evitar repetir sus intervenciones ante diferentes profesionales, usar un lenguaje adecuado a su madurez, y realizar la audiencia en condiciones que alteren lo mínimo su vida diaria, siempre con apoyo especializado. También se debate la necesidad de regular la documentación de la audiencia: mientras algunos abogan por grabaciones o actas detalladas, otros defienden formatos más discretos para proteger la privacidad. La clave está en encontrar el equilibrio entre el derecho de los padres a la tutela judicial efectiva y el respeto a la intimidad del menor. Finalmente, el juez debe consultar al menor si desea ser oído, recordándole que aunque su opinión será tenida en cuenta, la decisión final corresponde al órgano judicial, ya que lo que el menor desea no siempre coincide con lo que resulta más beneficioso para él a corto o largo plazo. No obstante, en la práctica se han detectado dificultades cuando la resolución judicial contradice la voluntad firme de adolescentes con suficiente madurez, lo cual puede complicar la ejecución de la medida y generar efectos negativos tanto para el menor como para los progenitores.⁴⁸

⁴⁷ ALCÓN YUSTAS Y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, cit. Págs. 78 a 92.

⁴⁸ ALCÓN YUSTAS Y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, cit., Págs. 164 a 171.

En cuanto a la obligación del Juez de oír al menor entra en juego en dos supuestos, el primero cuando se afecte la esfera personal de este en algún procedimiento, por lo que el mismo lo solicite. En este caso, debemos tener en cuenta que este derecho no es absoluto y puede denegarse en caso extremos, como por ejemplo cuando pueda causarle daños o perjuicios o contrario a su interés. Y el segundo aborda la obligación del juez u otra autoridad competente de escuchar al menor cuando así lo establezca la ley.⁴⁹

Debemos de tener claro el principio rector es el interés superior del menor, por lo que la obligación del Juez de oírle está condicionada por el derecho del menor a ser oído. Cuando la celebración de una audiencia pueda suponer un perjuicio para el niño, ya sea porque le genere un sufrimiento innecesario o porque resulte dañina para su bienestar emocional, la autoridad competente no solo tiene la facultad de evitar dicha audiencia, sino que asume la responsabilidad y el deber de denegar su práctica. Esta decisión debe adoptarse de manera razonada, mediante una resolución motivada en la que se expongan claramente las razones que justifican la negativa a realizar la audiencia. Además, dicha resolución debe ser debidamente comunicada a todas las partes interesadas en el procedimiento, así como al Ministerio Fiscal, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.⁵⁰ Este precepto legal reconoce la necesidad de salvaguardar en todo momento el interés superior del menor, como principio rector de cualquier actuación judicial que le afecte.⁵¹

3.2.2. EL DERECHO A MANTENER SUS RELACIONES FAMILIARES

El derecho de los menores a mantener relaciones personales con su entorno familiar se encuentra representado en el artículo 160 del Código Civil, que reconoce el derecho del menor a mantener relaciones personales con sus progenitores, aunque alguno de ellos no ejerza la patria potestad, siempre que ello redunde en su beneficio y no exista resolución judicial que lo impida. Además, extiende esta protección al derecho del menor a relacionarse con sus abuelos y otros allegados, prohibiendo a los padres obstaculizar estos vínculos sin justa causa. En caso de conflicto, el juez podrá intervenir para

⁴⁹ ZARRALQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, cit., págs. 46 y 47.

⁵⁰ ZARRALQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, cit, pág. 49.

⁵¹ 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. (1996). Boletín Oficial del Estado, núm. 15, de 17 de enero de 1996.

garantizar dichas relaciones, priorizando siempre el interés superior del menor. Las medidas adoptadas deberán respetar tanto la autoridad de los progenitores como las resoluciones judiciales vigentes, evitando que se utilicen para eludir restricciones previamente impuestas.⁵²

“1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”

El precepto refuerza la idea de que el menor es sujeto de derechos y que su estabilidad emocional y afectiva pasa por conservar los lazos con su entorno familiar más allá de las rupturas parentales.⁵³

El régimen de relaciones familiares debe entenderse, conforme a la evolución doctrinal y jurisprudencial, como un verdadero derecho-deber de contenido relacional, cuya titularidad no reside exclusivamente en los progenitores, sino que responde, sobre todo, al interés superior del menor. Lejos de concebirse como una prerrogativa de los padres no custodios para satisfacer su deseo de contacto, su función esencial es proteger las necesidades afectivas, educativas y psicológicas del hijo, facilitando la continuidad de

⁵² MENÉNDEZ MATO, J.C., "Comentario al art. 160 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

⁵³ MENÉNDEZ MATO, J.C., "Comentario al art. 161 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

los lazos familiares tras la ruptura de la convivencia. Este derecho-deber tiene por objeto mantener una comunicación fluida, afectiva y estable entre el menor y el progenitor con el que no convive, contribuyendo de forma decisiva a su desarrollo integral y a preservar el equilibrio emocional que se ve comprometido tras la desestructuración familiar. En esta línea, la jurisprudencia señala que la relación con ambos progenitores, así como con otros parientes cercanos (hermanos, abuelos o allegados), no debe entenderse como una facultad exclusiva de estos últimos, sino como una función ejercitable únicamente en beneficio del menor, subordinada a su bienestar, y susceptible de ser modulada, suspendida o incluso denegada si resultara perjudicial para él. De hecho, tras la reforma del artículo previamente mencionado del Código Civil, se refuerza esta orientación al establecer que el régimen de relaciones familiares debe articularse desde la perspectiva del hijo, reconociendo su derecho propio a mantener relaciones personales con ambos progenitores y su familia extensa, con la flexibilidad necesaria para fomentar vínculos sólidos de apego y afecto. El régimen de visitas debemos entenderlo como un instrumento al servicio del menor, cuya principal finalidad es garantizar su formación emocional, social y moral, evitando la ruptura de vínculos significativos que constituyen un soporte esencial para el desarrollo saludable de su personalidad.⁵⁴

La doctrina se ha ocupado de esclarecer su naturaleza jurídica, concluyendo mayoritariamente que no puede desvincularse de su dimensión personalísima y extrapatrimonial, así como de su vinculación directa con el desarrollo integral del menor. Si bien algunos autores lo sitúan en el ámbito del Derecho natural, o lo califican como derecho afectivo, tales etiquetas no resuelven su ubicación jurídica precisa. Así, se ha defendido que el derecho a mantener sus relaciones familiares debe entenderse como un derecho de la personalidad, en tanto expresión de la libertad relacional del individuo, y de forma aún más marcada, como un derecho que pertenece al menor, en atención a su relevancia para el crecimiento emocional, afectivo y social del niño. En esta línea, el derecho de visitas se muestra como un derecho irrenunciable, inalienable, indelegable, variable e imprescriptible, características que derivan de su configuración como derecho personalísimo. Es indelegable porque solo puede ser ejercido por su

⁵⁴ ORDÁS ALONSO, M., *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Editorial Bosch, Madrid, 2019. Págs. 25 a 29.

titular, y no por terceros (como podrían ser los abuelos o allegados, salvo circunstancias específicas); es irrenunciable porque no cabe renunciar a su ejercicio por simple acuerdo entre progenitores; es imprescriptible porque su no ejercicio no conlleva su pérdida; y es de geometría variable porque su concesión, contenido, limitación o suspensión dependerán siempre de las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, del interés superior del menor. Así, el régimen de visitas no se configura como un derecho absoluto o rígido, sino como un instrumento flexible, susceptible de adaptarse a las necesidades y bienestar del niño en cada momento, transformándose en un derecho concreto solo cuando concurren dos condiciones: el vínculo familiar legal y el beneficio real para el menor. Esta visión es coherente con la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado del artículo 8 del Convenio Europeo, al considerar que la relación entre un progenitor y su hijo es un elemento esencial de la vida familiar, de modo que cualquier limitación a dicha relación constituye una injerencia en los derechos fundamentales que solo será legítima si está prevista por la ley, persigue un fin legítimo y es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática. En definitiva, el derecho de visitas, concebido en su esencia como un derecho de la personalidad del menor, está orientado a garantizar su bienestar emocional y su derecho a mantener relaciones familiares significativas, frente a las que el ordenamiento jurídico debe actuar con máxima prudencia y sensibilidad.⁵⁵

4. LA PATRIA POTESTAD Y EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

4.1. PATRIA POTESTAD

La patria potestad engloba los derechos, responsabilidades y deberes que tienen los padres respecto a sus hijos no emancipados. Esta facultad recae sobre ambos progenitores, independientemente de su estado civil, ya que su base radica en el vínculo paterno-filial. En este ámbito se incluye la educación de los hijos, decisiones en cuanto al domicilio o cuestiones relativas a la salud de estos.⁵⁶

Aparece regulada en los artículos del 154 a 171 del Código Civil. En concreto, el artículo 154 señala:

⁵⁵ ORDÁS ALONSO, cit., págs. 29 a 34.

⁵⁶ Conceptos Jurídicos. (s.f.). Patria potestad en el Código Civil en España. (Fecha de consulta: 06/05/2025). <https://www.conceptosjuridicos.com/patria-potestad/>.

“Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

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

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

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

Aunque el Código no ofrece una definición expresa de patria potestad, de su regulación puede extraerse que se trata de una institución de naturaleza obligatoria, ejercida en interés del menor, que cumple una función social de carácter tuitivo y se desarrolla tanto en el ámbito personal como patrimonial. En este contexto, y conforme al artículo 154, los padres deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y proporcionarles una formación integral, lo cual incluye no solo el sustento material (alimentos en sentido amplio, distintos de los regulados en los arts. 142 y ss. CC), sino también la educación civil, moral y, en su caso, religiosa, en el marco de los principios democráticos y los derechos fundamentales. Estos deberes, además, trascienden la patria potestad y se insertan en el más amplio marco de las relaciones paterno-familiares (arts. 110 y 111 in fine CC).⁵⁷

Los hijos sujetos a patria potestad también cuentan con obligaciones según el artículo 155 del Código Civil: deben obedecer y respetar a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y contribuir a las cargas familiares según sus posibilidades. Es un

⁵⁷ MENÉNDEZ MATO, J.C., "Comentario al art. 154 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

principio fundamental del derecho que la patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos.⁵⁸

Entre los principales deberes parentales se encuentran la convivencia con los menores, su cuidado, protección, alimentación, educación, formación integral, representación legal y administración de sus bienes. Como regla general, la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, con independencia de su estado civil o sexo; no obstante, puede ejercerse de forma exclusiva por uno de ellos si concurre el consentimiento del otro, o bien en situaciones de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores, conforme al artículo 156 del Código Civil.⁵⁹

Estas cuestiones se concretan en su Título VII de las relaciones paterno-familiares. En situaciones de separación de los padres, el ejercicio corresponderá al progenitor con quien conviva el menor, salvo que se acuerde su ejercicio conjunto a solicitud del otro, o se repartan entre ambos las funciones inherentes a dicha potestad. Este artículo también contempla el supuesto en el que el titular de la patria potestad sea un menor no emancipado, estableciendo que esta deberá ejercerse con la asistencia de sus propios padres o, en su defecto, de su tutor, y en caso de conflicto o imposibilidad, con la del juez. El artículo 169 prevé la extinción de la patria potestad por muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores o del hijo, emancipación o adopción de este último. Asimismo, el artículo 170 contempla la posibilidad de privar, total o parcialmente, a los progenitores de la patria potestad, mediante resolución judicial fundada en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma (como maltrato, adicciones, trastornos mentales o condenas penales), sin perjuicio de su eventual recuperación si cesa la causa que motivó dicha privación. Finalmente, el artículo 160.1 reconoce el derecho de los hijos menores a mantener relaciones con sus progenitores, incluso cuando estos no ejerzan la patria potestad, salvo que una resolución judicial lo prohíba expresamente en atención al interés superior del menor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 457/2023, de 13 de septiembre de 2023, trata sobre la privación de la patria potestad, destacando que esta medida es excepcional y debe basarse en un incumplimiento grave o reiterado de los deberes parentales. En el caso en cuestión, se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la

⁵⁸ PIZARRO MORENO, cit., pág. 192.

⁵⁹ PIZARRO MORENO, cit., pág. 193.

patria potestad debido al abandono reiterado del padre. Esta sentencia ilustra cómo la protección del menor puede justificar la modificación del ejercicio de la patria potestad, siempre que se base en hechos probados y en el interés superior del menor.⁶⁰

La Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, regula en sus artículos 85 y siguientes los supuestos de intervención judicial relativos a la patria potestad. Esta normativa habilita la intervención judicial para resolver discrepancias entre los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad o cuando exista un ejercicio inadecuado de funciones parentales o de guarda.

El artículo 87 introduce una categoría de especial relevancia: los casos de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de la administración de bienes del menor o de personas con discapacidad. Se aplicará cuando se den las circunstancias previstas en los artículos 158 y siguientes del Código Civil, incluyendo la adopción de medidas urgentes de protección del menor, el nombramiento de un administrador judicial, o la exigencia de caución a los progenitores. Este artículo refuerza la vigilancia sobre la protección patrimonial del menor, especialmente en contextos relacionados con desheredación, donaciones o riesgo económico. El artículo 88 dispone que, si el juez estima procedente la adopción de medidas, dictará resolución nombrando, si procede, una persona o institución que se encargue de la guarda del menor o del apoyo a la persona con discapacidad, pudiendo designar incluso un defensor judicial. La resolución se adoptará conforme a la legislación civil aplicable, siempre con miras a proteger el interés del menor. Finalmente, el artículo 89 prevé que en los casos en los que ya existan medidas de tutela o curatela, la resolución definitiva del expediente se comunique al juzgado que haya conocido del nombramiento del tutor o curador, asegurando la coordinación jurisdiccional en beneficio del menor.

No obstante, la realidad jurídica muestra que los procedimientos de jurisdicción voluntaria por discrepancia entre progenitores en el ejercicio de la patria potestad son excepcionales. La mayoría de los conflictos surgen en el contexto de rupturas de pareja, donde los hijos se convierten en el eje del debate judicial. En este contexto, resulta de especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo 319/2016, de 13 de mayo, que

⁶⁰ SAP Barcelona 457/2023, de 13 de septiembre, dictada por la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, recurso de apelación núm. 129/2023 (ROJ: SAP B 9481/2023; ECLI: ES:APB:2023:9481; Cendoj: 08019370182023100427).

resuelve una modificación de medidas respecto a menores en un caso en que uno de los progenitores cumplía una condena penal. La sentencia realiza una valoración exhaustiva de la prueba, guiada por el principio del interés superior del menor.⁶¹ ⁶²

Es importante subrayar que patria potestad y relación paterno-filial no son conceptos equivalentes, dado que puede existir vínculo filial sin que concurra patria potestad, como sucede en los casos de emancipación del hijo o cuando un progenitor ha sido privado o excluido legalmente de su ejercicio o titularidad.⁶³

Asimismo, se reconoce a los padres la facultad de solicitar el auxilio de la autoridad para el ejercicio de la patria potestad, aunque el Código no delimita claramente qué autoridad es competente, si bien se presume que serán tanto órganos judiciales como administrativos con potestad en materia de menores. Finalmente, ha sido eliminada del texto legal la posibilidad de corregir “razonable y moderadamente” a los hijos, siendo sustituida por el mandato de ejercer la patria potestad con pleno respeto a la integridad física y psicológica del menor, en consonancia con los principios constitucionales y la evolución de los derechos de la infancia.⁶⁴

Ahora bien, para comprender adecuadamente el contexto histórico de los deberes parentales, es necesario aludir al concepto de filiación. Históricamente, los sistemas jurídicos influenciados por el modelo napoleónico, como el español, establecieron una rígida distinción entre hijos legítimos (nacidos dentro del matrimonio) e ilegítimos (extramatrimoniales), discriminando gravemente a estos últimos e incluso prohibiendo en general la investigación de la paternidad. Esta clasificación dio lugar a subtipos como los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, quedando los hijos extramatrimoniales privados de muchos derechos, como el uso del apellido paterno, alimentos o herencia. Aunque la Constitución de 1931 ya proclamó la igualdad de deberes de los padres respecto de todos sus hijos, las convulsiones políticas impidieron su desarrollo

⁶¹ PIZARRO MORENO, cit., pág 193.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 319/2016, de 13 de mayo (RJ 2016/2133), ECLI: ES:TS:2016:2133.

