



UNIVERSIDAD DE OVIEDO
MÁSTER DE LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

LOS MENORES TRAS LAS CRISIS MATRIMONIALES

Realizado por: Lucía Suárez García.

Tutora: Paula Cienfuegos García.

Cotutor: Julio Carbajo González.

Convocatoria: Enero 2016 (Primera).

Resumen:

Con este trabajo se pretende ofrecer una visión general de los efectos tanto personales como materiales en los hijos menores tras las situaciones de crisis matrimonial de sus padres. Para ello será necesario mostrar la inmensa variedad de modificaciones que el Derecho de Familia ha experimentado en los últimos años, consecuencia, de los avances que se han producido en nuestra sociedad. Haremos especial referencia al estudio del cuidado y atención de los hijos menores, comprendiendo una breve reseña de la patria potestad así como de la guarda y custodia o régimen de convivencia, visitas y comunicaciones de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. Estudiaremos la custodia compartida como fenómeno novedoso y reciente y, el desarrollo de las diferentes opiniones tanto jurisprudenciales como doctrinales.

Finalmente, se abordarán los efectos materiales en los menores, es decir, la problemática que supone la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y la obligación alimenticia. Todo ello teniendo presente en todo momento el interés superior del menor, *principio favor filii o favor minoris*.

Summary:

The aim of this work is to offer a general view of the personal and material effects of marital crisis on minors. It will be necessary to demonstrate the immense variety of modifications that the Family Law has gone through in the past years as a consequence of the advances in our society. We will especially be looking at the study of care and attention to minors. We will have a brief overview of the custody and guardianship, living arraignments, visits and any communication with either parents. We will study joint custody as a new and recent phenomenon and the development of the different laws and doctrines.

Finally we will look at the material effects on the minors. That is to say the problem that arises from the attribution of use and enjoyment of family living, and the maintenance obligation. At all times taking into account the wellbeing of the minor, principle of *favor filii or favor minoris*.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Introducción.....	3
1. Los menores tras las crisis matrimoniales.....	4
1.1. Cuestiones conceptuales básicas.....	4
1.2. Evolución histórico-social de la posición de los hijos tras la ruptura.....	6
1.3. Marco jurídico-legal.....	8
2. El interés superior del menor en las rupturas parentales.....	10
2.1. Concepto del interés superior del menor.....	10
2.2. Intervención del menor en procedimientos matrimoniales.....	13
3. Especial estudio del cuidado y atención de los hijos menores.....	16
3.1. Cuestión previa: La patria potestad.....	16
3.2. La atribución de la guarda y custodia.....	19
3.2.1. Aspectos generales de la guarda y custodia: El régimen de visitas y las comunicaciones.....	21
3.2.2. Breve referencia a la custodia compartida.....	23
4. Problemática en la atribución del uso de la vivienda familiar.....	27
5. Otras obligaciones de los progenitores para con los hijos: La pensión de alimentos.	31
Conclusiones.....	37
Bibliografía.....	41

LISTADO DE ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia
Art./Arts.	Artículo/Artículos
CCAA=	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil Español
CE	Constitución Española
Cit.	Cita
CNUDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
CP	Código Penal
EM	Exposición de Motivos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor
LRJV	Ley Reguladora de la Jurisdicción Voluntaria
Pág.	Página
Secc.	Sección
Ss.	Siguientes
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN:

El objeto principal de este trabajo versa sobre todo lo relativo a los efectos y consecuencias que se producen para los menores tras la ruptura matrimonial de sus padres. En este sentido, no podemos comenzar con el desarrollo de la problemática que supone, sin antes tomar en consideración su evolución histórico-legal, pues en las últimas décadas, en nuestra sociedad, las rupturas de pareja han sido un tema de gran actualidad. Con este trabajo se pretende estudiar la esfera jurídica y personal de los hijos menores tras el cese de la convivencia de sus padres. Evidentemente, ante un conflicto matrimonial se producen cambios en el seno de la familia por lo que es esencial que se siga proporcionando un clima de afecto y protección al menor. Sin embargo, en la mayoría de las situaciones se deja de garantizar y, con ello se van desmoronando los pilares y las funciones básicas de la familia. Es importante mantener la unión entre hijos y padres a pesar de disolverse la pareja, pero normalmente no es así y, se generan muchos problemas que, aún siendo íntimos y personales, terminan solucionándose en la vía judicial. Y es en este momento, donde los hijos son los más perjudicados, pues no sólo son personas especialmente vulnerables debido a su corta edad e inmadurez, sino que entran en juego aspectos jurídicos relevantes que les serán impuestos y que les condicionarán en todo su desarrollo emocional y afectivo.

Una vez analizado todo esto podremos abordar el estudio y las controversias que se suscitan en la realidad actual. Este planteamiento es el motivo por el que se ha optado por el estudio del tema elegido *“los menores tras las crisis matrimoniales”*. Especialmente importante es analizar cómo a lo largo de los tiempos ha ido evolucionando a grandes pasos todo lo que atañe a los procesos de familia y especialmente a los hijos menores de edad. Desde el punto de vista de esta investigación, el entorno familiar es determinante en la vida de los hijos y éstos, tras la ruptura, se verán inmersos en una situación para ellos desconocida y que normalmente les desborda.

Finalmente, cabe decir que para la elaboración, estudio e investigación de este tema se han tomado como referencia la diversidad de fuentes legislativas existentes, la jurisprudencia y la doctrina, en ocasiones enfrentadas, pero todas ellas partidarias de situar a los hijos menores como sujetos principales tras las crisis matrimoniales de sus padres.

1. LOS MENORES TRAS LAS CRISIS MATRIMONIALES.

Antes de comenzar con el desarrollo y el contenido propio del presente trabajo es necesario dar unas pautas y conceptos básicos, en principio referidas a qué entendemos por crisis matrimonial y menores. También es necesario ver cómo a lo largo de la historia, el estilo de vida ha ido cambiando y con ello el Derecho de Familia, cuestiones que probablemente años atrás nuestros antepasados ni se plantearían. Evidentemente, estos cambios generaron nuevas situaciones, lo cual supuso que la posición de los hijos se fuese reforzando poco a poco hasta llegar a nuestros días. Esto revela por sí sólo el gran interés en analizar la repercusión jurídica y social y más aún cuando en una ruptura de pareja existen hijos menores de edad. En estos casos, normalmente, el conflicto familiar unido al económico agrava notablemente la situación.

1.1. CUESTIONES CONCEPTUALES BÁSICAS.

Durante los últimos años, en España se ha producido un aumento significativo de las rupturas conyugales, y con ello el cambio en la concepción y visión de la familia y sus valores esenciales¹. Esto ha hecho que en nuestro Ordenamiento Jurídico el Derecho de Familia y especialmente el Derecho Matrimonial, sean una realidad de constante y creciente actualidad con un enfoque eminentemente protector en el interés de los hijos. Decía Groucho Marx que “*la principal causa de divorcio es el matrimonio*”.

En este sentido debemos diferenciar algo fundamental y es que, cuando se produce la ruptura de un matrimonio sin hijos, una vez disuelto su vínculo matrimonial y económico, los cónyuges serán independientes para el resto de sus vidas. Sin embargo, cuando se rompe un matrimonio con hijos, especialmente hijos menores, confluyen toda una serie de aspectos jurídicos, psicológicos, sociológicos y económicos. Ciertamente, cuando existen hijos es obvio que la filiación no desaparece y, los cónyuges seguirán teniendo un vínculo a través de éstos que deberá reorganizarse y adecuarse a las nuevas circunstancias, intentando lograr el mayor respecto para con los

¹ Según datos del Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es) la tasa de rupturas matrimoniales en los últimos años se ha ido elevando considerablemente en Europa y de forma destacada en España. En particular tras la entrada en vigor de la 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.

hijos². Y por supuesto sin menoscabar ni obviar los derechos y deberes de ninguno de los progenitores para con ellos. *Desgraciadamente, la realidad actual nos muestra lo contrario y ante estas situaciones se terminan olvidando las graves consecuencias para su futuro desarrollo personal, psicológico y afectivo, y a menudo con menoscabo al derecho del otro progenitor a continuar relacionándose y manteniendo una relación afectiva, lo más estable posible, con sus hijos*³.