⁶³ MENÉNDEZ MATO, J.C., "Comentario al art. 154 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

⁶⁴ MENÉNDEZ MATO, J.C., "Comentario al art. 154 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

legislativo. No fue hasta la Constitución de 1978 cuando se consagró plenamente la igualdad jurídica de los hijos con independencia de su filiación (art. 39.2 CE), lo que conllevó la inconstitucionalidad del régimen anterior y permitió legalmente la investigación de la paternidad. En consecuencia, la Ley 11/1981 reformó en profundidad el Código Civil, eliminando la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y adoptando los términos filiación matrimonial y no matrimonial, ambas con los mismos efectos legales según el art. 108.2 CC. Esta reforma se enmarcó en el contexto del proceso de transición democrática y tuvo como objetivo igualar los derechos y deberes de todos los hijos, así como equilibrar las responsabilidades parentales entre progenitores, sin ventajas por razón de sexo ni estado civil.⁶⁵

La filiación, tanto matrimonial como extramatrimonial, genera efectos esenciales en favor de los hijos frente a sus progenitores, entre los que destaca el derecho a los apellidos. En cuanto a este, el artículo 109 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 40/1999 y en conexión con la Ley 20/2011 del Registro Civil, establece que la filiación determina los apellidos del hijo. Si está reconocida por ambos progenitores, estos pueden decidir de común acuerdo el orden de los apellidos antes de la inscripción; si no lo hacen, lo determinará el Encargado del Registro Civil en función del interés superior del menor. Si solo hay una filiación reconocida, este progenitor puede establecer el orden. El orden fijado en el primer hijo con esa filiación se aplica también a los hermanos. Asimismo, la ley prevé la posibilidad de cambiar los apellidos por diversas causas, como la inversión del orden, la regularización lingüística, el uso habitual de otro apellido o la existencia de apellidos contrarios a la dignidad. En casos especiales como los de víctimas de violencia de género o situaciones de riesgo, puede autorizarse incluso el cambio total de identidad. Finalmente, cuando se desconoce la filiación, el Encargado del Registro impondrá un nombre y apellidos de uso común al recién nacido.⁶⁶

En el caso de los hijos nacidos antes del matrimonio de sus progenitores, aunque no puede considerarse matrimonial, el artículo 119 del Código Civil establece que la filiación extramatrimonial puede adquirir carácter matrimonial si los progenitores contraen matrimonio con posterioridad y la filiación del hijo ha sido legalmente determinada. Este mecanismo, que no es una presunción sino un efecto legal del

⁶⁵ LASARTE, C., & DE PERALTA, J. C. Compendio de Derecho de Familia. Dykinson, 2022. Págs. 217 a 219.

⁶⁶ LASARTE, C., & DE PERALTA, cit., págs. 221 a 222.

matrimonio posterior, mantiene su vigencia pese a la igualdad jurídica entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, y permite "matrimonializar" la filiación extramatrimonial en cualquier momento, sin plazo límite, incluso si el hijo ha fallecido antes de la celebración del matrimonio. En tal caso, los efectos se extienden a sus propios descendientes. Lo relevante no es el momento del nacimiento ni del matrimonio, sino que este llegue a celebrarse entre quienes ya eran legalmente reconocidos como progenitores del hijo extramatrimonial.⁶⁷

4.2. RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Puede afirmarse que la guarda y custodia constituye una función derivada de la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos menores no emancipados, y que se concreta en la atención y cuidado cotidiano que surge de la convivencia habitual con ellos. En situaciones de normalidad y convivencia conyugal, ambos progenitores ostentan conjuntamente tanto la patria potestad como la guarda y custodia. Sin embargo, cuando se produce una ruptura de la pareja ya sea separación o divorcio, aunque ambos continúen ostentando la patria potestad, por regla general solo uno de ellos ejercerá la guarda y custodia, quedando el otro facultado para ejercer un régimen de visitas.⁶⁸

La patria potestad, en sentido estricto, abarca el conjunto de derechos y deberes que la ley reconoce a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras estos sean menores y no emancipados, e incluye funciones como la representación legal, la administración de sus bienes, la educación y formación integral. Por el contrario, la guarda y custodia se circscribe al cuidado directo y ordinario del menor, íntimamente vinculado a la convivencia diaria.⁶⁹ En numerosas ocasiones ambos conceptos se confunden; sin embargo, es esencial distinguir que la patria potestad no implica necesariamente la convivencia habitual con los hijos, ya que su contenido es más amplio y responde a una función general de protección, educación y dirección de la vida del menor, más allá del contacto físico cotidiano.⁷⁰

⁶⁷ LASARTE, C., & DE PERALTA, cit., págs. 231 a 232.

⁶⁸ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., *Guarda y custodia y régimen de visitas. 100 preguntas y respuestas*, Editorial Sepin, Madrid, 2022, Pág. 19.

⁶⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, cit., pág. 19.

⁷⁰ Conceptos Jurídicos. (s.f.). "Patria potestad en el Código Civil en España." (Fecha de consulta: 08/05/2025). <https://www.conceptosjuridicos.com/patria-potestad/>

La guarda y custodia se atribuye mediante resolución judicial y puede adoptar diversas modalidades en función de la realidad familiar y el interés del menor. En la actualidad, la evolución hacia modelos familiares más diversos ha dado lugar a distintas formas de custodia: exclusiva para uno de los progenitores, compartida entre ambos o partida, en la que se distribuyen los cuidados de los hijos de forma no simultánea.⁷¹ En ausencia de acuerdo entre los progenitores, será la autoridad judicial quien determine a cuál de ellos se le atribuye la guarda, teniendo en cuenta criterios como el interés superior del menor, la conveniencia de no separar a los hermanos y la prevención de situaciones de riesgo que puedan afectar negativamente a su desarrollo personal. Además, como he apuntado anteriormente, el juez deberá oír a los hijos menores, si tienen suficiente juicio, y siempre a los mayores de doce años, cuando lo considere necesario o lo soliciten el Ministerio Fiscal, las partes, los técnicos judiciales o el propio menor, conforme a lo establecido en el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:⁷²

“4.ª Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

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

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

⁷¹ Instituto Andaluz de la Mujer. (s.f.). “¿Qué es la guarda y custodia de las hijas e hijos menores”. Junta de Andalucía. (Fecha de consulta: 08/05/2025).

<https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/2013-08-08-10-31-21/guia-juridica-sobre-violencia-de-genero-y-derechos-de-las-mujeres/que-es-la-guarda-y-custodia-delas-hijas-e-hijos-menores>

⁷² Instituto Andaluz de la Mujer. “¿A quién se le otorga la guardia y custodia de las hijas e hijos menores?”. Junta de Andalucía. (Fecha de consulta: 08/05/2025).

<https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/2013-08-08-10-31-21/guia-juridica-sobre-violencia-de-genero-y-derechos-de-las-mujeres/que-es-la-guarda-y-custodia-delas-hijas-e-hijos-menores>

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

4.2.1. GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA

La guarda y custodia exclusiva, también denominada como unilateral o monoparental, es aquella que ejerce solo uno de los progenitores tras la ruptura de la convivencia. Aunque el Código Civil no la define expresamente ni utiliza esa denominación, su concepto se ha entendido tradicionalmente como la convivencia habitual de los hijos menores con un único progenitor, sin perjuicio del derecho del otro a mantener una relación con ellos mediante un régimen de visitas.⁷³

Este derecho del progenitor no custodio se fundamenta en el principio de coparentalidad y en el artículo 92.1 del Código Civil, que establece que la separación o divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones hacia los hijos. Así, aunque uno de ellos tenga atribuida la custodia, ambos mantienen la titularidad y ejercicio de la patria potestad de forma conjunta.⁷⁴

Desde una perspectiva doctrinal, existe debate sobre si puede hablarse de verdadera exclusividad en la custodia, ya que el progenitor no custodio también asume funciones de cuidado durante los períodos de visitas. Por ello, algunos autores prefieren hablar de “custodia principal” en lugar de “exclusiva”. Sin embargo, esta tesis no es compartida de forma unánime, pues se considera que la guarda y custodia y el régimen de visitas son instituciones distintas y no equiparables. En consecuencia, el término custodia exclusiva sigue considerándose válido para describir la atribución preferente de la guarda a uno de los progenitores. A pesar del auge progresivo de la custodia compartida, la custodia exclusiva continúa siendo el modelo más habitual en el Derecho español.⁷⁵

⁷³ MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019, Págs. 48 y 49.

⁷⁴ MARTÍNEZ CALVO, cit, Pág. 49.

⁷⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019, Págs. 49 a 51.

Desde mi punto de vista, el término “custodia exclusiva” resulta cada vez menos acorde a la realidad actual de gran parte de las familias, ya que en la práctica, incluso cuando la custodia se atribuye de forma preferente a uno de los dos, el otro suele participar activamente en el cuidado y atención del menor, lo que desdibuja esa pretendida exclusividad. Por ello, me parece más adecuado hablar de custodia principal o predominante, en la mayoría de los casos, porque refleja mejor ese reparto funcional del cuidado. Aun así, considero prudente no eliminar este concepto, ya que por mucho que la corresponsabilidad sea un objetivo deseable, la realidad nos demuestra que aún existen casos en los que uno de los progenitores (normalmente el no custodio) actúa como padre sin un verdadero compromiso afectivo o de cuidado. En esas situaciones, no me parecería adecuado ni justo reconocerle un papel que, en la práctica, no ejerce. Por ello, aunque la custodia exclusiva pueda parecer desfasada en algunos contextos, sigue siendo necesaria para proteger el interés del menor y reflejar de forma realista quién está asumiendo de verdad el día a día de su crianza.

Tal y como he explicado anteriormente sobre el derecho de los menores a mantener sus relaciones familiares, el derecho del niño a mantener una relación con sus padres es un derecho fundamental que prevalece incluso en situaciones de divorcio o cuando uno de los progenitores reside en otro país. Este derecho, reconocido por instrumentos internacionales, pertenece ante todo al menor y solo puede limitarse si existe un riesgo para su seguridad física, psíquica o moral.⁷⁶

El derecho del menor a mantener una relación con ambos progenitores tras el divorcio no es una mera declaración simbólica, sino que conlleva consecuencias jurídicas relevantes. Aunque el menor no puede disponer plenamente de este derecho, su voluntad debe ser escuchada y valorada según su edad y madurez, especialmente en el marco judicial. La opinión del menor puede influir en el régimen de visitas, pero no resulta decisiva salvo en casos excepcionales, como en adolescentes cercanos a la mayoría de edad. La negativa del menor a relacionarse con uno de sus progenitores debe ser evaluada cuidadosamente por el juez, considerando si es espontánea o inducida, y si responde a razones objetivas. Aunque el hijo tiene deberes de obediencia y respeto hacia

⁷⁶ ACUÑA SAN MARTÍN, cit., Pág. 126.

sus padres incluso tras el divorcio, la imposición forzada de visitas puede resultar contraproducente.⁷⁷

En cuando al derecho del progenitor no custodio de relacionarse con sus hijos, se trata de un principio fundamental cuya limitación solo puede justificarse de forma excepcional. Este derecho cobra especial relevancia cuando se produce una crisis conyugal y uno de los progenitores no queda a cargo del cuidado de los hijos. En estos casos, ese padre o madre mantiene su derecho-deber de relación, el cual está sujeto al interés superior del menor. Este vínculo no solo constiuye un derecho personal del progenitor no custodio, sino también una obligación jurídica y moral, que puede ser exigida tanto por el hijo como por el otro progenitor. Aunque el interés del hijo predomina, el padre o madre también tiene un interés legítimo y propio, tanto afectivo como familiar, en mantener esa relación. El incumplimiento de este régimen puede tener consecuencias, y su ejercicio puede ser protegido judicialmente si es obstaculizado. El artículo 94 del Código Civil reconoce este derecho sin distinción, incluso en situaciones complejas como la privación de libertad, enfermedades o residencia en el extranjero, aunque en esos casos el régimen deberá adecuarse a las circunstancias, e incluso podrá ser restringido o suspendido si así lo exige el interés del menor.⁷⁸ Consagra el derecho del progenitor no custodio a mantener una relación con sus hijos, pero deja a la autoridad judicial la facultad de modular su ejercicio según las circunstancias concretas del caso, priorizando siempre el interés superior del menor. En la práctica, esto implica una flexibilización del régimen de visitas, adaptándolo a factores como la edad del menor, su etapa evolutiva (por ejemplo, lactancia), la voluntad del propio hijo cuando ya es adolescente, y posibles riesgos derivados del contexto familiar (violencia, adicciones, etc.). La jurisprudencia ha evolucionado para reconocer que no existe un único modelo válido, sino que el contacto debe personalizarse y ajustarse a la realidad afectiva, emocional y de cuidados efectiva. Señala este artículo 94 expresamente:⁷⁹

⁷⁷ ACUÑA SAN MARTÍN, cit., Págs. 129 a142.

⁷⁸ ACUÑA SAN MARTÍN, cit., Págs. 146 a148.

⁷⁹ PÉREZ MARTÍN, A. J., "Comentario al art. 94 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

“La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.”

Además, se reconoce el derecho a compartir la intimidad y privacidad con los hijos como parte de la vida familiar, siendo un componente esencial para establecer vínculos de afecto y confianza. En definitiva, aunque el derecho del progenitor esté subordinado al bienestar del hijo, ambos intereses deben ser considerados al establecer un régimen de relación, prevaleciendo el del menor en caso de conflicto.⁸⁰

4.2.2. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Se define como el régimen en el que ambos progenitores ejercen de forma conjunta la custodia legal y física de los hijos, asegurando a estos el acceso frecuente y continuado a ambos.⁸¹

Su rasgo característico es que los dos mantienen la responsabilidad legal y la autoridad sobre el cuidado, control y desarrollo del menor, en términos similares a los de una familia no disuelta. Durante el tiempo en que el menor convive con cada uno de ellos, ese progenitor asume las decisiones cotidianas relativas a la disciplina, alimentación, higiene, actividades y demás aspectos de la vida diaria.⁸²

Este modelo persigue la implicación equilibrada de ambos padres en la crianza y educación de sus hijos, distribuyendo tanto el tiempo de convivencia como las obligaciones económicas. El criterio más comúnmente aceptado para considerar que existe custodia compartida es el reparto equitativo del tiempo con los hijos, aspecto clave especialmente en procedimientos contenciosos, ya que de él dependen también otras cuestiones, como las relativas a las cargas económicas. En términos generales, puede afirmarse que la custodia compartida implica que ambos progenitores se

⁸⁰ ACUÑA SAN MARTÍN, cit., Pág. 148.

⁸¹ CATALÁN FRÍAS, M.J. “La custodia compartida”. Revista derecho y criminología (2011) Pág. 66.

⁸² IBÁÑEZ VALVERDE, V. “El laberinto de la Custodia Compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados”. Boletín del Derecho de Familia, año 4, núm. 40 y 41 (2004), Pág. 4.

responsabilizan, de forma conjunta, periódica o rotatoria, del cuidado, atención y formación integral de sus hijos.⁸³

Para determinar si este régimen protege el interés del menor, el Tribunal Supremo establece varios criterios: la práctica previa de los progenitores con los hijos, su idoneidad personal, los deseos del menor, la existencia de varios hijos, el respeto mutuo entre los padres, el cumplimiento de sus deberes parentales y los informes técnicos exigidos. Aunque se exige colaboración entre los progenitores, el Tribunal Supremo aclara que no es necesario un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y habilidades mínimas de diálogo que garanticen la estabilidad emocional de los menores y un entorno adecuado para su desarrollo, aun tras la ruptura de la convivencia. La finalidad es mantener, en la medida de lo posible, un marco familiar similar al previo a la separación, donde ambos progenitores puedan seguir ejerciendo sus responsabilidades en igualdad de condiciones.⁸⁴

En mi opinión, este enfoque resulta equilibrado y adecuado, ya que pone el acento en la realidad concreta de cada familia y en el bienestar del menor, sin imponer exigencias idealizadas o irreales a los progenitores. Al valorar tanto la actitud colaborativa como la capacidad mínima de diálogo, el Tribunal Supremo prioriza la estabilidad emocional del menor y fomenta la corresponsabilidad parental, incluso tras la ruptura, lo que contribuye a preservar, en la medida de lo posible, su entorno afectivo y referencial.

El respeto mutuo entre progenitores es considerado un factor relevante, aunque no debería ser determinante en todos los casos, pues muchas veces los conflictos derivan de la ruptura en sí y no impiden una correcta cooperación parental. No obstante, en supuestos de conflicto grave, como en la STS de 11 de febrero de 2016⁸⁵, donde la Audiencia denegó la custodia compartida basándose en un informe psicosocial que advertía del perjuicio emocional que podría suponer para los menores la tensión entre

⁸³ CATALÁN FRÍAS, cit., págs. 67 y 68.

⁸⁴ VENEGAS MEDINA, M. Y BECERRIL RUIZ, D. (Coord.). *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017. Págs. 102 a 106.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 51/2016, de 11 de febrero (ROJ: 2016/437), ECLI: ES:TS:2016:437.

los progenitores,⁸⁶ el Supremo confirmó que, ante la falta de una actitud mínimamente cooperativa, el régimen compartido puede no ser lo más beneficioso.⁸⁷

En otro caso relevante (STS de 4 de febrero de 2016⁸⁸), inicialmente se otorgó la custodia compartida, pero fue revocada al acreditarse una condena por amenazas del padre a la madre, con lenguaje violento y explícito. El Supremo concluyó que los menores, víctimas también del entorno violento, no debían quedar expuestos a ese riesgo.⁸⁹ En este contexto, se reafirma que no toda conflictividad impide la custodia compartida, pero sí lo hace la violencia familiar, incompatible con el principio rector del interés superior del menor, consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, que exige que los menores crezcan en entornos libres de violencia, anteponiendo siempre su bienestar frente a cualquier otro interés legítimo.⁹⁰ Por tanto, el Tribunal Supremo insiste en que el régimen de custodia compartida solo puede acordarse si garantiza un entorno emocionalmente estable y seguro para los menores.⁹¹

La custodia compartida se plantea como una alternativa que busca garantizar la corresponsabilidad parental y la presencia equilibrada de ambos progenitores en la vida del menor. Su éxito depende de la comunicación y cooperación entre los padres. Aunque los estudios no establecen que un modelo de custodia sea superior al otro, sí coinciden en que la calidad de la relación con ambos progenitores, la estabilidad y la reducción del conflicto son factores decisivos para el bienestar infantil. En situaciones de alta conflictividad, los regímenes estructurados pueden aportar previsibilidad, aunque siempre se recomienda cierta flexibilidad cuando existe colaboración entre las partes.⁹²

⁸⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera (Civil). Resolución 51/2016, 11 de febrero de 2016. ECLI: ES:TS:2016:437.

⁸⁷ VENEGAS MEDINA, M. Y BECERRIL RUIZ, D. (Coord.), cit., págs. 103-104

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 36/2016, de 4 de febrero (ROJ: 2016/188), ECLI: ES:TS:2016:188.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 36/2016, de 4 de febrero (ROJ: 2016/188), ECLI: ES:TS:2016:188.

⁹⁰ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Artículo 2. Boletín Oficial del Estado, núm. 175, 23 de julio de 2015.

⁹¹ VENEGAS MEDINA, M. Y BECERRIL RUIZ, D. (Coord.), cit., págs. 105 y 106.

⁹² BOLAÑOS CARTUJO, J.I. (1998). *Conflictos familiares y ruptura matrimonial: Aspectos psicológicos*. *Psicología jurídica de la familia*. Marrero Gómez, J.L. Fundación Universidad Empresa, Madrid. (1998).

Págs. 8 y 9.

4.2.3. GUARDA Y CUSTODIA PARTIDA

También se denomina custodia distributiva, y se da cuando algunos hijos quedan bajo el cuidado de uno de los progenitores y otros bajo el del otro, lo que implica la separación de los hermanos, se distribuyen. Se trata de una modalidad de carácter excepcional, considerada una recomendación legal, ya que el Código Civil en su párrafo 10 del artículo 92 procura evitar la separación de los hermanos ⁹³:

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

Salvo excepciones justificadas, la ley establece que los hermanos no deben ser separados tras una ruptura familiar, siendo inusual que cada progenitor obtenga la custodia de un hijo. Solo en casos muy concretos, como una gran diferencia de edad entre los hermanos o conflictos severos entre ellos, los jueces pueden valorar la separación, considerando siempre el interés superior del menor, su edad y, si procede, su voluntad a través de exploraciones o informes psicosociales. En estos supuestos excepcionales, es esencial preservar el vínculo fraternal fomentando el contacto frecuente, la comunicación y los encuentros en períodos vacacionales, evitando además cargar emocionalmente a los menores. ⁹⁴

4.2.4. GUARDA Y CUSTODIA DE TERCEROS

Tal y como he explicado, sobre la ruptura de los progenitores la ley establece que la guarda del menor debe recaer prioritariamente en uno o ambos padres. No obstante, en situaciones excepcionales donde ninguno resulte apto para asumir esta responsabilidad, el juez puede decidir atribuir la guarda a un tercero. Esta posibilidad, contemplada en el

⁹³ Instituto Andaluz de la Mujer. “Guía Jurídica sobre Violencia de Género y Derechos de las Mujeres.”

Junta de Andalucía. (Fecha de consulta: 14/05/2025).
<https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/2013-08-08-10-31-21/guia-juridica-sobre-violencia-de-genero-y-derechos-de-las-mujeres>

⁹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, I. ENRIQUE SAINZ. “En caso de divorcio no hay que separar a los hermanos”. (18/04/2024). Encuentros Dykinson. (Fecha de consulta: 15/05/2025).
<https://encuentrosdykinson.com/espacio-abogacia/enrique-sainz-separar-a-los-hermanos-divorcio/>

artículo 103.1 del Código Civil, incluye a abuelos, parientes u otras personas que así lo consientan, o en su defecto, a una institución idónea⁹⁵;

“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”

Esta atribución de la guarda a un tercero puede adoptarse también como medida provisional en el marco de los procedimientos de separación o divorcio, tal. En estos casos, el juez puede acordarla desde el inicio del proceso para proteger al menor ante situaciones de urgencia o conflicto familiar grave, incluso antes de que se dicte la sentencia definitiva. En caso de que no existan personas cercanas que puedan asumir la guarda del menor, esta podrá confiarse a una institución pública adecuada, como los servicios de protección de menores, que ejercerán las funciones tutelares bajo la autoridad del juez.⁹⁶

Este tipo de medida solo puede ser acordada judicialmente, ya que los padres no pueden renunciar ni delegar por sí mismos el ejercicio de su responsabilidad parental. Si no pueden ejercerla, deben instar una guarda administrativa según el artículo 172.2 del Código Civil.⁹⁷

Aunque el artículo 103.1 CC menciona esta medida únicamente en el marco de las medidas provisionales, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias aceptan su aplicación definitiva, al estar orientada al principio del interés superior del menor. Sería conveniente, por tanto, que una reforma legal reconociera expresamente su validez como medida duradera. Esta guarda atribuida a un tercero debe tener carácter temporal y estar sujeta a revisiones periódicas que evalúen la persistencia de las circunstancias que la motivaron. Aunque los padres mantienen la patria potestad, su ejercicio queda limitado durante este periodo.⁹⁸

⁹⁵ MARTÍNEZ CALVO, cit., págs. 72 y 73.

⁹⁶ PEREZ MARTINEZ, A. J., "Comentario al art. 103 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

⁹⁷ MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019, Págs. 73 a 75.

⁹⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019, Págs. 75 a 78.

En cuanto a quién puede ser designado guardador, el Código Civil no impone un orden obligatorio. Si bien se sugiere una preferencia por los abuelos, lo esencial es que el juez designe a la persona más idónea para cuidar del menor, priorizando siempre su bienestar, incluso si se trata de alguien sin vínculo familiar. Esta solución, excepcional y basada en la necesidad de proteger adecuadamente al menor, se aplica cuando los progenitores presentan una situación de no idoneidad, imposibilidad material o incumplimiento grave de sus deberes parentales. No obstante, no supone automáticamente la pérdida de la patria potestad, salvo que se reúnan los requisitos previstos en el artículo 170 del Código Civil:⁹⁹

“Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”

La privación de la patria potestad suele afectar al ejercicio de la misma y no a la titularidad, la cual permanece en el progenitor salvo en supuestos excepcionales, como la privación total como pena accesoria en procesos penales. De este modo, la privación se entiende más como una suspensión temporal del ejercicio, susceptible de recuperación si cesan las causas que la motivaron. Esta medida requiere necesariamente un procedimiento judicial formal y la adopción de una sentencia firme, siempre motivada en el interés superior del menor y no como mera sanción hacia los progenitores. Las causas que pueden conducir a la privación incluyen el incumplimiento grave y probado de los deberes inherentes a la patria potestad, como el abandono del menor, maltrato físico o psicológico, falta de alimentación o educación adecuada, mala administración de sus bienes o la comisión de delitos relacionados, tales como violencia doméstica o abandono familiar.¹⁰⁰

Es importante distinguir la privación de la patria potestad de la exclusión legal prevista en el artículo 111 del Código Civil, que se aplica en casos en que el progenitor nunca ha

⁹⁹ MARTÍNEZ CALVO, cit., págs. 78 a 83.

¹⁰⁰ MENÉNDEZ MATO, J.C., "Comentario al art. 170 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

sido titular de la patria potestad debido a causas legales específicas. La privación requiere siempre una sentencia judicial que retire el ejercicio de la patria potestad que ya existía. Aunque un progenitor sea privado o excluido de la patria potestad, mantiene la obligación legal de velar por el bienestar y alimentar al menor. Además, esta privación es reversible: si desaparecen las causas que la motivaron, el progenitor puede solicitar judicialmente su recuperación, procedimiento que será valorado atendiendo siempre al interés superior del menor.¹⁰¹

La jurisprudencia ha avalado en distintas ocasiones la atribución de la guarda y custodia a personas distintas de los progenitores, sin que ello implique necesariamente la privación de la patria potestad. Así, la STS 679/2013, de 20 de noviembre,¹⁰² atribuyó la custodia de una menor a quien había impugnado su paternidad, fundamentando la decisión en el interés superior de la menor y en el vínculo afectivo existente, pese a que el custodio no ostentaba la condición legal de progenitor. En el mismo sentido, la STS 492/2018, de 14 de septiembre¹⁰³, confirmó la guarda de una niña a su tía, aun cuando el padre biológico conservaba la patria potestad, considerando que, dadas las circunstancias del caso, resultaba más beneficioso para la menor mantener dicha situación. Estas resoluciones destacan que la atribución de la guarda a un tercero es perfectamente compatible con el mantenimiento de la patria potestad, reforzando la idea de que dicha medida debe atender prioritariamente al bienestar del menor, sin que sea necesaria una privación formal de derechos parentales para que un tercero pueda ejercer la custodia.¹⁰⁴

¹⁰¹ MENÉNDEZ MATO, J.C., "Comentario al art. 170 del CC", en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 679/2013, de 20 de noviembre (ROJ: 2013/5713), ECLI: ES:TS:2013:5713.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 492/2018, de 14 de septiembre (ROJ: 2018/3154), ECLI: ES:TS:2018:3154.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, cit., págs. 82 a 85.

5. RÉGIMEN DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA

El régimen de visitas, comunicación y estancia tiene como finalidad fundamental preservar los vínculos afectivos entre los hijos y el progenitor no custodio, evitando así un distanciamiento que pueda perjudicar el desarrollo emocional de los menores. Cuando la custodia se atribuye a uno solo de los progenitores mediante sentencia o convenio aprobado judicialmente, se establece este régimen con el objetivo de garantizar la relación filial tras la reestructuración familiar. Incluso en los casos de guarda y custodia compartida, el juez debe pronunciarse sobre las formas y tiempos de relación de los hijos con el progenitor con el que no convivan de forma habitual en ese momento.¹⁰⁵

Este régimen está orientado a satisfacer las necesidades afectivas, educativas y sociales del menor, y no a responder a los intereses del adulto. Las visitas se configuran como un mecanismo que fomenta desarrollo personal y emocional del niño, asegurando su vínculo con ambos progenitores y con otros familiares, especialmente tras la ruptura de la convivencia. Su finalidad es evitar las secuelas emocionales derivadas de dicha ruptura y garantizar que el menor mantenga lazos sólidos con sus referentes afectivos.¹⁰⁶

El artículo 94 del Código Civil reconoce expresamente este derecho, disponiendo que el progenitor que no tenga consigo la guarda de los hijos menores podrá visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía en los términos que establezca el juez, quien determinará los períodos, modos y lugares en que debe ejercerse esta relación. Asimismo, se contempla la posibilidad de limitar o suspender este derecho cuando existan circunstancias graves que así lo justifiquen o se produzcan incumplimientos reiterados de los deberes impuestos por resolución judicial. La jurisprudencia ha destacado que este derecho no pertenece solo al progenitor, sino también al menor, como manifestación del vínculo filial que contribuye a su desarrollo afectivo y personal. No obstante, se trata de un derecho no absoluto, susceptible de ser restringido si se acredita un riesgo relevante para la integridad psíquica del menor, ya sea por comportamientos perjudiciales del progenitor, valores inadecuados que se le transmitan,

¹⁰⁵ MÚRTULA LAFUENTE, V. “El régimen de estancia, relación y comunicación del progenitor no custodio con sus hijos”. Págs. 174 a 220. <https://vlex.es/vid/regimen-estancia-relacion-comunicacion-679826509> (Fecha de consulta: 19/05/2025).

¹⁰⁶ ORDÁS ALONSO, cit., págs. 25 a 27.

o por situaciones violentas o degradantes.¹⁰⁷ La reforma del artículo 160 del Código Civil y la jurisprudencia reciente refuerzan la idea de que el niño tiene derecho a mantener vínculos con sus padres y allegados, siempre que sea beneficioso para su bienestar integral:

“El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.”

Este derecho se configura como personalísimo, extra patrimonial, inalienable, indelegable e irrenunciable. Aunque los progenitores puedan pactar los detalles mediante convenio, no pueden renunciar ni impedir el derecho del menor a mantener relaciones personales con el otro progenitor. Además, es un derecho de “geometría variable”, es decir, su aplicación concreta dependerá siempre de las circunstancias del caso y del bienestar del menor. No prescribe y puede solicitarse en cualquier momento mientras existan condiciones para ello, extinguiéndose únicamente en casos como el fallecimiento o la mayoría de edad del menor.¹⁰⁸

El régimen de visitas comprende tanto las visitas presenciales como la comunicación y las estancias del menor con el progenitor no custodio. El juez puede fijar los períodos, la frecuencia y el lugar de desarrollo de las mismas. Aunque originalmente las visitas solían realizarse en el domicilio del progenitor custodio, el Tribunal Supremo ha considerado que imponer esta modalidad puede vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo que exista un acuerdo entre las partes. No obstante, pueden admitirse visitas en dicho domicilio por razones excepcionales, como cuando el menor está enfermo y no es recomendable su traslado. El lugar y modo de realización de las visitas

¹⁰⁷ MÚRTULA LAFUENTE, V. “El régimen de estancia, relación y comunicación del progenitor no custodio con sus hijos”. Págs. 174 a 220. <https://vlex.es/vid/regimen-estancia-relacion-comunicacion-679826509> (Fecha de consulta: 19/05/2025)

¹⁰⁸ ORDÁS ALONSO, cit., págs. 31 a 33.

dependerán de factores como la distancia entre los domicilios, el tiempo disponible o incluso la climatología. Sin embargo, pueden establecerse restricciones judiciales por motivos de protección del menor, como en casos de violencia o abuso, donde se prohíbe acudir al domicilio paterno o se ordena que las visitas se realicen en un Punto de Encuentro Familiar. Estos puntos de encuentro son recursos especializados destinados a brindar apoyo a las familias, ofrecidos en entornos adecuados, con el propósito de facilitar que los menores mantengan el vínculo con sus familiares en contextos de conflicto o dificultad, especialmente cuando existen situaciones derivadas de una separación o de la ruptura de la convivencia. Su uso se reserva para aquellos casos en los que no es posible recurrir a otras alternativas, siendo el único mecanismo viable para garantizar la relación entre el menor y su entorno familiar.¹⁰⁹ También pueden imponerse visitas en presencia de terceros, como familiares, cuando se busca facilitar el contacto o garantizar la seguridad del menor, especialmente si ha habido incumplimientos previos o situaciones conflictivas entre progenitores.¹¹⁰

Considero que la aplicación del régimen de visitas, aunque basada en criterios de flexibilidad, puede derivar en una notable inseguridad jurídica al quedar excesivamente sujeta a la discrecionalidad judicial. La posibilidad de imponer visitas en el domicilio del progenitor custodio, aun con matices, plantea tensiones entre el interés del menor y derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, especialmente cuando no existe acuerdo entre las partes. Asimismo, el uso de los Puntos de Encuentro Familiares, si bien es imprescindible en casos de riesgo o conflicto grave, tiende a normalizarse como solución recurrente, lo que puede desnaturalizar el vínculo paterno-filial y cronificar situaciones que deberían ser transitorias. En muchos casos, se echa en falta una intervención más estructural de apoyo a la parentalidad, que no dependa únicamente de mecanismos excepcionales o restrictivos.