Por ello, antes de comenzar con los principales efectos que se producen tras una ruptura y, que serán abordados en los siguientes capítulos, debemos centrar el presente tema: *“los menores tras las crisis matrimoniales”*. Es importante dejar claro que cuando hablamos de crisis matrimonial, *a grosso modo*, nos estamos refiriendo a las *situaciones de divorcio, separación, ruptura o crisis familiar tras contraer matrimonio*⁴, ya que todas ellas suponen un cambio en las relaciones de los miembros de la familia y especialmente, en los hijos menores de edad, cuyos intereses deben prevalecer⁵. Por tanto y, a pesar de producirse los mismos efectos de una ruptura en los hijos habidos de una unión de hecho, pues todos son iguales ante la ley, quedarían aquí excluidas por no ser el motivo del presente trabajo. Tampoco será objeto de esta investigación, por razones de espacio, la extensa problemática de la situación de los menores en las crisis matrimoniales cuando ha existido violencia de género.

Asimismo, debemos matizar que los sujetos sobre los cuales analizaremos los efectos de las crisis matrimoniales serán los hijos, pero sólo lo relativo a los hijos menores de edad, pues son realmente los más vulnerables. Y ello pese a que en la última reforma del art. 93 del CC por *“Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del CC”*, se han incluido a los hijos mayores de edad en las cuestiones relativas a los alimentos.

En este sentido cabe recordar que los menores no siempre fueron sujetos tenidos en cuenta por el Derecho, pero a día de hoy es una realidad ya superada, tienen

² GARCÍA GARNICA, M. A. *Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio. En Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*. Pamplona 2008. Pág.: 45.

³ GARCÍA GARNICA, M. A. *La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales*. Granada. Pág.: 2.

⁴ Así *“denominamos nulidad, separación o divorcio, según quede subsistente el vínculo: separación; se destruya el vínculo: divorcio; o no haya existido nunca: nulidad*: MONSERRAT QUINTANA, A. *La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de Julio*. Práctica de Tribunales, Nº 23, Sección Estudios, Enero 2006, Ed.: La Ley.

⁵ DOMINGO ELIA ROS, A. *Jornades de Foment de la Investigació. Situaciones específicas de alto riesgo en los menores tras la separación de sus padres*. Universitat Jaume. Pág.: 3.

capacidad jurídica⁶ aunque su capacidad de obrar es limitada en algunos aspectos en los que serán sus padres quienes actúen por y para ellos en defensa de sus intereses.

Así pues, la consideración conjunta de crisis matrimonial y familia unido a la minoría de edad de los hijos, nos llevan de manera inmediata a pensar en su especial protección y bienestar. Es aquí donde radica el objeto de este trabajo. A lo largo del mismo iremos desarrollando cada uno de los aspectos más relevantes centrándonos, principalmente, en todo lo que atañe a los hijos menores por estar éstos necesitados de una especial protección y, así lo refleja el art. 39 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-SOCIAL DE LA POSICIÓN DE LOS HIJOS TRAS LA RUPTURA.

La dinámica familiar y, en concreto la posición de los hijos, ha estado sometida históricamente a continuos procesos de cambio, sobre todo en los últimos años con la aparición de una pluralidad de modelos de funcionamiento familiar. CARBONIER aseguraba que el Derecho de Familia de finales del siglo XX estaba concentrado en su punto de atención en los menores, creía que se estaba convirtiendo en *paidocéntrico*, esto es, “*cuando el eje de la regulación del Derecho de Familia se desplaza hacia un colectivo débil, los niños*”⁷. Aunque en la actualidad el sujeto de especial protección en el seno de la familia es el hijo menor, no siempre fue así.

En los pueblos antiguos, los menores de edad se encontraban desprotegidos al no ser considerados sujetos de Derecho. En la Antigua Grecia eran considerados como cosa del Estado, pero con el Derecho Romano era el *paterfamilias* el único titular con poder íntegro sobre su propia familia: *manus sobre la mujer y patria potestad sobre los hijos, con un carácter absoluto y perpetuo* (sistema patriarcal)⁸ incluso hasta el poder de

⁶ La expresión “capacidad jurídica” hace referencia a la aptitud que todo individuo tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones, condición que se adquiere al mismo tiempo que se es persona. Alude por lo tanto a una situación potencial: todo ser humano por el simple hecho de serlo puede ser titular de derechos y obligaciones. Pero una cosa es tener aptitud para tener derechos y obligaciones, e incluso tenerlos de modo efectivo – es decir, ser titular de ellos-, y otra muy distinta es poder ejercitarlos, pues para ello será necesaria la capacidad de obrar (SERRANO ALONSO, E., *Introducción al Derecho Civil*. Madrid 2007. Ed.: Edisofer. Pág.: 177-178).

⁷ ROCA, E. *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*. Ed.: Cuadernos Civitas. Madrid. Primera edición 1999 - CARBONIER 1969. Pág.: 203.

⁸ PANIZO ORALLO, S., GARCÍA CANTERO, G., GIRALT TAMAYO HAYA, N. *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro matrimonial y la familia*. Ed.: CEU Ediciones. Madrid 2009. Pág.: 144.

decisión sobre su vida o su muerte. A pesar de ello, en Roma se llevó a cabo una labor educadora y protectora de la infancia⁹.

En la Península Ibérica, en los reinos cristianos, durante el periodo de la Reconquista, allá por el siglo XIII, se adopta otra perspectiva en relación con la infancia, se fue debilitando la autoridad del *pater* de forma correlativa a la equiparación de los derechos y obligaciones de los miembros de la familia. Se atribuye al monarca Fernando III El Santo, *la promulgación en 1241 del Fuero Juzgo o Liber Iudiciorum*¹⁰ *donde se ofrecía una visión más favorable a los menores*¹¹. Progresivamente la situación de los hijos menores va evolucionando hasta llegar a la época constitucional, donde se produce un gran desarrollo legislativo en el ámbito del Derecho de Familia que culmina con la publicación definitiva y entrada en vigor del Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se ordena la publicación del Código Civil.

Tras la guerra civil y la época de la transición, la Constitución Española de 1978 supuso grandes avances en la protección de la familia. Surgen leyes de reforma del Código Civil muy significativas, como la “*Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*”, con ella se introduce el divorcio con necesidad de previa separación y alegación de causa y, más recientemente, la “*Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*” (en adelante Ley 15/2005, de 8 de julio), la conocida como “*Ley de Plazos*”, que posibilitó el divorcio sin necesidad de separación previa y sin motivo causal alguno. Así, el Derecho de Familia y la situación de los hijos menores, continua evolucionando hasta llegar a nuestros días, no sólo en nuestro Derecho estatal común sino también en legislaciones autonómicas y forales (Aragón, Navarra, Cataluña y Valencia) donde siguen creándose nuevas figuras y sistemas de protección como la Custodia Compartida, la implantación de la Mediación Familiar y la creación del Coordinador Parental. Una vez más podemos ver cómo el legislador sigue dando importancia a la presencia de los menores y, buena prueba de ello es que las recientes modificaciones operadas, como la “*Ley 15/2015 de 2 de julio, reguladora de la Jurisdicción Voluntaria*”, mantienen la necesidad de

⁹ RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la constitución y en el derecho civil*. Ed.: Montecorvo, S.A. Madrid 1980. Págs.: 23 a 28.

¹⁰ HUETE MORILLO, L., MARINA DE ORTA, E., *La edad en la legislación*. Ed.: Dykinson Madrid 2001. Págs.: 12 y ss.

¹¹ RICO PÉREZ, F., Cit.:Pág.30.

intervención judicial en los casos de crisis matrimoniales donde existan hijos menores, mientras que en el resto de supuestos no es precisa la intervención del Juez pudiendo resolver el vínculo matrimonial ante Notario.

1.3. MARCO JURÍDICO-LEGAL.

Como hemos señalado anteriormente, la necesidad de proporcionar a los hijos menores tras la separación de sus padres una especial protección, ha ocasionado la aprobación de abundante normativa que abarca a todos los ámbitos de nuestro Ordenamiento Jurídico. Y por ello de la necesidad de proteger el interés superior del menor, se hacen eco tanto las normas estatales y autonómicas, como las europeas e internacionales que analizaremos separada y sucesivamente.

En primer lugar, a nivel internacional, es importante destacar la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CNUDN) como instrumento pionero protector de los menores y que, como bien señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) supone *“el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo”*.

En segundo lugar y, en cuanto al plano europeo, cabe señalar el *Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de dicha Custodia*, firmado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 y el *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (ratificado por el Estado español en el año 2010).