Las entregas y recogidas del menor sí suelen acordarse en el domicilio del progenitor custodio, aunque se pueden fijar otros lugares como el colegio, lo que resulta beneficioso en casos de conflictos entre los padres, lo cual puede resultar más adecuado

¹⁰⁹ Junta de Castilla y León. (s.f.). “Puntos de Encuentro Familiar”. Fecha de consulta 14/06/2025), de <https://familia.jcyl.es/web/es/familia/puntos-encuentro-familiar.html>

¹¹⁰ ORDÁS ALONSO, cit., págs. 78 a 80.

en casos de alta conflictividad. Normalmente estas entregas corresponden al progenitor no custodio, aunque pueden distribuirse o delegarse en otras personas de confianza.¹¹¹

Bajo circunstancias ordinarias, la comunicación entre padres e hijos va más allá del contacto físico, incluyendo medios como llamadas o mensajes. Esta forma de contacto es especialmente útil cuando no pueden realizarse visitas presenciales, o entre los períodos de estancia. Si bien en ocasiones se ha considerado innecesaria su regulación, la experiencia demuestra que puede ser fuente de conflictos: el progenitor custodio puede obstaculizar el contacto (no responder llamadas, negar acceso al menor), mientras que el no custodio puede hacer un uso abusivo (llamadas fuera de horario o excesivas). Por ello, es recomendable que el convenio regulador o la sentencia especifique días, horas y medios de comunicación, respetando siempre el descanso y las rutinas del menor. Las resoluciones judiciales varían desde formulaciones generales hasta horarios muy específicos. Por ejemplo, algunas fijan franjas horarias y exigen respeto por la intimidad de las comunicaciones. Otras incluso regulan días especiales como Navidad o los cumpleaños y contemplan la necesidad de facilitar información médica del menor. Además, el progenitor custodio debe respetar el derecho del menor a comunicarse libremente, sin interferir ni vulnerar el secreto de las comunicaciones, como leer mensajes o escuchar llamadas.¹¹² El Tribunal Supremo ha señalado que este derecho solo puede limitarse si concurren causas graves o incumplimientos reiterados (STS 569/2016, de 28 de septiembre¹¹³).¹¹⁴

Las estancias suelen desarrollarse en el domicilio del progenitor no custodio, aunque también pueden llevarse a cabo en otros lugares, y no se limitan exclusivamente a los períodos vacacionales. A menudo, sus condiciones vendrán determinadas por lo establecido en la sentencia.¹¹⁵

¹¹¹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, cit., pág. 125 y 126.

¹¹² ORDÁS ALONSO, cit., págs. 81 a 84.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 569/2016, de 28 de septiembre (ROJ: 2016/4281), ECLI: ES:TS:2016:4281.

¹¹⁴ ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “El régimen de visitas: el confín entre el interés superior del menor y el derecho a mantener relaciones paterno-filiales”. Cuaderno de Familia, nº 5, 2024, Pág. 26.

¹¹⁵ ORDÁS ALONSO, cit., pág. 85.

En cuanto a los períodos vacacionales, salvo circunstancias excepcionales, el periodo estival se distribuye por mitades entre ambos progenitores. Sin embargo, para menores de corta edad, se recomienda dividir los períodos en quincenas, a fin de no prolongar demasiado la separación con cada progenitor. No debe excluirse automáticamente la pernocta del menor con el progenitor no custodio por razón de edad, siendo necesario atender a las circunstancias particulares del caso.¹¹⁶

No se debe excluir automáticamente la pernocta del menor con el progenitor no custodio por la sola razón de su edad, sino que se debe atender a las circunstancias específicas del caso. Además, la legislación vigente, como el artículo 94 del Código Civil, establece que no procede fijar ni mantener un régimen de visitas si el progenitor está inmerso en un proceso penal por delitos graves contra el otro progenitor o los hijos, o si existen indicios fundados de violencia de género o doméstica.¹¹⁷

Los incumplimientos reiterados u obstaculizaciones del régimen de visitas pueden acarrear consecuencias civiles y penales. En el ámbito civil, la ley contempla sanciones como la imposición de multas coercitivas (art. 776.2^a LEC), la modificación del régimen de guarda o visitas (art. 776.3^a LEC), la suspensión del régimen de visitas (art. 94.3 CC) o incluso, en casos extremos, la privación de la patria potestad (art. 170.1 CC), siempre que ello redunde en beneficio del menor. En la vía penal, estos incumplimientos pueden constituir delitos como el de desobediencia (art. 556 CP) o abandono de familia (art. 226 CP). Además, el progenitor que dificulte de forma reiterada el régimen de visitas puede ser privado de la guarda y custodia, si el interés superior del menor así lo aconseja. No obstante, la privación de la patria potestad no procede de forma automática, ni siquiera en caso de incumplimientos reiterados, ya que esta medida extrema solo se justifica si concurre una gravedad suficiente y si se demuestra que es beneficiosa para el menor, tal como exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹¹⁸

Este régimen encuentra su fundamento en el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, lo cual es esencial para la construcción de su identidad. En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado que la relación

¹¹⁶ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, cit., págs. 138 a 140.

¹¹⁷ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, cit., págs. 153 a 157.

¹¹⁸ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, cit., págs. 183 a 186.

entre progenitor e hijo es un aspecto esencial de la vida familiar, por lo que cualquier restricción debe estar legalmente justificada y ser proporcional al fin legítimo que se persigue.¹¹⁹

6. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

El artículo 39.3 de la Constitución Española establece que los padres deben prestar asistencia a sus hijos mientras sean menores de edad o en los casos legalmente previstos. Esta obligación se desarrolla en el Código Civil, concretamente en los artículos 93 a 106, que reconocen los alimentos como un derecho de los hijos y una obligación fundamental de los progenitores, basada en el principio de solidaridad familiar y en la filiación (STS de 5 de octubre de 1993)¹²⁰. Durante el matrimonio, esta obligación se considera una carga compartida por ambos cónyuges, y en caso de nulidad, separación o divorcio, dicha obligación se mantiene, así como específica el artículo 92.1 del Código Civil¹²¹:

“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.”

En la práctica, tratándose de hijos menores, la mayor parte de los litigios sobre alimentos se produce en el marco de los procesos matrimoniales de separación, nulidad o divorcio, donde resultan aplicables preferentemente las reglas previstas en los arts. 90 y siguientes del Código Civil.¹²²

En los procedimientos de mutuo acuerdo, el convenio regulador debe incluir la contribución de cada progenitor a los alimentos. Si no hay acuerdo o este no es aprobado judicialmente, será el juez quien fije dicha contribución en la sentencia, (art. 93.1 CC), ajustándola a las circunstancias económicas y necesidades del menor:¹²³

¹¹⁹ ORDÁS ALONSO, cit., págs. 33 y 34.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil) núm. 881/1993, de 5 de octubre. Consultada en vLex (vid. núm. 202895575).

¹²¹ CALLEJO RODRIGUEZ, C. *La modificación de los alimentos a los hijos*. Editorial Reus, 2018. Pág. 7.

¹²² CRESPO MORA, C. (2023). *Las obligaciones familiares: la obligación de alimentos entre parientes*. (Lección 2). Manual de Derecho civil. Vol. V. Derecho de familia. Aranzadi LA LEY. Pág. 3.

¹²³ CALLEJO RODRIGUEZ, cit., págs. 7 y 8.

“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.”

La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad es un deber inherente a la filiación, no a la patria potestad, y subsiste incluso si un progenitor ha sido privado de esta última (artículo 110 CC). Esta obligación va más allá de la prevista entre parientes, ya que comprende no solo el sustento básico, sino todo lo necesario para el desarrollo integral del menor, conforme al artículo 154 del Código Civil y al principio del interés superior del menor, incluyendo su cuidado, alimentación, educación, la representación legal, la administración de sus bienes y la determinación de su residencia. De hecho, los jueces pueden acordar alimentos de oficio en los procesos matrimoniales, sin necesidad de que las partes lo soliciten.¹²⁴

Dado su carácter de deuda de valor, los alimentos deben actualizarse automáticamente, aunque no se haya solicitado expresamente, con el fin de que cubran adecuadamente las necesidades del menor frente al incremento del coste de vida. La obligación recae sobre ambos progenitores, quienes deben contribuir según sus posibilidades y en proporción a sus medios, considerando además la dedicación del progenitor custodio como una forma de contribución. Se trata de un deber inexcusable, aunque en casos de insolvencia total y acreditada puede suspenderse temporalmente, pero no extinguirse. Además, no está condicionada a que el menor esté en situación de necesidad, ya que no se limita a la subsistencia, sino que tiene un alcance más amplio. El progenitor no custodio debe contribuir mediante una pensión alimenticia que cubra todos los gastos del menor, y no puede sustituir esta prestación por la acogida del hijo en su domicilio si ello contradice una resolución judicial. Por tanto, se trata de una obligación reforzada, imperativa y prioritaria, que se mantiene mientras el hijo sea menor de edad, incluso en situaciones económicas difíciles para el progenitor obligado.¹²⁵

De acuerdo con la jurisprudencia, cuando se trate de alimentos debidos por los padres a los hijos menores, solo excepcional y temporalmente podrá suspenderse esta obligación, incluso si existen otros parientes con mejor situación económica. Ante la más mínima presunción de ingresos, los progenitores deberán proporcionar alimentos a sus hijos

¹²⁴ CALLEJO RODRIGUEZ, cit., págs. 8 y 9.

¹²⁵ CALLEJO RODRIGUEZ, cit., págs. 9 a 15.

menores (al menos el mínimo vital o de subsistencia, destinado a cubrir las necesidades más elementales del menor), aunque ello les suponga un gran sacrificio. No basta con alegar precariedad económica (como cobrar solo el subsidio de desempleo o ayudas sociales) para suspender la pensión alimenticia a favor de hijos menores de edad. Solo si los padres carecen totalmente de medios, encontrándose en situación de pobreza extrema, podrán ser relevados de cubrir el mínimo vital de los menores, pasando la obligación a otro pariente conforme al orden del art. 144 CC o a los servicios sociales de las Administraciones Públicas.¹²⁶

Existen diferencias importantes entre la prestación alimenticia a favor de hijos menores de edad y la correspondiente a los hijos mayores o emancipados. En el caso de los menores, no se exige acreditar necesidad y el derecho persiste aunque el progenitor haya sido privado de la patria potestad. Además, su alcance es más amplio, ya que no solo busca garantizar su subsistencia, sino también mantener su nivel de vida. En cambio, los hijos mayores o emancipados solo tienen derecho a alimentos si realmente lo necesitan y pueden probar dicha necesidad. Por otro lado, mientras que un progenitor puede optar por acoger en su casa a un hijo mayor necesitado, esta opción está muy restringido en el caso de los menores, especialmente si va en contra de resoluciones judiciales o vulnera su interés. Asimismo, mientras que el juez puede actualizar de oficio las pensiones alimenticias de los menores, ello no ocurre con las correspondientes a hijos mayores. Los hijos menores, además, gozan de preferencia frente a otros beneficiarios del derecho de alimentos.¹²⁷

La obligación de prestar alimentos a los hijos menores tiene una naturaleza de orden público, al derivar directamente de los deberes inherentes a la patria potestad. Por ello, el juez puede fijar y actualizar la pensión de alimentos incluso de oficio, sin estar vinculado a lo pactado por las partes. Este derecho del menor es personalísimo, irrenunciable, intransmisible y no puede ser objeto de transacción, aunque sí pueden reclamarse las pensiones vencidas dentro del plazo de cinco años. En los procesos relativos a menores, rigen además normas especiales de prueba: el juez puede acordar

¹²⁶ CRESPO MORA, cit., pág. 9.

¹²⁷ TENA PIAZUELO, I. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda (Doctrina y jurisprudencia)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, Pág. 64 y 65.

pruebas en cualquier momento del procedimiento, aun sin petición de las partes, y no está obligado a aceptar como ciertos los hechos que estas reconozcan o silencien. Esta flexibilidad está orientada a garantizar el interés superior del menor. A diferencia de los que ocurre con los hijos mayores, la prestación alimenticia a favor de los menores no depende de su patrimonio ni de su capacidad económica, ya que derivan directamente del deber de los progenitores de cuidar y mantener a sus hijos como parte de la patria potestad.¹²⁸

Esta prestación se establece entre los hijos, como acreedores, y los progenitores, como deudores. Cuando se rompe la convivencia familiar, los hijos menores, (ya sean biológicos o adoptivos, matrimoniales o extramatrimoniales) en condiciones de igualdad conforme a la Constitución y el Código Civil, pueden reclamar alimentos a sus progenitores, quienes tienen la obligación de proporcionarlos, deber que en situaciones normales se cumple naturalmente por la convivencia. En casos de familias reconstituidas, esta obligación recae exclusivamente sobre el progenitor biológico o adoptivo del menor, aunque también puede reclamarse al otro progenitor biológico que no convive con el hijo, si tiene la obligación legal de prestarle alimentos.¹²⁹

Dentro del concepto de alimentos, la pensión alimenticia a favor de los hijos menores se refiere exactamente a la contribución económica que deben recibir los hijos de padres divorciados o separados.¹³⁰ Se trata de una suma periódica de dinero destinada a cubrir sus necesidades. No obstante, el término “pensión alimenticia” puede resultar limitado, al centrarse en el aspecto puramente económico, dejando fuera otras formas de cumplimiento, como el pago directo de determinados gastos (escolares, médicos, etc.). Por ello, se considera más adecuado el término “prestación alimenticia”, que abarca tanto el pago económico como otras obligaciones asumidas frente a terceros en beneficio del menor.¹³¹

¹²⁸ TENA PIAZUELO, cit., pág. 70 a 73.

¹²⁹ TENA PIAZUELO, cit., pág. 73 a 75.

¹³⁰ Conceptos Jurídicos. (s.f.). Pensión alimenticia. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/pension-alimenticia/> (Fecha de consulta: 23/05/2025).

¹³¹ LÁZARO PALAU, C. M., & DURÁN RIVACOBA, R. (Pr.). (2008). *La pensión alimenticia de los hijos: Supuestos de separación y divorcio*. Thomson Reuters Aranzadi. Pág. 28.

Esta prestación puede fijarse mediante convenio regulador o sentencia judicial en los casos de separación o divorcio, y suele constituir uno de los puntos más conflictivos dada su duración y las tensiones entre progenitores. Se abona durante todo el año, incluidos los periodos vacacionales, y normalmente corresponde al progenitor no custodio, ya que el custodio asume los gastos diarios del menor. Sin embargo, en casos de custodia compartida también puede fijarse una pensión si existe un desequilibrio económico. La cuantía se calcula atendiendo a las necesidades del menor, los ingresos de los progenitores y otros factores, y puede incluir gastos ordinarios, como alimentación, ropa o educación y extraordinarios, como una intervención médica puntual o actividades extraescolares. Esta prestación no se extingue automáticamente con la mayoría de edad, sino cuando el hijo alcanza independencia económica, salvo que se solicite judicialmente su modificación o extinción por causas justificadas. El impago puede dar lugar a su ejecución forzosa e incluso constituir un delito por abandono de familia. El progenitor custodio es el administrador de la pensión en beneficio del menor, y no está obligado a justificar cada gasto salvo que existan indicios fundados de desatención o mala administración.¹³²

No debe limitarse a una cantidad fija, sino que debe adaptarse a las necesidades específicas del menor. Un ejemplo claro nos lo muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 157/2022, de 6 de mayo de 2022, que aborda la extinción de la obligación del padre de abonar la cuota hipotecaria de la vivienda privativa de la madre. En la sentencia establece que si la hija necesita una vivienda para sus estudios en Valladolid, el padre podría asumir esa obligación como parte de su pensión alimenticia.¹³³

El artículo 93 del Código Civil, aplicable en situaciones de crisis matrimonial, se deriva de los deberes establecidos en el apartado primero del artículo 154 del mismo cuerpo legal, relativos al ejercicio de la patria potestad.¹³⁴ La pensión alimenticia representa la concreción de los alimentos cuando no existe convivencia entre el hijo y el progenitor

¹³² Conceptos Jurídicos. (s.f.). Pensión alimenticia. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/pension-alimenticia/> (Fecha de consulta: 23/05/2025)

¹³³ SAP Valladolid 157/2022, de 6 de mayo, Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, recurso de apelación núm. 771/2021, (ROJ: SAP VA 717/2022; ECLI: ES:APVA:2022:717; Cendoj: 47186370012022100158).

¹³⁴ LÁZARO PALAU Y DURÁN RIVACOBA, cit., págs. 28 y 29.

obligado, lo que le otorga ciertas peculiaridades, sin alterar su esencia. Por tanto, sigue siendo aplicable el concepto general de alimentos en sentido amplio, conforme al artículo 142 del Código Civil, aunque el artículo 93 lo matiza, atendiendo tanto a la situación económica de los progenitores como a las necesidades variables del menor, incluso si todos residen en el mismo domicilio.¹³⁵

En el supuesto de alimentos de los hijos menores, no concurre la nota de reciprocidad, pues el progenitor no tiene un derecho legal a reclamar alimentos a sus hijos menores, como sí lo tiene el hijo frente al progenitor. Además, esta obligación de los padres nace aunque el menor, por su propia fortuna, pudiera sufragar estos gastos.¹³⁶

Los hijos menores de edad son los principales destinatarios del derecho de alimentos en sentido amplio, entendidos no solo como lo indispensable para vivir, sino también como todo lo necesario para su desarrollo integral. Aunque el artículo 154 del Código Civil distingue entre alimentos y educación, en el ámbito de las pensiones alimenticias debe aplicarse el concepto de “alimentos civiles”, que incluye también la formación. Algunos autores prefieren el término “mantenimiento” para reflejar esta visión más extensa, que abarca tanto la suma económica como el cuidado activo y el mantenimiento del nivel de vida del menor. En consecuencia, las necesidades del hijo deben evaluarse según su evolución personal y cubrirse de acuerdo con las posibilidades económicas de los progenitores y con el estándar de vida previo a la separación.¹³⁷

7. RUPTURAS MATRIMONIALES CONFLICTIVAS

Los conflictos de pareja son una problemática creciente en la sociedad actual, con efectos negativos que pueden generar consecuencias especialmente graves en los hijos, como problemas de conducta, emocionales o alimenticios. Cuanto más conflictiva y prolongada es la ruptura, mayores son los daños psicológicos, patrimoniales y familiares. Muchos litigios de familia surgen del desacuerdo sobre cómo seguir ejerciendo la parentalidad tras la ruptura, o sobre cuestiones económicas. A menudo, los progenitores enfrentan estos procesos desde posiciones muy subjetivas, sin tener en cuenta el verdadero interés de los hijos. Esto puede perpetuar el conflicto e impedir

¹³⁵ LÁZARO PALAU Y DURÁN RIVACOBA, cit., pág. 29.

¹³⁶ CRESPO MORA, cit., pág. 3.

¹³⁷ LÁZARO PALAU Y DURÁN RIVACOBA, cit., págs. 29 a 31.

acuerdos saludables. No deben limitarse a defender sus propios intereses, sino que deben colaborar para buscar soluciones justas y sostenibles, especialmente para los hijos menores. Un enfoque desequilibrado o injusto en la resolución solo generará nuevos litigios en el futuro, agravando la situación familiar. Además, los progenitores a menudo atraviesan un estado emocional que les impide tener una visión objetiva. Por eso, es fundamental que cuenten con asistencia profesional para negociar las nuevas condiciones familiares. Aunque la relación de pareja finalice, la relación como padres continúa, y debe basarse en la cooperación y el respeto mutuo, por el bienestar de los hijos y de ellos mismos.¹³⁸

Mientras los progenitores ejerzan conjuntamente la patria potestad, deben actuar como una unidad coordinada. Si no se comunican, no dialogan ni resuelven sus desacuerdos, se ven limitados en su capacidad parental. Esta falta de entendimiento impide el ejercicio efectivo y compartido de la patria potestad, generando situaciones que pueden poner en riesgo a los hijos, e incluso derivar en escenarios de desamparo o violencia. En contextos de ruptura especialmente conflictivos, los menores pueden quedar parcialmente desprotegidos si no se adoptan con urgencia las medidas necesarias. En estos casos, donde la descoordinación entre los progenitores compromete el bienestar del menor, es esencial la implicación activa de los profesionales jurídicos. Los letrados, que suelen ser los primeros en conocer estas situaciones, tienen la responsabilidad de colaborar en la defensa del interés superior del menor. Asimismo, debe intervenir de manera inmediata y eficaz tanto la tutela judicial efectiva como, en su caso, la protección proporcionada por la entidad pública competente. Esta intervención se enmarca en lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española y en los artículos 12 (actuaciones de protección) y 17 (actuaciones en situación de riesgo) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.¹³⁹ Concretamente el artículo 39 CE dispone:

¹³⁸ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F. J. (2019). *Abordaje judicial de los litigios de familia (Método Avantia)*. Págs. 6 a 8. Recuperado de:

https://www.aeafa.es/files/noticias/2019_04_07_abordaje_judicial_de_los_litigios_defamilia_metodo_avantia.pdf. (Fecha de consulta: 10/06/2025).

¹³⁹ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F. J. (2019). *Abordaje judicial de los litigios de familia (Método Avantia)*. Págs. 23 y 24. Recuperado de:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Existen varias formas de gestionar la separación. Algunas tienden hacia procesos contenciosos, donde el enfrentamiento judicial sustituye al conflicto doméstico, mientras que otras optan por acuerdos negociados. Esta forma de abordar la ruptura tiene consecuencias directas sobre los hijos, que pueden quedar en situación de vulnerabilidad cuando el conflicto entre progenitores se intensifica. Diversos estudios han identificado tres factores clave que influyen en el tipo de ruptura y su impacto familiar: la forma en que se toma la decisión de separarse, el estilo de comunicación entre los miembros de la pareja y la intensidad emocional del conflicto. En todos los casos, los menores pueden verse afectados si los adultos no logran mantener un entorno mínimamente cooperativo y protector. En los casos más problemáticos, la incapacidad para resolver el conflicto de forma madura genera un entorno de alta conflictividad que afecta directamente al bienestar emocional de los menores, colocándolos en situaciones de riesgo o desamparo si no se adoptan con prontitud medidas protectoras adecuadas.¹⁴⁰

Cuando en una separación o divorcio los progenitores no logran acuerdos sobre la custodia, el régimen de visitas o la distribución de bienes, el conflicto se traslada al ámbito judicial. Esta judicialización adquiere especial relevancia al implicar decisiones sobre los hijos, trasladando del espacio privado al público cuestiones de profundo contenido emocional. El impacto jurídico de estos conflictos en los menores es significativo. Conceptos como “custodia” o “visitas” se incorporan de forma repentina a su realidad, y cuando no hay consenso parental, las decisiones recaen sobre el juez. Aunque los niños no tienen capacidad plena para decidir sobre su futuro, su opinión

https://www.aeafa.es/files/noticias/2019_04_07_abordaje_judicial_de_los_litigios_defamilia_metodo_avantia.pdf (Fecha de consulta: 10/06/2025).

¹⁴⁰ BOLAÑOS CARTUJO, cit., págs. 3 y 4.

puede ser tenida en cuenta, lo que les sitúa en una posición emocionalmente comprometida. La presión afectiva, la polarización parental o los conflictos de lealtades pueden distorsionar su voluntad. La falta de acuerdo puede judicializar aún más la situación, provocando rupturas vinculares con uno de los progenitores o divisiones entre hermanos. En estos casos, el proceso legal puede convertirse en una prolongación del conflicto, donde el sistema judicial acaba siendo percibido como responsable del malestar familiar.¹⁴¹

En los procedimientos judiciales donde está en juego el interés de un menor, como los relativos a filiación, guarda, acogimiento, adopción o crisis matrimoniales, el juez suele adoptar medidas de protección urgente y de carácter personal para evitar situaciones de riesgo durante la tramitación del proceso. Estas medidas, que en muchos casos tienen naturaleza cautelar, permiten garantizar la tutela efectiva del menor mientras se resuelve el conflicto, especialmente cuando la falta de entendimiento entre los progenitores impide el ejercicio coordinado de la patria potestad. Así, el ordenamiento prevé que, en procedimientos como los de impugnación o reclamación de filiación, o en procesos de nulidad, separación o divorcio, el juez pueda intervenir para proteger al menor tanto en su persona como en sus bienes, incluso antes de la interposición de la demanda. Esta función jurisdiccional es esencial para suplir el vacío protector que podría producirse durante el litigio y evitar que el conflicto adulto deje al menor en una situación de desamparo.¹⁴²

Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que el legislador ha previsto expresamente un cauce jurisdiccional para la protección del menor, como en los procedimientos de separación o divorcio, las medidas cautelares se presentan como el mecanismo más idóneo para garantizar una tutela eficaz durante la tramitación del proceso, asegurando que el menor no quede desprotegido ante la lentitud o complejidad del procedimiento. Sin embargo, en contextos donde no existe un procedimiento claramente previsto, como en la impugnación de una declaración administrativa de desamparo, la falta de un cauce jurisdiccional definido ha generado inseguridad jurídica y debates sobre el instrumento procesal adecuado. Se ha recurrido a vías como los expedientes de jurisdicción voluntaria, los juicios verbales o incluso los procesos declarativos ordinarios, cada uno

¹⁴¹ BOLAÑOS CARTUJO, cit., Págs. 8 y 9.

¹⁴² HERRERO PEREZAGUA, J. F. (1997). *La tutela cautelar del menor en el proceso civil*. Cedecs. Págs 29 a 32.

con ventajas e inconvenientes: los primeros son rápidos pero inadecuados para resolver verdaderas controversias; los segundos, aunque jurisdiccionales, suelen ser lentos y pueden carecer de eficacia real; los terceros garantizan plenamente el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, pero sacrifican la agilidad necesaria en contextos de urgencia. Pese a ello, la Ley Orgánica 1/1996, especialmente en su Disposición Adicional Primera, opta por una fórmula de flexibilización procedural que, si bien pretende agilizar los trámites, no siempre ofrece la claridad y las garantías requeridas en situaciones litigiosas. En este marco, las medidas cautelares (por su capacidad de conciliar protección efectiva e inmediación judicial) se erigen como el instrumento más adecuado para responder a las exigencias de seguridad jurídica y urgencia, siendo trasladables no solo a procedimientos típicamente familiares, sino a cualquier proceso en que esté comprometido el interés de un menor, tal como recoge también la Exposición de Motivos de la Ley, aunque se ve limitada por una regulación procesal que no siempre se ajusta al principio de efectividad que proclama.¹⁴³

Las medidas cautelares dirigidas a la protección del menor cumplen una función propia que, aunque comparte rasgos con la lógica general de las medidas cautelares (instrumentalidad, provisionalidad, necesidad de tutela urgente). En el caso del menor, la medida cautelar no persigue evitar la inutilidad del proceso, como sucede cuando se protege un bien económico ante una posible insolvencia del demandado, sino que pretende preservar la situación personal del menor frente al daño que podría derivarse simplemente de la pendencia del proceso. De ahí que su objeto no sea necesariamente el de mantener un *statu quo*¹⁴⁴, sino el de proteger de forma inmediata y, en ocasiones, innovadora, al menor durante el conflicto judicial. Estas medidas, por tanto, no son conservativas en el sentido estricto, sino que pueden introducir alteraciones provisionales (por ejemplo, modificar un régimen de custodia o establecer un régimen de visitas que antes no existía), con el fin de impedir que la espera hasta la resolución definitiva comprometa el bienestar del menor. Así, se pone de relieve una peculiaridad fundamental: el daño que se trata de evitar no es solo futuro, sino actual y continuo, y no depende tanto del contenido de la sentencia como de las condiciones del proceso mismo. Por eso, las medidas de protección del menor encuentran su verdadera función

¹⁴³ HERRERO PEREZAGUA, cit., págs 33 a 36.

¹⁴⁴ Estado de cosas en un determinado momento.

en el aseguramiento de una esfera jurídica vulnerable durante todo el curso del procedimiento, con independencia del resultado final del mismo.¹⁴⁵

En este contexto, el *periculum in mora* adquiere un matiz propio que lo diferencia de su configuración clásica. Mientras que en la teoría general se vincula con el riesgo de que la futura sentencia pierda eficacia debido a la dilación del proceso, en los litigios que involucran a menores el peligro no es eventual ni marginal, sino presente y concreto. La propia pendencia del proceso judicial constituye una fuente de daño para el menor, cuya esfera personal ya se ve afectada por el conflicto o incluso por la mera incertidumbre derivada del mismo. Por ello, el presupuesto del *periculum* no depende de una valoración judicial concreta ni de una acreditación por parte de los interesados; se presume de manera objetiva por el solo hecho de incoarse el proceso o de anunciar su inicio. Esta configuración legal se refleja en normas como los artículos 103 y 128 del Código Civil y 1881 y 1886 de la LEC, que establecen que las medidas pueden adoptarse "admitida la demanda" o incluso antes, si se anuncia su interposición. En este marco, no tiene sentido exigir caución o fianza, ya que no hay un daño patrimonial susceptible de resarcimiento ni una "cosa litigiosa" sobre la que proyectar una posible responsabilidad: lo que está en juego es la protección urgente e inaplazable de los derechos personales del menor, cuya vulnerabilidad no admite espera.¹⁴⁶

Por otro lado, el *fumus boni iuris* se adapta a las peculiaridades de estas situaciones. En general, este presupuesto implica que el juez debe apreciar la verosimilitud del derecho alegado, no su certeza, bastando con un juicio provisional de probabilidad. Sin embargo, cuando lo que está en juego son los derechos personales del menor, la medida cautelar no siempre coincidirá con el objeto del derecho afirmado en la demanda ni necesariamente beneficiará a quien la solicita. Por ejemplo, puede concederse una medida contraria a lo que piden los progenitores o promovida por el Ministerio Fiscal en beneficio exclusivo del menor. Así, la apariencia del derecho no se limita a las pretensiones procesales formales, sino que se refiere a la situación jurídica cautelable, determinada por los intereses personales del menor (como su desarrollo, educación o vida familiar), sobre los que se proyectará la futura sentencia. Aunque no se exige una prueba plena de estos derechos, cuando también estén implicados otros sujetos como los

¹⁴⁵ HERRERO PEREZAGUA, cit., págs 37 a 42.