En tercer lugar en nuestro Derecho interno, debemos partir del texto normativo por excelencia en la materia, la Constitución Española de 1978. En particular, en su art. 39, como principio informador del Ordenamiento, dispone que *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y asimismo aseguran la protección integral de los hijos”*. Dicho artículo no sólo protege a la familia sino que garantiza a los hijos una serie de derechos inviolables, los derechos fundamentales. En desarrollo de este precepto cabe destacar como norma más específica en la materia la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) así como las modificaciones ulteriores a la misma, la Ley Orgánica 8/2015, de

22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, en cuanto a la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. De especial relevancia es igualmente la regulación contenida en el Capítulo IX, Título IV del Libro I del Código Civil, que lleva por rúbrica, *de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio* (arts. 90 a 101) y, su Título VII, del Libro I, *de las relaciones paterno-filiales*. Otras normas a tener en cuenta en materia serían la ‘*Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862*’ y la recentísima ‘*Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria*’ (en adelante LRJV). Cabe hacer especial mención a la propuesta de ‘*Anteproyecto de Ley Estatal sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras Medidas a adoptar tras la Ruptura de la Convivencia*’, que contiene modificaciones sustanciales en la materia y que actualmente continúa en tramitación.

Muestran igual preocupación por la protección de la persona y los derechos del menor las Comunidades Autónomas, al amparo de las competencias que reconoce el art. 149.1.8 CE y, *porque la protección de los menores es según la Constitución, una de las competencias que las Comunidades Autónomas podrán asumir (art. 148.1.20.^a «asistencia social»)* y *que han asumido prácticamente todas*¹². No obstante, han sido muy pocas las Comunidades que han regulado en profundidad la materia, entre ellas destacan Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia como las Comunidades con mayor legislación en este aspecto. En nuestra Comunidad Autónoma apenas existe regulación específica, que se limita a la ‘*Ley 1/1995 de 7 de febrero, de Protección del menor*’ y el ‘*Decreto 46/2000 de 1 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores*’ como normas más relevantes.

En último lugar, pero no menos importante, no podemos dejar de mencionar en el ámbito penal, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM), la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP) y, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, aplicables a los casos donde los progenitores incumplen los deberes y obligaciones básicas respecto de sus hijos.

¹² VELA SÁNCHEZ, A. J., *El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo*. Diario La Ley, Nº 8162, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2013. Ed.: La Ley. Págs.: 6 a 7.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS RUPTURAS PARENTALES:

2.1. CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Como consideraciones generales, las crisis conyugales son a menudo la fuente principal de los conflictos en el seno de la familia y los hijos menores las víctimas más débiles. De modo que, más allá de situaciones de marginalidad social o económica, las rupturas parentales constituyen, en las sociedades occidentales, una de las principales situaciones de riesgo para el interés del menor¹³. Por esta razón, no sólo la Ley trata de proteger a este colectivo especialmente vulnerable -los hijos menores-, sino que también los profesionales de la psicología llaman su atención acerca de un fenómeno que puede generar importantes trastornos en el desarrollo evolutivo de los hijos afectados, “*las interferencias parentales*”, también conocidas como “*síndrome de alienación parental*”. Esto es el “*fenómeno que tiene lugar cuando uno de los progenitores, o en ocasiones otros familiares, tratan de manipular al hijo en contra del otro progenitor*”¹⁴.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico y para evitar cualquier situación perjudicial en los niños, se han creado diversidad de leyes estatales e internacionales, fundamentalmente, para darles todo el amparo posible. De toda esa normativa reguladora podemos extraer un denominador común, el llamado “*interés superior del menor*”. Sin embargo, no está del todo claro cómo definirlo. Como señala ROCHA ESPÍNDOLA, “*la legislación no define el concepto de interés del menor, sino que se limita a dar una primera aproximación del mismo, configurándolo como un auténtico principio general del Derecho, inspirador de toda actuación, tanto a nivel público como privado que siga en relación con el menor y que, además, constituye un auténtico principio interpretativo de las normas cuando existen menores*”¹⁵. Vemos que aunque no exista una definición legal ni jurisprudencial exacta acerca de qué se entiende por interés del menor, se deberá tener muy presente a la hora de tomar cualquier decisión que pueda afectar a un menor. Lo que sí queda claro y es común opinión de doctrina y jurisprudencia, es que se trata de un *concepto jurídico indeterminado*. Y buscarle una definición concreta sería una tarea compleja, debemos entenderlo de una forma flexible

¹³ GARCÍA GARNICA, M. A. Cit.: Pág.: 4.

¹⁴ GARCÍA GARNICA, M.C., MORILLAS FERNÁNDEZ, M., *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. Primera Edición 2009. Pág.: 201 y ss.

¹⁵ ROCHA ESPÍNDOLA, M., *Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principio informadores*. (Tesis sin publicar). Valladolid 2013. Pág.: 427.

y dinámica para poder enmarcarlo en cada caso concreto¹⁶. Sólo así se puede garantizar eficazmente este principio. Hay quienes consideran que el hecho de ser un concepto general y abstracto supone un amplio abanico de posibilidades que permitirá al Juez, en cada caso concreto, determinar qué es lo mejor para el menor¹⁷.

Ante esta difícil labor, la doctrina también conecta este principio con los derechos fundamentales de la persona proclamados en la CE. La cuestión principal radica en que los hijos menores, por razón de su edad, son personas más vulnerables. Y como hemos desarrollado en apartados anteriores, los menores de edad tienen capacidad jurídica desde el momento de su nacimiento, son titulares de derechos fundamentales (art.29 CC), pero no tendrán plena capacidad de obrar hasta que alcancen la mayoría de edad. Como consecuencia, los menores no sólo gozarán de todos los derechos y libertades de cualquier persona, sino además, de unos derechos y una protección especial. Esta protección fundamental, hasta que los hijos no adquieran la mayoría de edad, como señala el art. 39 de la CE *"en los casos en los que legalmente proceda"* es tarea de los progenitores¹⁸. Éstos deben *"asegurar la efectividad de unos derechos fundamentales a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente, para reclamar su efectividad"*¹⁹.

En este sentido, es importante no sólo la tarea de protección que tienen encomendada los padres, sino también la actuación de los poderes públicos y los tribunales. Es relevante señalar que el menor tiene a su disposición una serie de autoridades encargadas de proteger su persona tales como el Defensor Judicial y el Ministerio Fiscal. Pero también debemos traer a colación una nueva figura de las Audiencias catalanas que se está aplicando experimentalmente, el denominado *"Coordinador Parental"* o *"Coordinador de Parentalidad"* cuya misión principal es acompañar, asistir e intentar resolver las diferencias entre los progenitores en la ejecución de acuerdos y sentencias. Por el momento solamente existe en la legislación catalana aunque sería deseable que su creación se extendiese en el resto del territorio nacional. Así, el interés superior del menor, es la premisa máxima a tener en cuenta por

¹⁶ En este sentido sostiene VARELA GARCÍA, C., que *"el interés superior del menor se configura como un concepto jurídico abstracto, indeterminado pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho. Es un concepto cambiante en relación con la persona y sus condiciones o situaciones, con las que mantiene una relación dialéctica, permitiendo el margen de la apreciación judicial"*. («Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto», Actualidad Civil, núm. 12, marzo de 1997, Tomo I. Pág.: 264).

¹⁷ VILLAR MORERA, B., *Tesis Doctoral Guarda y custodia compartida*. Enero 2014. Valencia. Pág.: 165.

¹⁸ VILLAR MORERA, B., Cit.: Pág.: 161.

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A. J., Cit. Pág.: 4 .

todas las instituciones, autoridades administrativas u órganos legislativos respecto de las medidas concernientes a la infancia.

El Tribunal Supremo se pronuncia en este aspecto y establece que, *“la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, pudiendo los jueces adoptar de oficio todas las medidas necesarias para la protección de dicho interés, considerando siempre las circunstancias personales del menor en cada caso”*²⁰. Por tanto, este principio es preferente y sitúa a los hijos en una posición privilegiada incluso respecto de sus progenitores. Así lo dispone el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de Abril de 2011, afirmando que *“la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”*²¹. Tal es la importancia del interés superior del menor que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, lo califica como *“el estatuto jurídico indisponible de los menores dentro del territorio nacional”*.

En definitiva, *el interés del menor es por excelencia, un concepto jurídico cambiante y modelable en el que confluyen no sólo datos técnicos, sino profundamente humanos y sociales*²² y, que se encuentra estrechamente relacionado con el orden público pues no sólo vincula a las partes de la relación de filiación sino a todos los poderes públicos y por supuesto a los tribunales.