¹⁴⁶ HERRERO PEREZAGUA, cit., págs 43 a 46.

padres o posibles adoptantes, sí se requerirá un principio de prueba suficiente para definir el contenido concreto de la medida. Esta prueba preliminar puede adoptar diversas formas: desde el incumplimiento de deberes parentales hasta la existencia de resoluciones administrativas arbitrarias. El *fumus* en estas medidas no supone anticipar la decisión final del proceso, sino habilitar al juez para adoptar, con base en una verosimilitud razonada, una tutela provisional que sirva al interés superior del menor.¹⁴⁷

El hecho de que el juez pueda adoptar medidas cautelares que no coincidan con las pretensiones de las partes, e incluso contrarias a ellas, puede llegar a introducir un grado de discrecionalidad que, aunque justificado por el interés superior del menor, puede afectar los derechos de los padres o de otras partes sin que hayan podido defenderse plenamente aún. Además, al no requerirse una prueba plena sino solo un principio de prueba, se corre el riesgo de adoptar decisiones con escasa base fáctica, que sin embargo pueden tener un impacto inmediato y profundo en la vida familiar del menor y de sus progenitores. La intervención del Ministerio Fiscal como garante del interés del menor es clave, pero no siempre se encuentra suficientemente acompañada de mecanismos de control o revisión ágil. Aunque la lógica de la tutela provisional es comprensible, su aplicación debe extremar las garantías y evitar que la excepcionalidad se convierta en regla, especialmente cuando lo que está en juego son derechos personales y familiares de gran trascendencia.

Las medidas de protección del menor, reguladas tanto en el Código Civil como en diversas normativas autonómicas, comprenden diferentes modalidades orientadas a amparar al menor privado de una vida familiar normal. Entre ellas destacan el acogimiento familiar (simple, permanente o preadoptivo) y el acogimiento residencial en instituciones, junto con el apoyo a la familia mediante ayudas económicas, psicosociales y servicios de asistencia. Aunque estas medidas adoptan distintos nombres y matices según la comunidad autónoma, pueden clasificarse en cuatro grandes categorías: apoyo a la familia, acogimiento familiar, acogimiento institucional y acciones orientadas a la integración social del menor. Pese a que persisten cláusulas abiertas que permiten una discrecionalidad judicial necesaria para adaptarse a

¹⁴⁷ HERRERO PEREZAGUA, cit., págs 47 a 50.

situaciones cambiantes, estas medidas no se limitan a un listado cerrado, sino que se apoyan en principios jurídicos concretos que guían la decisión del juez. Además, las medidas cautelares típicas previstas en procesos de separación o tutela no excluyen la aplicación simultánea de medidas indeterminadas, las cuales buscan proteger al menor en función de las circunstancias concretas del caso, garantizando así una tutela efectiva y adaptada a la realidad del menor durante la tramitación del proceso.¹⁴⁸

En relación con las medidas de protección, la reforma legislativa de 2021 ha introducido importantes novedades, como la desaparición de la patria potestad prorrogada para mayores con discapacidad, sustituyéndola por figuras como la tutela o la curatela, que permiten adaptar la protección a las necesidades del menor o persona protegida. El defensor judicial del menor cobra especial relevancia en situaciones de conflicto de intereses con los progenitores o tutores, garantizando la defensa efectiva de los derechos e intereses del menor. Además, la guarda de hecho se reconoce como una medida informal pero útil y necesaria para proteger y apoyar al menor cuando no se ejercen adecuadamente las funciones tutelares o de patria potestad.¹⁴⁹

En el proceso de separación o divorcio, los hijos no son meros espectadores pasivos, sino que adoptan múltiples estrategias conscientes e inconscientes para adaptarse al conflicto. Estas respuestas incluyen intentos de reconciliación entre los progenitores, expresión ambivalente en los intercambios de visita, alianzas afectivas con uno de los padres, conductas que buscan asegurar el afecto o eligen una neutralidad difícil de sostener. Aunque estas conductas son en parte adaptativas, muchas veces se instrumentalizan en el conflicto judicial, convirtiendo al menor en un actor central, emocionalmente implicado, en el litigio familiar. Diversos estudios han demostrado que los efectos del divorcio en los hijos no dependen tanto del hecho de la separación como de la intensidad del conflicto interparental y la calidad de las relaciones posteriores. Cuando los progenitores mantienen una cooperación mínima, estructuras estables y contacto regular, el ajuste de los menores suele ser favorable. Por el contrario, contextos de elevada hostilidad, comunicación disfuncional y ausencia de acuerdos coherentes pueden desencadenar problemas en los menores. El conflicto legal se convierte, entonces, en un escenario reglamentado donde se exteriorizan emociones no resueltas

¹⁴⁸ HERRERO PEREZAGUA, cit., págs 58 a 63.

¹⁴⁹ RUIZ-RICO RUIZ Y CASADO CASADO, cit., págs. 132 a 134.

como el dolor, el resentimiento o la necesidad de validación. Los hijos, el hogar o los bienes comunes pueden acabar convertidos en objetos simbólicos de poder, y el proceso judicial, lejos de resolver el problema, corre el riesgo de prolongarlo. Las respuestas judiciales extremas suelen agravar el sufrimiento infantil, consolidando posiciones rígidas e impidiendo una reorganización saludable del sistema familiar.¹⁵⁰

Desde mi punto de vista, uno de los principales retos del sistema jurídico y social actual es cómo se manejan los procesos de separación y divorcio cuando hay hijos menores de por medio. Muchas veces, estos procesos se viven como una confrontación, lo que no siempre tiene en cuenta la realidad emocional que enfrentan los niños. No es fácil esperar que un menor no se vea afectado por un procedimiento judicial que suele implicar tensiones, desacuerdos y decisiones difíciles. Los hijos no son espectadores neutrales ni indiferentes; son personas vulnerables que pasan por situaciones complicadas y que, en muchas ocasiones, reaccionan emocionalmente de formas sutiles que a los adultos les cuesta percibir.

Considero importante destacar que, en ocasiones, los menores se ven involucrados en los conflictos judiciales de maneras que no siempre reflejan sus verdaderas necesidades, sino que responden más a los intereses enfrentados de los padres. Por eso, el enfoque debe estar en el interés superior del menor, cuidando que mantengan vínculos afectivos seguros, estables y respetuosos con ambos progenitores. Cuando los procesos judiciales no consideran esta visión global, existe el riesgo de que los conflictos se alarguen y afecten negativamente a todos los implicados.

Un buen ejemplo de esta sensibilidad judicial hacia la realidad familiar se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León 1148/2024, de 2 de julio, en la que se reconoce expresamente que, incluso en contextos de ruptura conflictiva, la custodia compartida puede ser la opción más beneficiosa para el menor. El tribunal pone de relieve que esta modalidad no implica una distribución milimétrica del tiempo, sino una corresponsabilidad real y adaptada al entorno familiar, que permite a ambos progenitores seguir ejerciendo su papel de manera equilibrada. Esta resolución es relevante porque demuestra que el derecho puede y debe adaptarse a las complejidades

¹⁵⁰ BOLAÑOS CARTUJO, cit., Págs. 10 a 13.

de cada caso, priorizando el mantenimiento de vínculos afectivos sólidos y la estabilidad emocional del menor, más allá de soluciones automáticas o meramente formales.¹⁵¹

Por esta razón, el derecho debería enfocarse en ayudar a reorganizar la familia de forma positiva, asegurándose de que las decisiones judiciales tengan en cuenta de manera sensible y completa la situación familiar. Proteger el bienestar y el desarrollo sano de los menores requiere evitar soluciones rígidas o simplistas, y promover una actuación que considere tanto las emociones como las circunstancias sociales que rodean estos procesos.

8. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS RUPTURAS DE LAS PAREJAS DE HECHO

La figura de la pareja de hecho se describe como una forma de convivencia estable y pública entre dos personas, ya sean del mismo o de distinto sexo, que comparten intereses comunes orientados a la creación de una vida familiar sin haber formalizado un vínculo matrimonial. A diferencia del matrimonio, esta figura carece de una regulación estatal unificada, siendo competencia de cada Comunidad Autónoma establecer sus propios requisitos y efectos jurídicos, lo que obliga a atender a la legislación específica del lugar de residencia. Para su reconocimiento legal, suelen exigirse condiciones como la mayoría de edad o emancipación, la inexistencia de vínculo matrimonial o parentesco entre los convivientes, la acreditación de un tiempo mínimo de convivencia, y en ciertos casos, el otorgamiento de escritura pública e inscripción en el correspondiente registro autonómico. En relación con los hijos, las obligaciones parentales son idénticas tanto si los progenitores están unidos por matrimonio como si conviven como pareja de hecho. Así lo establece el artículo 39.3 de la Constitución Española, que dispone que los progenitores están obligados a prestar a sus hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio, asistencia integral (material, emocional, educativa y formativa) durante su minoría de edad y en aquellos otros supuestos en que así lo establezca la ley.¹⁵²

¹⁵¹ SAP León 1148/2024, de 2 de julio, Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de León, recurso de apelación núm. 601/2023, ROJ: SAP LE 1148/2024, ECLI: ES:APLE:2024:1148.

¹⁵² Redacción J. P. (2023, 5 de diciembre). “Matrimonio o pareja de hecho: una experta en leyes explica sus similitudes y diferencias.” El Español. Fecha de consulta: 13/06/2025. Recuperado de:

A pesar de no contar con una normativa estatal que la configure plenamente, el ordenamiento jurídico contempla su existencia al atribuirle efectos similares a los del matrimonio en determinadas normas, lo que refleja su relevancia social. Asimismo, al hablar de pareja de hecho, se contrapone implícitamente a la pareja de derecho, es decir, la matrimonial.¹⁵³

En este marco, la protección del menor se sustenta no en la institución familiar concreta, sino en la dignidad y derechos fundamentales de la persona, siendo estos prioritarios y universales para todos los menores, con independencia de la forma de familia en que se encuentren. Aunque la Constitución permite diferencias de trato razonadas entre la familia matrimonial y otras formas, la protección efectiva del menor como persona queda garantizada, amparando sus derechos a alimentos, cuidado y desarrollo, sin discriminaciones injustificadas, conforme al principio de igualdad del artículo 14 CE.¹⁵⁴

Las uniones de hecho o parejas no casadas, que en España han pasado de ser consideradas un fenómeno social desviado a una institución social y jurídica emergente, cuentan hoy con reconocimiento parcial y normativas específicas en varias Comunidades Autónomas, que regulan aspectos de protección y derechos de sus miembros. Aunque carecen de una regulación estatal unificada, el marco jurídico evoluciona para garantizar derechos básicos, incluyendo la protección de los menores que formen parte de estas familias no matrimoniales. La jurisprudencia y la doctrina reconocen la importancia de adaptar el derecho a la realidad social cambiante, subrayando que la protección del menor debe mantenerse independientemente del régimen legal de la pareja, priorizando siempre su bienestar y derechos fundamentales frente a prejuicios o posturas ideológicas, ya sean religiosas, políticas o éticas. Así,

https://www.elespanol.com/vivir/20231205/matrimonio-pareja-hecho-experta-leyes-explica-similitudes-diferencias/813668854_0.html

¹⁵³ MOLINOS RUBIO, L. M. (2006). *Régimen fiscal de la extinción de la pareja de hecho*. Universidad de Zaragoza. Págs. 29 y 30.

¹⁵⁴ LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RAMS ALBESA, J., & LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*. Dykinson, 2010. Págs. 282 a 284.

aunque la regulación de estas uniones es diversa y en evolución, la tutela jurídica del menor permanece como un objetivo esencial y transversal.¹⁵⁵

En situaciones de por disolución de una pareja de hecho, se deberán adoptar medidas relativas a la pensión alimenticia contribuyendo al sustento, vivienda, educación, vestimenta, asistencia médica y otros gastos esenciales de los menores, a la custodia, al régimen de visitas y al ejercicio de la patria potestad. La ruptura de la relación de pareja, en cualquiera de sus formas, no exime a los progenitores de las responsabilidades y deberes hacia sus hijos. La principal diferencia radica en que el matrimonio se encuentra regulado por una normativa común de ámbito estatal, concretamente en el Código Civil, mientras que las parejas de hecho están sometidas a la legislación específica de cada Comunidad Autónoma, lo que permite a sus integrantes pactar libremente los términos de su convivencia. Asimismo, los procedimientos judiciales que se aplican en caso de ruptura también difieren: en el caso del matrimonio, se articula a través de un convenio regulador o mediante demanda judicial; por el contrario, en las parejas de hecho, cuando existen hijos menores, es necesario acudir a un procedimiento de medidas paterno-familiares para establecer el régimen aplicable. En ambos supuestos, será necesaria la aprobación judicial de los acuerdos alcanzados y, en caso de desacuerdo entre las partes, se procederá a un proceso contencioso.¹⁵⁶

Por tanto, en el caso de las parejas de hecho con hijos menores, los exconvivientes deben seguir dos vías procesales distintas para resolver las cuestiones personales y patrimoniales derivadas de su ruptura. Por un lado, es necesario iniciar un procedimiento de relaciones paterno-familiares para establecer las medidas relativas a los hijos menores, el cual se rige por las normas procesales previstas para los procedimientos matrimoniales en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con intervención del Ministerio Fiscal, de conformidad con los artículos 748.4, 770.6 y 777 de dicha ley. Por otro lado, si uno de los miembros de la pareja desea reclamar pretensiones económicas frente al otro, deberá acudir al proceso declarativo

¹⁵⁵ LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVERRÍA, RAMS ALBESA Y LACRUZ BERDEJO, cit., págs. 282 a 284.

¹⁵⁶ Redacción J. P. (2023, 5 de diciembre). “Matrimonio o pareja de hecho: una experta en leyes explica sus similitudes y diferencias.” El Español. Fecha de consulta: 13/06/2025. Recuperado de: https://www.elspanol.com/vivir/20231205/matrimonio-pareja-hecho-experta-leyes-explica-similitudes-diferencias/813668854_0.html

correspondiente, ya sea el ordinario o el verbal, según la cuantía y naturaleza del asunto. Además, una característica específica del sistema judicial español en esta materia, es que en la misma resolución judicial en que se acuerda, en su caso, la disolución del vínculo o la separación, se deben establecer también las medidas definitivas relativas a los hijos, el uso de la vivienda familiar, las cargas del matrimonio o convivencia, la liquidación del régimen económico y las garantías oportunas, conforme a lo dispuesto en el artículo 91 del Código Civil.¹⁵⁷

El artículo 770.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares en procedimientos que versan exclusivamente sobre guarda y custodia de menores o alimentos de hijos menores, aplicando por analogía los trámites establecidos para nulidad, separación y divorcio. Este precepto se aplica principalmente a hijos nacidos fuera del matrimonio o de uniones de hecho, excluyendo otras cuestiones como el régimen de visitas o el uso del domicilio, al no estar expresamente previstas. Aunque la literalidad del artículo parece impedir acumular guarda y alimentos en un mismo procedimiento, una interpretación funcional basada en el interés superior del menor permite su tramitación conjunta, dada su estrecha vinculación. En materia de recursos, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, amplía las posibilidades de impugnación respecto a lo previsto en la LEC, permitiendo el recurso extraordinario contra resoluciones que cumplan los requisitos exigidos. Asimismo, se refuerza la participación del menor en estos procedimientos, garantizando su derecho a ser oído, conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. El legislador busca con estas medidas agilizar la resolución de conflictos familiares, aunque ello implique una mayor exigencia de medios personales y materiales para los órganos judiciales.¹⁵⁸

La intervención del menor en los procedimientos judiciales de familia presenta ciertas incoherencias, ya que no se exige su presencia de manera uniforme ni se establecen claramente las garantías ni la forma de su intervención. Aunque el artículo 770.4 de la LEC establece que “se les oirá” a los menores, no especifica si esta audiencia debe realizarse siempre, incluso en caso de acuerdo entre los progenitores. El artículo 774

¹⁵⁷ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F. J. (2019). *Abordaje judicial de los litigios de familia (Método Avantia)*. Págs. 5 y 6.