También debemos destacar que estamos ante un concepto relativamente reciente, su primera aparición fue con la CNUDN²³. Pero, posteriormente siguió desarrollándose hasta llegar a la LOPJM (arts. 1, 2 y 11.2), ley destinada en exclusiva a la protección de los menores. Sin embargo, han sido otras leyes más recientes las que lo han desarrollado en profundidad (Ley 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Junto a estas

²⁰ Cuaderno jurídico Sepín nº105, 4º trimestre-2013. Al detalle: Jurisprudencia. *El interés superior del menor*. Madrid. Pág.: 51.

STS, sala primera, de lo civil, 28-9-2009, STS, sala primera, de lo civil, 11-11-2011.

²¹ GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J., *Custodia Compartida. Derechos de los hijos y de los padres*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. Primera edición 2015. Págs.: 148-149.

²² GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J., Cit.: Pág. 82.

²³ Según el artículo 3 de la CNUDN: *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen 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”*.

normas se han incorporado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios de la Observación general nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, dando una nueva redacción al art. 2 de la LOPJM y fijando así dicho principio. Esto supone una nueva dimensión del concepto jurídico indeterminado ‘*interés superior del menor*’, que será interpretada conforme a los criterios que la propia ley proclama. Se da al concepto un contenido triple: ‘*como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento*’,²⁴.

En palabras de PÉREZ CONESA: “*Se han indicado como criterios para la determinación concreta del interés del menor los siguientes: atender, en primer lugar, a las necesidades materiales vitales del menor al mismo tiempo que las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación; los deseos y opiniones del menor que sean compatibles con lo anterior y realmente suyos, y no inducidos de una voluntad ajena; el mantenimiento del estatus quo del menor; la edad, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación cultural del menor y de su entorno; los riesgos que la situación actual y posterior a la decisión en interés del menor puedan derivarle y las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor, a cuya mejora debe orientarse su bienestar actual y futuro*”. Todos estos criterios ayudarán al Juez a determinar qué es lo mejor para un menor en cada caso concreto.

Según ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “*la aplicación del principio del interés del menor reviste una mayor dificultad en los litigios entre sus padres*”²⁵. Así que “*el beneficio de los niños debe ser la principal motivación de las decisiones judiciales, el Juez deberá valorar y decidir teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en los progenitores y en los hijos y resolver siempre lo mejor para éstos*” (GONZÁLEZ VICENTE).

2.2. INTERVENCIÓN DEL MENOR EN PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES.

Llegados a este punto otro de los aspectos relevantes en los procesos de familia y que normalmente genera conflicto entre los padres, es la intervención o no de los hijos menores en los mismos. La pregunta principal es si deben los hijos menores intervenir

²⁴ GÓMEZ, A. M., *Contenido y novedades de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia*. Noticias Jurídicas. Redacción NJ/Menores de fecha 23/07/2015. Págs.: 2 a 3.

²⁵ GONZÁLEZ VICENTE, P., *Guarda y custodia de los hijos en Derecho de Familia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993. Pág.: 111.

en los procedimientos de crisis matrimonial y si le resultaría positivo o negativo. Entendemos que para tomar una decisión hay que estudiar cada caso concreto y, para ello es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, los gabinetes de Equipos Psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia y, principalmente los Jueces, que serán los encargados de hacer los estudios oportunos para finalmente determinar cuáles son las circunstancias más apropiadas para el mejor desarrollo del menor²⁶. Respecto al tema objeto de análisis, será necesario saber cómo queda salvaguardado este principio en los procesos de familia. Como hemos señalado, a quien verdaderamente le corresponde su determinación es al Juez, que deberá tener en cuenta las circunstancias personales de los progenitores y su relación con el menor, el tiempo de dedicación, la voluntad del propio menor, aunque no sería criterio vinculante (art. 92.2 del CC), su edad, salud o necesidades y el grado de madurez.

Debemos señalar que ya en el art.12 de la CNUDN se proclamaba el derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afectasen. Pero la nueva ley va más allá y dispone el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado, así como la participación en el proceso de profesionales expertos en su ayuda. Todo esto se produce a consecuencia de los cambios que nuestra sociedad ha experimentado durante los últimos años. El estatus social del niño ha cambiado y se ha dado un nuevo enfoque a la protección de los derechos de la infancia²⁷. Ahora se desarrolla de forma más detallada el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con las recomendaciones y criterios de los Convenios Internacionales ratificados por España. Así, *“se establece el derecho del menor 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; Se sustituye el término juicio por el de madurez, considerando, en todo caso, que los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos; Se establece que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente [...]”*²⁸. Según esto, los hijos pueden intervenir en aquellos procesos judiciales que les afecten. Pero es imprescindible

²⁶ VILLAR MORERA, B., Cit.: Pág.: 167.

²⁷ TEJEDOR HUERTA, M. A., *El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio. Anuario de Psicología Jurídica*. Vol. 22, 2012. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Artículo. Págs.: 67 a 75.

²⁸ GÓMEZ, A. M., Cit.: Pág.: 2 a 3.

determinar si procede o no el ejercicio de dicho derecho o, dicho en otras palabras, si ese ejercicio va a ser un beneficio o un perjuicio para el interés del menor.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 29 de junio de 2009 establece que *“sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC) ”*. Es al Juez a quien corresponde ponderar en cada caso concreto todas las circunstancias concurrentes y decidir sobre su necesidad, debe buscar el interés que, a veces pero no siempre coincidirá con la voluntad del menor. Para determinarlo debe seguir una serie de criterios tales como la edad y el grado de madurez, pero también puede contar con el auxilio de personal especializado, es decir, el equipo técnico judicial. Dicho esto, su primer criterio de referencia suele ser la edad, considerándose, por lo general, que los niños de entre los dos y siete años presentan bastantes limitaciones. Desde esa edad y hasta los diez u once años comienzan a desarrollar de una forma más clara sus aspectos cognitivos. Y es a partir de los doce o trece años cuando su testimonio se asemeja, progresivamente, al de un adulto²⁹.

Otro de los criterios, aunque más difícil de determinar, es el grado de madurez. En este sentido el juez debe prestar especial atención ya que en ocasiones el menor está influenciado o manipulado por alguno de sus progenitores y, en esos casos no se le estaría dando la correcta protección. Esto podría suponer incluso hacer caso omiso de su voluntad, pues estaría viciada o mediatizada por la actitud negativa de un progenitor respecto de otro (SAP Málaga, Melilla, Secc. 7.ª, 38/2008, de 30 de junio)³⁰. En todo caso, debemos tener en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, en concreto en el fallo de la Sentencia 413/2014 de 20 octubre de 2014 *“Procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida de 27 de marzo de 2013 de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Orense, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad”*. Es decir, *“la consecuencia de la omisión de la audiencia a los hijos menores puede dar lugar a la nulidad de actuaciones”* (STS de 14 de mayo de 1987 y 30 de abril de 1991).

²⁹ SERRANO MOLINA, A., *La prueba a consulta*. Diario La Ley, Nº 7494, Sección Práctica Forense, 22 Oct. 2010, Ed.: La Ley. Pág.: 2 a 3.

³⁰ MORENO, V., *La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva*. Diario La Ley, Nº7378, Sección Tribuna, Abril 2010, Ed.: La Ley. Pág.: 10.

Por último, señalar otras múltiples manifestaciones del interés del menor recogidos en la CNUDN en cuanto al respeto en la relación entre progenitores e hijos: derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (art. 7), derecho de los niños a preservar las relaciones familiares sin injerencias ilícitas (art. 8), derecho del niño a no ser separado de sus padres, salvo causa justificada (art.9), derecho de los niños a ser oídos y expresar su opinión antes de que se tome una decisión que les afecte en esta materia (art. 12), y obligaciones de crianza y desarrollo de los hijos (art.18).

3. ESPECIAL ESTUDIO DEL CUIDADO Y ATENCIÓN DE LOS HIJOS MENORES.

Es sabido que tras la ruptura de la pareja, matrimonial o no matrimonial, deben tomarse una serie de medidas que adapten la relación familiar a la nueva situación de cese de convivencia³¹. Principalmente cuando existen hijos menores, será necesario decidir cómo ha de ser el régimen de convivencia y las relaciones con los progenitores, y garantizar el cumplimiento de las responsabilidades y obligaciones de cuidado y atención de los hijos. En nuestro Derecho Civil, cuando hablamos del cuidado y atención del menor nos estamos refiriendo a uno de los aspectos concretos del ejercicio de la patria potestad, esto es, la guarda y custodia. Aunque la diferencia existente en nuestro Ordenamiento Jurídico (arts. 90 y ss. CC) es que la guarda y custodia es una parte integrante de la patria potestad, en la mayoría de las ocasiones son términos que suelen confundirse. Por tanto, en este capítulo comenzaremos con una breve reseña de la patria potestad para así poder continuar con el estudio posterior de la guarda y custodia.

3.1. CUESTIÓN PREVIA: LA PATRIA POTESTAD.

Cuando un matrimonio se rompe ambos cónyuges deben seguir participando en todo lo relacionado con el cuidado, educación y formación integral de los hijos³². Esto es lo que se conoce como *patria potestad*, término clásico herencia del Derecho Romano (*patria potestas*) y utilizado por nuestro CC y, a su vez, el más contestado para

³¹GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J., Cit.: Pág. 91.

³² Art. 39.3º de la CE proclama que "*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*". Ello supone una "*asistencia de todo orden durante la minoría de edad de los hijos, con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial*" (STC de 18 de marzo de 1998 y Sentencia de 24 de abril de 2000).

que se modifique³³. A este respecto es importante matizar qué se entiende por *patria potestad* ya que, como decíamos, se confunde con los términos guarda y custodia. Así el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 8 de abril de 1975, señala que la patria potestad “*es el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor*”. Para DIEZ PICAZO Y GULLÓN³⁴ “*la patria potestad es un efecto propio de toda relación paterno o materno-filial, por lo que corresponde ex lege al progenitor cuya determinación legal de la filiación se ha producido, sin que éste necesite pedir lo que es un efecto legal y automático. Por excepción, no existe patria potestad en aquellos casos en que los progenitores han sido excluidos o privados a posteriori de la misma*”.

En suma, es una función al servicio de los hijos cuyo hecho determinante es la propia relación de filiación (arts. 108, 109 y 110 CC) y los sujetos implicados son los hijos menores no emancipados y ambos progenitores. Sin perjuicio de que, en determinados casos, la ley pueda privarles e incluso excluirles de su titularidad, siempre y cuando sea por hechos calificados de especial gravedad o trascendencia y se presuma que su atribución pueda ser perjudicial para los hijos menores de edad³⁵. En todo caso, hay que recordar que los arts. 65 y 66 de la “*Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”, han reforzado la protección especial de las víctimas para erradicar no sólo la violencia de género sino también la violencia sobre los menores. Así prevén la posibilidad de suspensión de la patria potestad o la

³³ GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J., Cit.: Pág.: 25.

³⁴ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Editorial Tecnos, Madrid, 1997. Pág.: 289.

³⁵ No podemos confundir las **causas de extinción** con las **causas de privación** de la patria potestad. A las primeras se refiere el art. 169 del CC y son: la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, la emancipación y la adopción del hijo (admiten prórroga en determinados casos). Y en cuanto a las segundas, se establecen en el art. 111 y 170 del mismo texto legal, a cuyo tenor “*los progenitores podrán ser privados 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*”. Sin perjuicio de la posible recuperación posterior.

Para la exclusión de la titularidad caben dos vías: civil y penal. El Código Penal tipifica en su Título XII los “*Delitos contra las relaciones familiares*” suponiendo así la propia privación de la patria potestad. Todo ello teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Artículo 110: *El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.*

custodia de menores y, la suspensión del régimen de visitas, estancias, relaciones o comunicaciones del inculcado con los menores por violencia de género (art. 544 quinquies de la LECRIM introducido por el apartado catorce de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

Por ello y, en relación a esto, es conveniente señalar que la **titularidad** de la patria potestad se tiene por el hecho de ser padre o madre y sólo puede ser privada por razones de extrema gravedad como comentábamos anteriormente (art. 170 del CC)³⁶.

Por su parte el **ejercicio** de la patria potestad suele realizarse conjuntamente por ambos progenitores o incluso por uno solo con el consentimiento del otro, así como en el caso de desacuerdo, *“cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre (art.156 del CC) ”*. Según ALBALADEJO³⁷ *“teniendo en cuenta que el ejercicio de la patria potestad corresponde a los dos padres pero siempre van a actuar en todo a la vez, ni van a tener en todo la misma opinión, el tema principal del ejercicio de la patria potestad esta en señalar qué puede hacer cada padre, qué necesita de los dos, cómo llegar a una decisión en caso de desacuerdo, y en qué casos el ejercicio pasa entero o en parte a uno solo de los padres o se divide entre ambos”*. En definitiva y, como reitera el Tribunal Supremo en la Sentencia 43/2012 de 10 de febrero *“La patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor”*.

En definitiva, es necesario determinar cuál es el **contenido** del ejercicio de la patria potestad o, lo que es lo mismo, qué decisiones deben tomar los cónyuges de común acuerdo o el juez en caso de desacuerdo. Pues bien, el art. 154 del CC señala que *“la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, 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. ° *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

2. ° *Representarlos y administrar sus bienes”*.

Asimismo dispone tal precepto que *“si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”*.

³⁶ MORENO VELASCO, V., *Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad*. Diario La Ley, Nº 7267, Sección Tribuna, 22 Oct. 2009, Año XXX, Ref. D-328, Ed.: La Ley. Pág.: 1.

³⁷ ALBALADEJO, M. *Curso de derecho civil IV, derecho de familia*. Ed.: Edisofer. Madrid 2006. Pág.: 288.

En resumen, podemos definir el contenido de la patria potestad como el conjunto de deberes, facultades y responsabilidades que alcanzan a todos los ámbitos que atañen al menor de edad como persona en formación. No obstante, todo ello debe coexistir con los poderes y derechos, deberes y responsabilidades del menor, que actúan como límites del ejercicio y de su interpretación³⁸. Respecto a esto, LASARTE³⁹ pone de manifiesto que *“la vida familiar exige atender la opinión de los hijos menores, siempre y cuando tengan suficiente juicio para expresarla, sin que ello signifique que el parecer del menor deba considerarse pertinente, ni tampoco que los hijos puedan desobedecer las decisiones paternas”*.

3.2. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

En el momento en el que se produce la interrupción de la convivencia entre los progenitores, desaparece el ámbito en el que normalmente debería cumplirse la guarda y custodia, pero esto no supone que aquéllos queden eximidos de sus obligaciones para con los hijos, sino que será preciso, atendiendo siempre al beneficio e interés del menor, decidir sobre su atribución y determinar cuál es el régimen de guarda más idóneo para cada caso concreto⁴⁰. Como bien sostiene GARCÍA PASTOR *“la causa del nacimiento de la institución de la guarda es la ausencia de convivencia entre los progenitores que hace imposible que ambos vivan con el niño”*⁴¹. Por su parte, CAMPO IZQUIERDO la define *“como un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad”*⁴². Por ello, la atribución de la guarda y custodia de los hijos es uno de los aspectos más problemáticos, pero a la vez fundamentales dentro de las facultades y deberes que proclama el art. 154.1 del CC al hablar de las relaciones paterno-filiales (SAP Castellón de 8 de febrero de 2006). Hay que tener muy presente que, si bien la guarda y custodia se le atribuye a uno de los

³⁸ Guía Jurídica: La Patria Potestad. Ed.: Wolters Kluwer La Ley. Pág.: 7.

³⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI, Derecho de Familia*. Ed.: Marcial Pons. Madrid 2002. Pág.: 372.

⁴⁰ Cuaderno jurídico Sepín familia y sucesiones. *Al detalle jurisprudencia*: Nº 89, enero-febrero. Madrid 2010. Pág.: 55.

⁴¹ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Ed.: McGraw-Hill. Madrid 1997. Pág.: 74.

⁴² CAMPO IZQUIERDO, A. L., *Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del ministerio fiscal?* Diario la ley, 29 de junio de 2009, año XXX, número 7260, sección tribuna, ed.: La Ley. Pág.: 1.

progenitores (o a ambos), la patria potestad se ejerce de manera conjunta y habrá decisiones que hayan de tomar los cónyuges conjuntamente en lo relativo a la salud, educación y administración de los bienes del menor, por ejemplo⁴³.

Planteado lo anterior, es importante determinar, en la medida de lo posible, qué modalidad de custodia es la más idónea para el menor. Para ello el juez deberá ponderar qué es lo más adecuado para el mejor desarrollo integral de los hijos atendiendo a las circunstancias específicas de cada familia. Esto incluye procurar no separar a los hermanos (art. 92.5 del CC). *Sin duda esta previsión legal encierra la intención del legislador de apartar, en la mayor medida, a los hijos de la crisis que únicamente debe afectar a sus progenitores, preservándoles de cualquier circunstancia que pudiera perjudicar su desarrollo integral como sería la vulneración del derecho de los hermanos a relacionarse entre sí que deberá quedar oportunamente garantizado aunque se llegara a acordar la separación de los mismos*⁴⁴.