¹⁵⁸ GARCÍA ABURUZA, M. P. (2009). *La protección a la familia desde los procesos matrimoniales. En La protección a la familia desde los procesos matrimoniales*. Thomson Reuters Aranzadi. Págs. 92 y 93.

regula la práctica de prueba en la vista para la adopción de medidas definitivas, pero no se exige necesariamente la presencia del menor si no hay conflicto. Asimismo, la valoración de sus manifestaciones debe hacerse como una prueba más, ponderada por el juez según las circunstancias concretas, teniendo siempre presente el principio del interés superior del menor, aunque este no siempre coincida con sus deseos. El Reglamento UE 2201/2003 remite a las normas nacionales, sin resolver estas lagunas, aunque sí establece principios como el de proximidad y diversas medidas de protección. Por su parte, la disposición final primera de la Ley 15/2005 añade un nuevo párrafo al artículo 770.4 LEC para reforzar las garantías de la audiencia del menor, asegurando que esta se realice en condiciones idóneas, sin interferencias y, en su caso, con el auxilio de especialistas, aunque esta “excepcionalidad” pueda volverse habitual en la práctica para asegurar su protección efectiva.¹⁵⁹

El Tribunal Constitucional ha reconocido la protección estatal de la familia, incluidas las parejas de hecho, señalando que la protección del Estado no debe excluir a las familias no matrimoniales, aunque no se exige que reciban un trato idéntico al del matrimonio si el legislador no lo dispone así expresamente. Así, se reconoce la legitimidad de la protección de estas uniones, pero no se les otorgan automáticamente derechos que sí se conceden a los matrimonios, especialmente en ámbitos con implicaciones públicas como las pensiones o la tributación conjunta. En definitiva, la pareja de hecho es una figura reconocida por el ordenamiento, que genera efectos jurídicos entre las partes o frente a terceros, pero su equiparación plena al matrimonio aún encuentra límites normativos.¹⁶⁰

Esto ha ido evolucionando con el tiempo, ampliando los derechos de las parejas de hecho. Por ejemplo, la reforma del artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social introducida por la Ley 21/2021, del 28 de diciembre, reconoce el derecho a pensión de viudedad a quienes estuvieran unidos al causante como pareja de hecho en el momento de su fallecimiento, siempre que no estuvieran casados ni mantuvieran otra pareja registrada, y pudieran acreditar una convivencia estable y notoria de al menos cinco años (o únicamente la inscripción en caso de existir hijos en común), formalizada al menos dos años antes del fallecimiento mediante inscripción en un registro oficial o

¹⁵⁹ GARCÍA ABURUZA, cit., págs. 93 y 94.

¹⁶⁰ MOLINOS RUBIO, cit., págs. 34 a 37.

mediante documento público. Si la pareja se hubiera disuelto antes del fallecimiento, el derecho solo se reconoce si el superviviente no ha contraído matrimonio ni ha constituido una nueva pareja de hecho, y además era beneficiario de una pensión compensatoria que se extingue con la muerte. Asimismo, también se contempla este derecho para las víctimas de violencia de género, aunque no perciban pensión compensatoria.¹⁶¹

Sin embargo, al menos hasta mediados de 2025, no se ha aprobado ninguna norma estatal adicional que complete la equiparación plena con el matrimonio. No obstante, algunos tribunales han comenzado a aplicar la normativa con una interpretación más amplia. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid reconoció la pensión de viudedad a una mujer no inscrita como pareja de hecho, pero con una hija en común, basándose en la nueva normativa y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹⁶²

En los casos en que existen hijos menores de edad, la necesidad de protección social se centra primordialmente en garantizar su adecuado desarrollo dentro del entorno familiar en el que han venido residiendo. Conforme a la denominada "teoría del apego", y dado que el menor aún no ha alcanzado la madurez necesaria y se encuentra en una etapa decisiva para la formación de su personalidad, resulta aconsejable, en aras de su interés superior, que tras la ruptura de la pareja, continúe con su vida en su entorno habitual. Dicha continuidad contribuye a preservar los vínculos sociales, escolares y afectivos ya consolidados. La doctrina mayoritaria justifica esta medida en la necesidad de evitar que los hijos sean desarraigados de su entorno habitual, entendido como un espacio esencial de afectos, intereses y rutinas de vida.¹⁶³

¹⁶¹ Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021. Art 221.

¹⁶² DE LAS HERAS, I. (2025, 25 de abril). "La justicia concede la pensión de viudedad a una mujer no registrada como pareja de hecho por tener una hija en común." El País.(Fecha de consulta:17/06/2025). <https://elpais.com/economia/mis-derechos/2025-04-25/la-justicia-concede-la-pension-de-viudedad-a-una-mujer-no-registrada-como-pareja-de-hecho-por-tener-una-hija-en-comun.html>

¹⁶³ GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: Régimen jurídico*. Editorial Reus. Págs. 76 y 77.

Al igual que ocurre en los supuestos de ruptura matrimonial, en los de disolución de parejas de hecho también prima el interés superior del menor como criterio rector y límite fundamental en la toma de decisiones. Este interés no debe entenderse desde una perspectiva adulta (es decir, lo que los progenitores consideran adecuado para el niño), sino desde una óptica centrada en el propio menor, en la protección de sus derechos. No obstante, identificar dicho interés resulta complejo o incluso imposible, debido a la pluralidad de necesidades personales, familiares y contextuales que pueden influir en cada situación. Conforme al artículo 2.4 de la LOPJM, en caso de conflicto entre los derechos del menor y los de sus progenitores, deben priorizarse las soluciones que respeten los intereses legítimos de todas las partes. Si esto no fuera viable, prevalecerá el interés del menor. Ahora bien, cuando colisionan derechos fundamentales de padres e hijos, la norma impone una ponderación equilibrada mediante el principio de proporcionalidad, de modo que cualquier restricción a los derechos parentales debe ser adecuada, necesaria y proporcionada a la protección del desarrollo integral del menor.¹⁶⁴

En este contexto, la protección del menor también actúa como límite al ejercicio de la autonomía privada de los progenitores, especialmente en lo relativo a la regulación de las relaciones paterno-familiares. La intervención de normas imperativas y del Ministerio Fiscal en los procedimientos de familia responde precisamente a este interés superior. Por ejemplo, en Cataluña, el artículo 236-3.2 del CC. CAT. permite al Ministerio Fiscal instar medidas judiciales para evitar perjuicios personales o patrimoniales a los hijos. Aunque los progenitores pueden alcanzar pactos sobre la guarda, régimen de visitas o alimentos, estos solo serán aprobados judicialmente (en el marco de un convenio regulador) si se ajustan al interés del menor (arts. 233-3.1 y 234-6.3 CC. CAT.), y fuera del convenio solo, serán eficaces si, en el momento de su ejecución, se verifica que no lo contradicen (arts. 233-5.3 y 234-6.3 CC. CAT.). Todo ello refleja una estructura legal diseñada casi en exclusiva para proteger al menor, restringiendo la libertad dispositiva de los progenitores cuando ésta pueda comprometer el bienestar y desarrollo de sus hijos.¹⁶⁵

¹⁶⁴ CASTELLS I MARQUÈS, M. (2018). *Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja*. Editorial Reus. Pág. 72.

¹⁶⁵ CASTELLS I MARQUÈS, cit., pág. 73.

Los hijos menores tienen derecho a ser informados y escuchados durante la negociación del pacto amistoso de separación. En particular, la participación activa de estos está respaldada legalmente para asegurar que sus voces sean consideradas en las decisiones que afectan su vida y bienestar. La importancia de esta participación se refuerza con datos estadísticos que evidencian que casi la mitad de los procesos de rupturas de parejas de hecho en España involucran hijos menores, reflejando la relevancia de atender sus derechos en estos procedimientos. La audiencia extrajudicial, como instrumento jurídico propuesto para facilitar esta participación, permite que los hijos sean escuchados de manera directa y en un entorno menos formal, contribuyendo a una resolución más respetuosa y adaptada a sus necesidades. En consecuencia, la regulación de este régimen jurídico no solo cumple una función protectora, sino que también promueve la integración efectiva de los menores en el proceso de reorganización familiar, siempre bajo la premisa de velar por su interés superior.¹⁶⁶

Concuerdo con esta idea siemore que se haga de forma adecuada a su edad, madurez y circunstancias personales, ya que lo considero una expresión concreta del respeto a la dignidad del menor como sujeto de derechos, y no como un simple objeto de protección.

Muchas veces en estos procesos, los hijos quedan invisibilizados, reducidos a un papel pasivo, cuando son precisamente ellos quienes van a vivir las consecuencias más intensas y duraderas de los acuerdos adoptados. Negarles el derecho a ser escuchados considero que es tanto una falta de sensibilidad como una contradicción con el interés superior del menor, que exige conocer su realidad emocional y su voluntad para poder tomar decisiones verdaderamente adaptadas a su bienestar.

Aunque no se haya iniciado aún un proceso judicial de ruptura de convivencia, el menor tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se adopte cualquier decisión que afecte a su vida personal o patrimonial (arts. 211-6.2 CC. CAT., 7.1 LDOIA y 9.1 LOPJM). Este derecho debe respetarse durante la negociación del pacto amistoso de separación, con independencia de la intervención de abogados o de si se está en un proceso de mediación. La LOPJM subraya que la mejor forma de proteger a los menores es promover su autonomía, permitiéndoles participar activamente en las

¹⁶⁶ CASTELLS I MARQUÈS, cit., págs. 186 y 187.

decisiones que les afectan. De este modo, dejan de ser víctimas pasivas del conflicto parental para convertirse en sujetos capaces de comprender y afrontar su nueva realidad.¹⁶⁷

Este principio es válido tanto en el ámbito matrimonial como en el de las parejas no casadas, donde el menor continúa siendo sujeto de derechos fundamentales. En los casos de ruptura de parejas de hecho, también es necesario regular cómo se ejercerá la potestad parental tras la separación, y los hijos deben ser escuchados, al menos a partir de los 12 años o antes si tienen suficiente juicio. Esta escucha no solo cumple una obligación jurídica, sino que aporta beneficios importantes. Aunque algunos menores pueden optar por no intervenir directamente, su opinión puede ser recogida por profesionales de confianza (mediadores, trabajadores sociales). Esto cobra especial importancia en contextos donde los progenitores son parte interesada, como ocurre con frecuencia en las separaciones de hecho, donde pueden surgir conflictos de interés en torno a la guarda y custodia.¹⁶⁸

En el contexto de las rupturas de parejas de hecho, al igual que en las matrimoniales, la protección del interés superior del menor impide otorgar efectos retroactivos a las estipulaciones que le afecten. Aunque dicho principio es condición necesaria para que las estipulaciones tengan eficacia (art. 233-5.3 CC. CAT.), lo cierto es que el negocio jurídico pactado por los progenitores puede haber producido efectos válidos hasta que se declare judicialmente su ineficacia. En particular, no se exige la restitución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos, ya que este deber se deriva directamente de la potestad parental (art. 236-17.1 CC. CAT.) y no se trata de una obligación contractual. Lo mismo ocurre con las decisiones sobre el modelo de guarda o el régimen de relaciones personales: estos acuerdos no generan obligaciones patrimoniales reversibles, sino que son medidas orientadas al bienestar del menor. Por tanto, los pactos sobre aspectos relativos a los hijos, aunque puedan ser ineficaces por contradecir su interés superior, no tendrán efectos retroactivos, preservándose lo actuado mientras haya respondido al objetivo de proteger al menor.¹⁶⁹

¹⁶⁷ CASTELLS I MARQUÈS, cit., págs. 188 a 190.

¹⁶⁸ CASTELLS I MARQUÈS, cit., págs. 190 a 192.

¹⁶⁹ CASTELLS I MARQUÈS, cit., págs. 239 y 240.

El objetivo último es salvaguardar el interés familiar, especialmente cuando cesa la convivencia conyugal y la familia se fragmenta. En estas situaciones, el uso de la vivienda puede atribuirse judicialmente al cónyuge custodio o al más necesitado, incluso cuando no sea titular del inmueble, para proteger los intereses de los hijos y garantizar su estabilidad. Esta solución jurídica, válida aún en ausencia de hijos, se basa en el principio de justicia entendido como dar a cada uno lo que le corresponde, adaptando el Derecho a las desigualdades reales para corregirlas. Por tanto, el mantenimiento del régimen especial de protección de la vivienda familiar frente al régimen general de propiedad se justifica por la necesidad de tutelar a quienes se encuentren en una posición más débil tras la ruptura. Todo ello responde a los valores constitucionales de igualdad y dignidad, sin que ello implique una publificación del Derecho civil, sino más bien su necesaria socialización para alcanzar un orden más justo.¹⁷⁰

Aunque parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio es una forma de cumplir “*in natura*” con la pensión de alimentos (dado que la vivienda forma parte de los conceptos cubiertos por dicha pensión), esta interpretación es limitada. La protección del menor no debe reducirse a una cuestión económica o de mera necesidad habitacional. El derecho de alimentos obliga a proporcionar recursos, no necesariamente bienes concretos, y esa necesidad podría satisfacerse con una pensión o mediante otra vivienda. Además, si se basara exclusivamente en dicho derecho, el uso del inmueble correspondería siempre al hijo, generando conflictos en caso de traslado. Por ello, el verdadero fundamento de esta atribución radica en el deber de los padres de velar por sus hijos menores (art. 154.1 CC), protegiendo su estabilidad emocional y su entorno vital. No obstante, dicha atribución sí puede influir en el cálculo de la pensión alimenticia, aunque no constituya su origen directo.¹⁷¹

Desde mi punto de vista, vincular de forma automática el uso de la vivienda familiar al derecho de alimentos supone una interpretación reduccionista, que desatiende la dimensión personal y emocional del interés del menor. Aunque es comprensible que parte de la doctrina y la jurisprudencia intenten encajar esta atribución dentro del marco

¹⁷⁰ GARCÍA MAYO, cit., págs. 62 a 65.

¹⁷¹ GARCÍA MAYO, cit., págs. 67 a 69.

económico de la pensión alimenticia, lo cierto es que el uso de la vivienda no responde únicamente a una necesidad material, sino a la obligación más amplia de garantizar al menor un entorno estable y emocionalmente seguro. Además, confundir esta atribución con un cumplimiento “*in natura*” del deber alimenticio puede llevar a soluciones rígidas, poco adaptables a supuestos como el traslado de domicilio o cambios relevantes en la situación familiar. El verdadero fundamento jurídico debe buscarse, más que en el derecho de alimentos, en el deber general de asistencia y protección derivado de la patria potestad, en especial cuando se trata de menores en situación de vulnerabilidad tras una ruptura. Ello no impide que la atribución influya en el cálculo de la pensión, pero sí exige distinguir claramente entre su finalidad principal (la protección del menor) y su eventual repercusión económica.

Durante la convivencia *more uxorio*¹⁷², aunque los convivientes gozan de una amplia autonomía para pactar sus relaciones personales y patrimoniales, el régimen jurídico relativo a los menores es de aplicación estricta e inderogable. Los pactos sobre los hijos están sometidos al riguroso respeto de lo dispuesto en los artículos 154 y siguientes del Código Civil, que establecen derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos, y que constituyen normas de *ius cogens*, por lo que no pueden ser modificadas ni vulneradas por acuerdos entre los convivientes. Esto implica que la protección del menor prevalece sobre cualquier pacto privado, asegurando su bienestar, alimentos, guarda, educación y demás derechos fundamentales. En contraste con la flexibilidad que existe en la regulación patrimonial y económica entre los convivientes, donde incluso se admiten analogías con regímenes como el de gananciales o el contrato de sociedad para resolver situaciones de ruptura, en materia de menores no hay posibilidad de negociación o renuncia a sus derechos. Además, la jurisprudencia y la legislación autonómica han ido reconociendo la realidad social de estas uniones y su incidencia en la vida de los hijos, subrayando la necesidad de garantizar su protección integral independientemente del estado civil de sus progenitores. Por tanto, en cualquier conflicto o ruptura, la prioridad absoluta será siempre la salvaguarda de los intereses y

¹⁷² Convivencia o unión de hecho en pareja estable análoga a la convivencia matrimonial.

derechos del menor, conforme a la ley y a los principios de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad de los niños.¹⁷³

En las relaciones de convivencia estable, la protección de los menores es prioritaria y prevalece sobre cualquier acuerdo entre los convivientes, conforme a las normas legales que garantizan sus derechos de guarda, educación y sustento. Aunque los convivientes pueden pactar libremente sobre aspectos patrimoniales, en materia de menores no es posible renunciar a los derechos que les amparan, asegurando siempre su bienestar y estabilidad ante una posible ruptura. Respecto a la vivienda común, los tribunales han reconocido que en relaciones duraderas y familiares se puede inferir un contrato implícito que protege al conviviente que no es propietario, garantizándole el derecho a seguir residiendo en el hogar tras la separación, impidiendo desalojos injustos y, en algunos casos, otorgando indemnizaciones por la venta unilateral o la pérdida por fallecimiento del otro conviviente. En caso de fallecimiento, si uno de los convivientes dependía económicamente del otro, puede reclamar compensación por la pérdida sufrida. Sin embargo, la pensión de viudedad se ha limitado tradicionalmente a los matrimonios, aunque recientes reformas legales permiten a los convivientes con una relación prolongada y condiciones económicas precarias acceder a este derecho. En definitiva, aunque la ley protege ciertos derechos patrimoniales y de vivienda de los convivientes, la prioridad absoluta es garantizar la protección y estabilidad de los menores involucrados en la convivencia.¹⁷⁴

¹⁷³ LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVERRÍA, RAMS ALBESA Y LACRUZ BERDEJO, cit., págs., págs. 290 a 293.