En este sentido, debemos reseñar la Sentencia de 24 de marzo de 2009 y el AJPI Número Ocho de Gijón 512/2010, de 22 de junio (Fundamento Segundo) donde expresan y resumen la posición de un sector de la doctrina respecto de algunos de los criterios a tener en cuenta en la guarda y custodia. Así señala el tribunal que: ‘*a) Ante una crisis matrimonial o de pareja, que conlleve el cese de la convivencia, lo que se rompe es la pareja y no las relaciones parentales de los hijos con cada uno de sus progenitores. Por tanto, ese cese de la convivencia, debe llevarse a cabo de forma que afecte lo menos posible a ese derecho y necesidad de los hijos de estar y relacionarse con cada uno de sus progenitores, y las familias extensas. b) La Convención de Derechos del Niño, en su art. 3, dice que el principio rector de cualquier medida que influya en el niño/a es el interés superior del menor; en su art. 9 se consagra el derecho de todo niño/a a tener contacto y relacionarse con ambos progenitores y en el art. 12 el derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea valorada y tomada en cuenta a la hora de adoptar una medida que le pueda afectar [...]’*’.

Por último, debemos distinguir diversas modalidades de atribución de la guarda y custodia. Así ésta puede ser atribuida en exclusiva a la madre o al padre, compartida por ambos, otorgada a los abuelos, a terceros e incluso una guarda administrativa donde

⁴³ FÁBREGA RUIZ, C.F., *Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad*. Diario la ley nº7443, sección doctrina, 12 de julio de 2010. Ed.: La Ley. Pág.: 8.

⁴⁴ COSSÍO MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, 1997. Pág.: 21.

es la propia Entidad Pública quien la ostenta⁴⁵. Normalmente, el sistema más aplicado venía siendo el de la custodia individual o exclusiva, donde la guarda de los hijos se atribuye en la mayor parte del tiempo a uno de los progenitores, originándose para el no custodio un régimen de relaciones personales, comunicaciones, estancias o visitas, que se concretan en períodos más breves de tiempo y, que desarrollaremos a continuación. Es de destacar que tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, poco a poco se va implantando en nuestra sociedad, la atribución de la guarda y custodia compartida, fenómeno que será estudiado más adelante.

3.2.1. ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA: EL RÉGIMEN DE VISITAS Y LAS COMUNICACIONES.

Al principio de este trabajo, señalábamos que desde el punto de vista del hijo menor, el objetivo es que la crisis matrimonial de sus padres no suponga la ruptura o el distanciamiento de las relaciones familiares⁴⁶. Una de las consecuencias más comunes es que, en ocasiones, sólo uno de los progenitores, va a tener la guarda y custodia del hijo, es decir, va a tener consigo al menor, generándose un derecho del otro progenitor -el no custodio- a visitarle, a comunicarse, tenerle en su compañía⁴⁷. Así como para el caso de que ambos progenitores ostenten la guarda y custodia compartida. Para ello la Ley establece un régimen de relaciones que comprenden: las comunicaciones, ya sea vía telefónica, telemática o postal, las visitas "*strictu sensu*" (una serie de horas al día en el lugar que se señale, en su caso) y el régimen de estancias (referido a la posibilidad de que el progenitor no custodio podrá tener a los hijos consigo más de un día con pernocta, de tal manera que los hijos van a vivir con él, algunos fines de semana o periodos vacacionales)⁴⁸. Y precisamente se regula en el art. 94 del CC donde dispone que "*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*", así como en el art. 160 del mismo texto legal que dispone "*Los progenitores, aunque no ejerzan la*

⁴⁵ Modalidad ésta última que actualmente, desde la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ofrece una mínima aunque básica regulación legal. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*. Actualidad civil nº15, sección a fondo, quincena del 1 al 15 sep. 2007. Pág.: 1738, tomo 2. Ed.: La Ley.

⁴⁶ GARCÍA GARNICA, M.C., MORILLAS FERNÁNDEZ, M., Cit.: Pág.: 201 y ss.

⁴⁷ ROMERO COLOMA, A. M., *Los incumplimientos del régimen de visitas y su problemática jurídica*. Diario La Ley, Nº 8267, Sección Doctrina, 10 de Marzo de 2014, Año XXXV, Ref. D-77, Ed.: La Ley. Pág.: 1.

⁴⁸ Guía Jurídica. Derecho de Visita. Ed.: Wolters Kluwer La Ley. Pág.: 1 a 2.

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".

Con lo expuesto podemos observar que existe un derecho y deber de visitas reconocido a favor del progenitor que no tenga en su compañía a los hijos menores. Pero es importante señalar que no estamos ante un derecho propio y específico del progenitor sino que se configura “*como un complejo derecho-deber de contenido afectivo dirigido no tanto a satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que su determinación resulte beneficiosa para el menor subordinando su interés a todo lo demás*”⁴⁹. De nuevo podemos ver que rige en todo momento el interés superior del menor. Así, será el Juez quien determinará “*el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*” (art.94 del CC).

Por otro lado, la Ley contempla este derecho respecto de otros parientes o familiares, como por ejemplo los abuelos (art. 160 del CC). Según señala la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que modifica los referidos y otros preceptos del Código Civil, “*los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia [...]*” y ello es así porque “*los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor, pues disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo [...]*”. En relación a esto es numerosa la jurisprudencia que se pronuncia sobre la materia. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de julio de 2009 establece que “*la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora*”; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 dispone que “*los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el CC del que solo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud*”.

⁴⁹ Guía Jurídica. Cit. Pág.: 1.

En definitiva, podemos ver el papel fundamental que toman los abuelos en las relaciones de los hijos menores tras una crisis matrimonial, incluso los tribunales entienden que la concesión del régimen de visitas entre abuelos y nietos no puede verse perjudicada por las disputas entre los padres y los propios parientes. Así lo señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Secc. 1ª, de 19 de mayo de 2011, “*la mera constatación de una situación de enfrentamiento entre los miembros del grupo familiar –en particular entre el titular o titulares de la patria potestad y los abuelos que reclaman las visitas-, no puede operar como causa bastante para suprimir el contacto de los menores con sus abuelos*”. Todo ello sin perjuicio de que en determinadas situaciones sea totalmente incompatible establecer dicho régimen, como por ejemplo la nula relación de la abuela con los padres de los menores (SAP Valencia, Secc. 10ª, de 3 de junio de 2008). Todo lo relativo a los abuelos en principio como enriquecedor y beneficioso con el menor puede referirse también a otros parientes como tíos y sobrinos.

Tampoco podemos dejar de hacer mención a lo que la doctrina viene elaborando y denominando como “*Familia Extensa*”, concepto que incorpora toda una serie de relaciones con terceros o allegados con especial trato, como los padrinos, nuevas parejas de progenitores y sus hijos, así como los respectivos tíos y abuelos de éstos, etc. También habría que determinar en cada caso, si procede algún tipo de visita con éstos. Así, debemos traer a colación la definición que nos ofrece el Diccionario de la RAE acerca del término “allegado” como “*dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza*”.

3.2.2. BREVE REFERENCIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA.

No es hasta la reforma operada en nuestro Código Civil (art. 92) y la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, cuando se empieza a hablar y tratar con cierta propiedad sobre la guarda y custodia compartida tras la separación o divorcio de los progenitores⁵⁰. Ello encuentra su razón de ser en el principio del *favor filii* y el fomento de la corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales. Este nuevo fenómeno se contrapone al modelo tradicional de custodia exclusiva lo cual supone que los periodos de tiempo que los hijos menores permanecen en la compañía de cada uno de sus progenitores serán similares, aunque no tendrán por qué ser exactos o

⁵⁰ PÉREZ GALVAN, M., *Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida*. Diario la ley, nº7206, sección tribuna, 29 de junio de 2009. Ed.: La Ley.

idénticos⁵¹. Así, con la regulación del CC anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio, no se contemplaba expresamente la atribución de la guarda y custodia compartida, sin embargo, no se descartaba la posibilidad de que los progenitores la pactaran en convenio regulador. Pero por aquellos años no era frecuente la adopción de una custodia compartida como régimen. Es la Ley 15/2005, de 8 de julio, la que por primera vez, habla de custodia compartida expresamente y, además de contemplar su adopción de mutuo acuerdo, prevé como supuesto excepcional el que el juez pueda adoptarla a instancia de una sola de las partes, previo informe del Ministerio Fiscal, cuando se trate de proteger adecuadamente el interés superior del menor. Así lo dispone el art. 92 del CC: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”*.