¹⁷⁴ LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ, SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVERRÍA, RAMS ALBESA Y LACRUZ BERDEJO, cit., págs. págs. 295 a 297.

9. CONCLUSIONES

La protección del menor en los casos de crisis matrimonial y ruptura de parejas de hecho constituye uno de los retos más complejos del derecho actual. A lo largo del presente trabajo se ha demostrado, en primer lugar, que el menor no puede ser considerado un simple objeto del procedimiento, sino un verdadero sujeto de derechos, cuyo bienestar debe prevalecer por encima de los intereses personales, afectivos o patrimoniales de los adultos implicados. El principio del interés superior del menor, reconocido tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional, no puede limitarse a una fórmula retórica: debe impregnar todas las decisiones judiciales, administrativas y parentales que afecten a los niños y niñas.

Segundo, garantizar este principio exige mucho más que la atribución formal de custodias, regímenes de visitas o pensiones de alimentos. Supone integrar, junto a la perspectiva jurídica, una mirada psicosocial que reconozca la diversidad de factores que inciden en el ajuste del menor tras la separación: su edad, madurez, personalidad, historia familiar, entorno social y el modelo de parentalidad ejercido. Proteger a los menores no es solo evitarles el daño, sino crear las condiciones necesarias para su desarrollo estable, afectivo y equilibrado.

En tercer lugar, se hace imprescindible promover una parentalidad responsable y cooperativa, donde ambos progenitores colaboren en beneficio de sus hijos, incluso tras el cese de la convivencia. Una familia separada puede seguir siendo una estructura estable y segura si se prioriza el bienestar emocional del menor y se minimiza su exposición al conflicto.

Como cuarta conclusión, considero que merece especial relevancia el derecho del menor a ser oído, tanto en sede judicial como en el diseño de los acuerdos parentales. Su participación activa, adaptada a su madurez y siempre voluntaria, no solo fortalece su autonomía y autoestima, sino que contribuye a alcanzar acuerdos más justos, duraderos y ajustados a su realidad. Escuchar a los menores, sin forzarlos ni instrumentalizarlos, es una forma de dignificar su posición y reforzar su protección. Además, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia más reciente, incorporar su voz desde el inicio del procedimiento reduce el impacto emocional de la posterior audiencia judicial,

incrementa la probabilidad de aprobación del pacto parental y favorece el cumplimiento del mismo.

En quinto lugar, la intervención de los poderes públicos, guiada por el interés superior del menor como principio de orden público, debe actuar como límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores, especialmente en contextos de alta conflictividad. Esta protección también se extiende a las rupturas de parejas de hecho, donde la ausencia de vínculo matrimonial no puede justificar un déficit de protección para los hijos comunes.

En definitiva, proteger a los menores en los procesos de ruptura familiar no es una opción, es una obligación jurídica, ética y social. Implica reconocer su voz, garantizar su estabilidad, preservar sus vínculos afectivos y evitar que las disputas adultas les arrebaten su derecho a una infancia segura.

Porque como dijo John F. Kennedy: “Los niños son el recurso más importante del mundo y la mejor esperanza para el futuro.”

10. LEGISLACIÓN

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

Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. Boletín Oficial del Estado (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889).

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

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial del Estado, núm. 313, 31 de diciembre de 1990.

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

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 7, 8 de enero de 2000.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado, núm. 163, 9 de julio de 2005.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, núm. 158, 3 de julio de 2015.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, núm. 175, 23 de julio de 2015.

Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. (2016). Responsabilidad parental y protección de los niños: Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección del menor. EUR-Lex.

Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Boletín Oficial del Estado, núm. 312, 29 de diciembre de 2021. Art. 221.

11. JURISPRUDENCIA

11.1. SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil) núm. 881/1993, de 5 de octubre. Consultada en vLex (vid. núm. 202895575).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 679/2013, de 20 de noviembre (ROJ: 2013/5713), ECLI: ES:TS:2013:5713.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 36/2016, de 4 de febrero (ROJ: 2016/188), ECLI: ES:TS:2016:188.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 51/2016, de 11 de febrero (ROJ: 2016/437), ECLI: ES:TS:2016:437.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 569/2016, de 28 de septiembre (ROJ: 2016/4281), ECLI: ES:TS:2016:4281.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 492/2018, de 14 de septiembre (ROJ: 2018/3154), ECLI: ES:TS:2018:3154.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 679/2013, de 20 de noviembre (ROJ: 2013/5713), ECLI: ES:TS:2013:5713.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 8347/2021, de 5 de agosto de 2021, ROJ: STS 2924/2021 (ECLI: ES:TS:2021:8347).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 319/2016, de 13 de mayo (RJ 2016/2133), ECLI: ES:TS:2016:2133.

11.2. SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 11/2008, de 21 de enero, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, recurso de amparo núm. 1140/2006 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2008, pp. 9386–9399).

STC 131/2021, de 31 de mayo, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, recurso de amparo núm. 4225/2019 (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2021, pp. 82571–82595).

11.3. SENTENCIAS AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP Valladolid 157/2022, de 6 de mayo, Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, recurso de apelación núm. 771/2021, (ROJ: SAP VA 717/2022; ECLI: ES:APVA:2022:717; Cendoj: 47186370012022100158).

SAP Barcelona 457/2023, de 13 de septiembre, dictada por la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, recurso de apelación núm. 129/2023 (ROJ: SAP B 9481/2023; ECLI: ES:APB:2023:9481; Cendoj: 08019370182023100427).

SAP León 1148/2024, de 2 de julio, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de León, recurso de apelación núm. 601/2023, ROJ: SAP LE 1148/2024, ECLI: ES:APLE:2024:1148.

12. BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio, Dykinson, Madrid, España, 2014.

ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “El régimen de visitas: el confín entre el interés superior del menor y el derecho a mantener relaciones paterno-filiales”. Cuaderno de Familia, nº 5, 2024.

ALCÓN YUSTAS, M. F., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de (Coords.). Los menores en el proceso judicial: La protección del menor frente al derecho a un juicio justo. Editorial Tecnos, 2011.

BOLAÑOS CARTUJO, J.I. “Conflictos familiares y ruptura matrimonial: Aspectos psicolegales”. Psicología jurídica de la familia. En Marrero Gómez, J.L., Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1998.

CALLEJO RODRIGUEZ, C. La modificación de los alimentos a los hijos. Editorial Reus, 2018.

CATALÁN FRÍAS, M.J. “La custodia compartida”. Revista derecho y criminología 2011.

CASTELLS i MARQUÈS, M. Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja. Editorial Reus, 2018.

CRESPO MORA, C. Las obligaciones familiares: la obligación de alimentos entre parientes. Manual de Derecho civil. Vol. V. Derecho de familia. Aranzadi LA LEY, 2023.

DELGADO SÁEZ, J., La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española, Editorial Reus, Madrid, 2020.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.). Comentarios al Código Civil. Lex Nova, 2010.

GARCÍA ABURUZA, M. P. La protección a la familia desde los procesos matrimoniales. En La protección a la familia desde los procesos matrimoniales. Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

GARCÍA MAYO, M. Vivienda familiar y crisis de pareja: Régimen jurídico. Editorial Reus, 2019.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., Guarda y custodia y régimen de visitas. 100 preguntas y respuestas, Editorial Sepin, Madrid, 2022.

GUTIÉRREZ GUITIÁN, A. M. Pactos prerruptura conyugal. Aranzadi, 2018.

HERRERO PEREZAGUA, J. F. La tutela cautelar del menor en el proceso civil. Cedecs, 1997.

IBÁÑEZ VALVERDE, V. “El laberinto de la Custodia Compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados”. Boletín del Derecho de Familia, año 4, núm. 40 y 41, 2004.

LASARTE, C., & DE PERALTA, J. C. Compendio de Derecho de Familia. Dykinson, 2022.

LÁZARO PALAU, C. M., & DURÁN RIVACOBA, R. (Pr.). La pensión alimenticia de los hijos: Supuestos de separación y divorcio. Thomson Reuters Aranzadi, 2008.

LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RAMS ALBESA, J., & LACRUZ BERDEJO, J. L. Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia. Dykinson, 2010.

MARTÍN SÁNCHEZ, A., El interés del menor, en Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar de LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (Coord.), Dykinson, 2002.

MARTÍNEZ CALVO, J., La guarda y custodia, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019.

MAYORGA MUÑOZ, C., VALENCIA GÁLVEZ, L., & ARRANZ MONTULL, M. (Eds.). Separación, divorcio y relaciones familiares: Un análisis multidisciplinario. Santiago de Chile. Ariadna Ediciones, 2023.

MOLINOS RUBIO, L. M. Régimen fiscal de la extinción de la pareja de hecho. Universidad de Zaragoza, 2006.

ORDÁS ALONSO, M., El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad, Editorial Bosch, Madrid, 2019.

PIZARRO MORENO, E., *La patria potestad sujeta al interés superior del menor, en El interés superior del menor. Claves jurisprudenciales de Eugenio Pizarro Moreno (Coord.)*, Editorial Reus, Madrid, 2020.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., & CASADO CASADO, B. (Dir.). *Manual de introducción al Derecho civil y Derecho de familia: Manual interactivo con contenidos online*. Atelier, 2024.

SANTOS MORÓN, M. J. *La crisis matrimonial (II). Manual de Derecho civil. Vol. V. Derecho de familia*. Aranzadi LA LEY, 2023.

TENA PIAZUELO, I. “La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda” (Doctrina y jurisprudencia), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

VENEGAS MEDINA, M., & BECERRIL RUIZ, D. (Coord.). *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres”, en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar* de Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga (Coord.), Dykinson, 2002.

13. WEBGRAFÍA

Conceptos Jurídicos. (s.f.). Patria potestad en el Código Civil en España. (Fecha de consulta: 06/05/2025). <https://www.conceptosjuridicos.com/patria-potestad/>

Conceptos Jurídicos. (s.f.). Patria potestad en el Código Civil en España. (Fecha de consulta: 08/05/2025). <https://www.conceptosjuridicos.com/patria-potestad/>

Conceptos Jurídicos. (s.f.). Pensión alimenticia. <https://www.conceptosjuridicos.com/pension-alimenticia/> (Fecha de consulta: 23/05/2025)

Nulidad matrimonial civil: requisitos, causas y efectos – Guía 2025. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/nulidad-matrimonial/>. (Fecha de consulta 06/03/2025)

Separación matrimonial: tipos, efectos y tramitación – Guía 2025. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/separacion/>. (Fecha de consulta 06/03/2025)

DE LAS HERAS, I. (2025, 25 de abril). La justicia concede la pensión de viudedad a una mujer no registrada como pareja de hecho por tener una hija en común. El País. (Fecha de consulta: 17/06/2025). <https://elpais.com/economia/mis-derechos/2025-04-25/la-justicia-concede-la-pension-de-viudedad-a-una-mujer-no-registrada-como-pareja-de-hecho-por-tener-una-hija-en-comun.html>

Editorial Jurídica Sepín. (2013). Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación. (Fecha de consulta: 04/05/2025). <https://blog.sepin.es/2013/04/audiencia-y-exploracion-del-menor-un-derecho-no-una-obligacion>

Editorial Jurídica Sepín. (2013). Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación. (Fecha de consulta: 04/05/2025). <https://blog.sepin.es/2013/04/audiencia-y-exploracion-del-menor-un-derecho-no-una-obligacion>

Instituto Andaluz de la Mujer. (s.f.). ¿Qué es la guarda y custodia de las hijas e hijos menores? Junta de Andalucía. (Fecha de consulta: 08/05/2025). <https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/2013-08-08-10-31-21/guia-juridica-sobre-violencia-de-genero-y-derechos-de-las-mujeres/que-es-la-guarda-y-custodia-delas-hijas-e-hijos-menores>

Instituto Andaluz de la Mujer. ¿A quién se le otorga la guardia y custodia de las hijas e hijos menores? Junta de Andalucía. (Fecha de consulta: 08/05/2025).
<https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/2013-08-08-10-31-21/guia-juridica-sobre-violencia-de-genero-y-derechos-de-las-mujeres/que-es-la-guarda-y-custodia-delas-hijas-e-hijos-menores>

Instituto Andaluz de la Mujer. Guía Jurídica sobre Violencia de Género y Derechos de las Mujeres. Junta de Andalucía. (Fecha de consulta: 14/05/2025).
<https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/2013-08-08-10-31-21/guia-juridica-sobre-violencia-de-genero-y-derechos-de-las-mujeres>

MARTÍNEZ GARCÍA, I. ENRIQUE SAINZ. En caso de divorcio no hay que separar a los hermanos. (18/04/2024). Encuentros Dykinson. (Fecha de consulta: 15/05/2025).
<https://encuentrosdykinson.com/espacio-abogacia/enrique-sainz-separar-a-los-hermanos-divorcio/>

MÚRTULA LAFUENTE, V. El régimen de estancia, relación y comunicación del progenitor no custodio con sus hijos. Págs. 174 a 220. <https://vlex.es/vid/regimen-estancia-relacion-comunicacion-679826509> (Fecha de consulta: 19/05/2025)

Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. (2016). Responsabilidad parental y protección de los niños (Convenio de La Haya). EUR-Lex. (Fecha de consulta: 01/03/2025)

Paloma Zabalgo. Convenio regulador. Diccionario Jurídico, Paloma Zabalgo (Fecha de consulta: 06/05/2025). <https://palomazabalgo.com/diccionario-juridico/convenio-regulador/>

PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F. J. (2019). Abordaje judicial de los litigios de familia (Método Avantia). Recuperado de: https://www.aeafa.es/files/noticias/2019_04_07_abordaje_judicial_de_los_litigios_defamilia_metodo_avantia.pdf. (Fecha de consulta: 10/06/2025)

Redacción J. P. (2023, 5 de diciembre). Matrimonio o pareja de hecho: una experta en leyes explica sus similitudes y diferencias. El Español. Fecha de consulta: 13/06/2025. https://www.elespanol.com/vivir/20231205/matrimonio-pareja-hecho-experta-leyes-explica-similitudes-diferencias/813668854_0.html

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2018, marzo 23). Los pactos de pre-ruptura conyugal. Almacén de Derecho. Fecha de consulta: 13/06/2025. <https://almacendedderecho.org/los-pactos-pre-ruptura-conyugal>

RODRÍGUEZ, V., ROMÁN, Y., & ESCORIAL, A. (2012). Infancia y Justicia: Una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España. Save the Children España. (Fecha de consulta: 23/06/2025). https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancia_y_justicia.pdf

Save the Children. (2012). Infancia y justicia, una cuestión de derechos. (Fecha de consulta: 04/05/2025). <https://www.savethechildren.es/publicaciones/infancia-y-justicia-una-cuestion-de-derechos>