Como decíamos, la norma va más allá y establece en su apartado 8 que *“excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con **informe favorable** del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. Lo cual por primera vez, faculta al juzgador a adoptar este régimen cuando sea sólo una de las partes quien lo solicite y siempre que se cuente con el informe preceptivo del Ministerio Fiscal.

La necesidad de que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable fue una cuestión objeto de controversia finalmente resuelta por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, que declaró nulo el inciso *“favorable”* del informe del Ministerio Fiscal. Así lo señala la misma al disponer que *“se trata de una facultad exorbitante, que interfiere, desde el poder ejecutivo, en la función primordial del poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atenta contra su*

⁵¹ GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J. Cit.: Pág.: 92.

independencia, ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público”.

Algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales consideran que *“la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable. La calificación de “deseable”, que se asemeja a la de preferente, se justifica porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”* (STS 257/2013 de 29 de abril de 2013 apartado tercero de su fallo).

Pero todavía debemos seguir concretando aun más esta nueva modalidad de atribución de custodia. La Audiencia Provincial de León, en la Sentencia de 22 de febrero de 2008 nos define la custodia compartida como *“aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos”*. Continúa diciendo que *“es evidente que en ella existe un reconocimiento equitativo de la idéntica capacidad de ambos padres para la atención y cuidado de aquéllos”*. Este modelo de custodia puede ser establecido de diversas formas, como por ejemplo que sea el menor el que se traslade del domicilio de uno de sus progenitores al domicilio del otro cuando le corresponda convivir con cada uno, o bien puede acordarse que los menores permanezcan en el domicilio familiar y sean los progenitores los que se trasladen al mismo. Sin embargo, esta última opción no es la más correcta en la práctica pues tanto a nivel organizativo como económico es realmente compleja. Requiere una excelente predisposición de los progenitores en el uso alternado de la vivienda, que normalmente no es habitual. Al respecto, CAMPUZANO TOMÉ considera que *“no sería correcto determinar en todo caso dónde residirá el hijo, ni si serán los progenitores quienes cambiarán de domicilio, pues de lo que se trata es de conseguir un marco amplio y flexible para dar cavidad en él a todas las posibles opciones de custodia adaptadas al caso concreto”*⁵². Para adoptar alguna de las modalidades de custodia compartida es necesario valorar diversos factores. Ya en las *“Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y VI Jornada Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, en noviembre de 2008”*, se establecieron como presupuestos relevantes los siguientes: el alto nivel de comunicación entre los progenitores, un nivel tolerable de conflicto entre

⁵²CAMPUZANO TOMÉ, H., La Custodia Compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales, revista Aranzadi civil-mercantil nº22/2004, ed.: Aranzadi Pamplona 2005.

los mismos, la existencia de estilos educativos homogéneos, la concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores así como una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos. Otras cuestiones a tener en cuenta podrían ser la disponibilidad o el horario laboral y escolar así como los recursos económicos llegando a la conclusión en todo momento de prevalecer el interés del menor especialmente en los supuestos de guarda y custodia compartida. Los sectores implicados continúan estudiando los distintos factores, produciéndose de forma periódica encuentros entre jueces y magistrados y abogados de familia para debatir sobre la materia.

Todas estas cuestiones se pretenden resolver con el “*Anteproyecto de Ley Estatal sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas a adoptar tras la Ruptura de la Convivencia*”. Pretende revisar parte de la terminología empleada en el Derecho de Familia y, adecuarla al Derecho Europeo, desterrando expresiones tales como régimen de visitas, guardador o progenitor custodio. Y en su lugar emplear otras como periodos de convivencia, régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos. Algunas de sus llamativas novedades son la presentación por los progenitores, en caso de ruptura o de no convivencia, de un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, como corresponsabilidad parental, que debe incorporarse al proceso judicial y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallaran los compromisos que sumen respecto a la guarda y custodia y el cuidado y la educación de los hijos.

Aunque el Anteproyecto es interesante y puede suponer un gran avance en nuestra sociedad, aun no ha sido aprobado y queda mucho que debatir, no siendo en absoluto pacíficas para doctrina y jurisprudencia las novedades que propone pues pretende la atribución de la custodia compartida como el “régimen normal” a la hora de establecer la guarda y custodia.

En el plano autonómico son pocas las Comunidades que se han pronunciado al respecto, hasta el momento solo Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia tienen normativa reguladora relativa a la guarda y custodia compartida. Y esto es así porque la sociedad todavía no ha asumido tal figura, es decir, la ruptura supone una situación tensa entre las partes y como bien señala la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de 31 de marzo de 2009 “*la guarda y custodia compartida implica la asunción de las*

responsabilidades teniendo en cuenta las necesidades de los menores, la disponibilidad de tiempo de los progenitores, presidida por la flexibilidad y el entendimiento entre ellos”. Es decir, la custodia compartida está destinada para aquellos excónyuges que tras su ruptura mantienen una relación, en cierto modo cordial, cosa que normalmente no suele ocurrir en la mentalidad actual de nuestra sociedad. Prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2014 donde por primera vez se deniega una custodia compartida solicitada porque la probada conflictividad entre los padres perjudica al hijo menor. En esta sentencia, el Tribunal Supremo declara que la custodia compartida en caso de divorcio conlleva como premisa *"la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de aptitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"*.

En definitiva, podemos concluir que la misión primordial de este sistema sería *“instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha separado de él”* (SAP Valencia, Secc. 6ª, de 22 de abril de 1999).

4. PROBLEMÁTICA EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Hasta ahora hemos podido observar que las crisis matrimoniales llevan consigo unas consecuencias importantes, lo que supone la determinación de una serie de medidas personales, es decir, medidas destinadas al cuidado y atención de los hijos y especialmente de los menores de edad (guarda y custodia). Pero también veremos que surgen otras medidas de carácter material, esto es la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia. Las medidas personales ya se han desarrollado en los primeros capítulos de este trabajo, por lo tanto ahora pasaremos a analizar las medidas materiales que afectan a los hijos menores. Primeramente nos centraremos en el uso y disfrute de la vivienda familiar y en el capítulo siguiente abordaremos la cuestión de la pensión alimenticia.

La primera cuestión que se nos plantea al abordar este tema es lo que ha de entenderse por *vivienda familiar*, término que ha sido objeto de múltiples estudios y que de alguna manera, podemos referirnos a la misma como *“el espacio físico donde la*

familia tiene su residencia cotidiana’⁵³. Pero debemos ir más allá y dar una definición más completa. En este sentido se pronuncia la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en la Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1996 y, nos la define como: ‘*el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos*’. Dicho esto, tenemos que acudir al art.96.1 del CC pues es, en cierto modo, donde se regula todo lo relativo a la atribución de la vivienda familiar tras la separación o divorcio.

Tradicionalmente, cuando el sistema adoptado es de custodia exclusiva o individual, la asignación del uso de la vivienda familiar, a falta de pacto, se ha efectuado a favor de los hijos y el cónyuge que los tiene bajo su guarda. Sin embargo, las disposiciones legales tienden cada vez más a evitar establecer una regla general en esta materia y a disponer la necesidad de que caso por caso sea la autoridad judicial quien decida sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en función de los principios del interés superior del menor y también del interés del progenitor más digno de protección⁵⁴.

Asimismo, de la normativa se desprende que el principal criterio a tener en cuenta para decidir el sentido de dicha atribución son los *hijos*, a quienes se les dispensa una especial protección⁵⁵. Pero, ¿a qué se refiere la ley con el término *hijos*? A este respecto cabe destacar que actualmente existen diversas tendencias doctrinales enfrentadas sobre el contenido del término *hijos* y acerca de la posibilidad de que en el mismo se puedan comprender sólo a los hijos menores o que también tengan cabida los hijos mayores de edad, nuevamente, pese a no ser objeto de este trabajo.

Precisamente del artículo 96.1 del CC se desprende la posición privilegiada que gozan los hijos ante esas situaciones. Pese a ello, en ocasiones no siempre está claro la determinación del uso de la vivienda familiar ya que su regulación esta en cierto modo incompleta. Por ello debemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia, donde podemos encontrar la existencia de gran variedad de opiniones sobre el modo para determinar el uso de la vivienda familiar. En este sentido son varios los criterios que se manejan, por

⁵³ TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Thomson Aranzadi. Navarra 2003. Pág.: 15.

⁵⁴ GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J., Cit.: Pág.:129.

⁵⁵ ABAD ARENAS, E., *Atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos. Alusión a los hijos mayores de edad convivientes*. Artículo nº98, sección doctrina, febrero 2009 editorial La Ley. Pág.: 1.

un lado si debe ser preferente el interés de los hijos o si por el contrario, debe primar el interés familiar más necesitado de protección. Aunque la doctrina dominante es clara, y así lo desprende muy bien la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 22, en la Sentencia de 5 junio 2001, al disponer que: «[...] *la postura del legislador es la de dar preeminencia a los hijos a la hora de decidir sobre el uso de la vivienda familiar, ya que sus intereses son los más necesitados de protección, y asimismo es acertado que atraigan hacia el cónyuge que va a convivir y cuidar de ellos pues, de ese modo se consigue una cierta continuidad en la cohesión familiar. Es decir, como cualquier otra medida que afecte a los hijos, rige el principio del favor filii [...]*».

En este sentido es especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014, que en contraposición a lo desarrollado anteriormente, aplica el principio del interés más necesitado de protección y asigna el uso de la vivienda a uno de los progenitores en un supuesto de custodia compartida, con carácter temporal⁵⁶. En relación a este tema, la guarda y custodia compartida, el legislador olvidó reformar las disposiciones relativas a la atribución del uso de la vivienda en tales casos. Del artículo 96 del CC parece no desprenderse la situación ante un caso de custodia compartida, por lo tanto podría aplicarse por analogía su párrafo segundo, es decir, cuando existen varios hijos y unos quedan bajo la custodia de un progenitor y, otros bajo la del otro y, permite al juez resolver “lo procedente”.

Con esto puede deducirse que la redacción del artículo 96.1 del CC es interpretable de varias formas, y que por tanto se podría aplicar uno u otro criterio a merced de los tribunales. Sin embargo, algunos autores como DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN consideran que “*en caso de conflicto el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede*”⁵⁷. Lo que si queda claro es que tras una ruptura de convivencia, los hijos en la medida de lo posible, deben ser los menos afectados. Así lo explica PEÑA GUTIÉRREZ, “*lo recomendable es que tras la ruptura se mantenga en lo posible el entorno doméstico, afectivo, social, escolar [...]*”⁵⁸. A esto se le conoce como el “*principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno*”.

⁵⁶ GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J., Cit.: pág.: 169.

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «*El principio de protección integral de los hijos ("toit pour l'enfant")*», en *VV.AA: La tutela de los derechos del menor. Primer Congreso Nacional de Derecho civil*, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba 1984. Pág.: 130.

⁵⁸ PEÑA GUTIÉRREZ, R., *Familia post-divorcio. Funciones parentales, cuadernos de derecho judicial*, T. X, derecho de familia, CGPJ, Madrid 1993. Pág.: 91.

habitual” o dicho de otra forma, desde el punto de vista psicológico, lo que se denominaría “*teoría del apego*”, tal y como pone de manifiesto MARTÍN MELÉNDEZ⁵⁹.

Por otro lado, la jurisprudencia ha venido utilizando la atribución temporal del domicilio conyugal hasta su venta en caso de equilibrio de la situación económica de los cónyuges (entre otras STS 593/2014, de 24 octubre de 2014, SAP de Madrid de 30 de julio de 2013, STS 624/2011 de 5 de septiembre de 2011).

La cuestión se complica cuando el titular dominical de la que fue vivienda familiar es uno de los cónyuges o un tercero, lo cual también en su momento, influiría en la atribución de la misma entrando en juego otras posibilidades. Así en el caso de que la vivienda sea arrendada, la solución vendría dada por el art.15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos establece que “*1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato. 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda*”.

Por lo tanto, podemos concluir que la determinación del uso de la vivienda familiar, no debe ser una atribución rígida, sino que deben analizarse caso por caso las circunstancias de la familia y por lo tanto las consecuencias de la ruptura en los hijos menores de edad, siempre y cuando no se menoscabe los derechos de alguno de los progenitores.

⁵⁹ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (Arts. 96, párr. 1, 2 y 3 CC)*. Teoría y práctica jurisprudencial, Thomson Civitas, Pamplona 2005. Pág.: 140.

5. OTRAS OBLIGACIONES DE LOS PROGENITORES PARA CON LOS HIJOS MENORES: LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.

Al hilo del capítulo anterior y, para dar por terminado el presente trabajo, no podemos olvidar otro de los efectos materiales de las crisis matrimoniales, la pensión de alimentos a favor de los hijos menores. En este apartado haremos referencia, en lo sustancial, a sus caracteres fundamentales y a los problemas más habituales que se plantean respecto los alimentos debidos de progenitores a hijos menores.

Tras el cese de la convivencia conyugal, la situación personal y familiar cambia por completo, aun así los padres deben seguir haciéndose cargo, aunque sea de forma separada, de todo lo concerniente al cuidado, educación y formación de sus hijos, es su función primordial. Unido a estos cambios, a veces, el aspecto económico de una de las partes se ve perjudicado lo cual también repercute en la economía de los hijos. Para estos casos la Ley prevé una serie de medidas que tratan de equilibrar y paliar tales situaciones como la pensión compensatoria. Sin embargo, el presente capítulo no se centrará en los supuestos de desequilibrio económico entre los cónyuges, sino que tiene por objeto abordar la forma en que los progenitores han de contribuir en el cuidado y atención de sus hijos, sólo por el mero hecho de serlo.

Con esto nos estamos refiriendo a la **pensión de alimentos**. Pero antes de referirnos a la pensión alimenticia como tal, conviene matizar su razón de ser, es decir, su consideración como uno de los deberes ineludibles de la patria potestad (SAP Madrid, secc. 11ª, 5 de febrero de 2004) y que emana incluso de la filiación misma⁶⁰.

Por su parte, el fundamento legal se encuentra recogido en el art.39.1 y 3 de la CE, donde se establece que los progenitores deben “*prestar asistencia de todo orden a los hijos*” –asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos– con independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, y de que se haya producido una crisis matrimonial (Art. 92 del CC), o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (Arts. 110 y 111 in fine del CC)⁶¹. Esta obligación se basa en el principio de solidaridad familiar (STS 184/2001, de 1 de marzo y SAP Madrid, Secc. 22ª, 12 de noviembre de 2014).

⁶⁰ Cuaderno jurídico Sepín nº112. Al detalle: Jurisprudencia. *La pensión alimenticia*. Tercer trimestre Madrid 2015. Págs.: 49 a 50.

⁶¹ ECHEVARRÍA GUEVARA, K. L., *Doctorado problemática actual del derecho de familia. La guarda y custodia compartida de los hijos*. Granada. Noviembre 2011. Pág.: 253.

A su vez obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los menores, por lo que cualquier desarrollo normativo debe ir en la línea de garantizar el pleno derecho, y las limitaciones de cualquier tipo que redujesen los alimentos a los estrictamente necesarios, vulneraría la obligación constitucional “*de prestar asistencia de todo orden*”⁶². Pero no sólo se proclama la pensión de alimentos por imperativo constitucional, sino que es el Código Civil el texto legal que la desarrolla.

Por un lado, en su art. 90.1.d), al mencionarla como uno de los extremos que ha de contener todo convenio regulador, “*La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso*”, art. 93 para procedimientos contenciosos y, por último, en los arts. 142 y ss. de su Título VI “*De los alimentos entre parientes*”.

Dicho esto, en primer lugar para analizar esta cuestión, es imprescindible conocer qué entendemos por alimentos. La respuesta la encontramos en la propia ley, en el art. 142 del CC donde los define como “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*”. De este precepto se deduce que los alimentos son todos aquellos medios necesarios para la subsistencia de una persona y que comprende no sólo los relativos a la alimentación propiamente dicha, sino también a todos los aspectos de la vida en general, incluidos por supuesto, los de educación⁶³.

Asimismo, deben ser satisfechos de manera “*proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*” (SAP Madrid, Sección 24ª, 29/09/2005, art. 146 del CC). El Tribunal Supremo recuerda en la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2003 que, “*La obligación de prestar alimentos no es solidaria a cargo de los progenitores, sino mancomunada y en proporción a sus caudales respectivos y cuando la obligación recae sobre ambos en conformidad con el art. 145 CC*” (SAP Barcelona, Secc. 18ª, 18 de febrero de 2015). Incluso es importante tener en cuenta que “*Los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan por haber alcanzado*

⁶² MUÑOZ GARCÍA, C., *Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial. Conciliación con el régimen general de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil*. Universidad Complutense de Madrid. Diario La Ley Nº 8224, Sección Doctrina, 8 de Enero de 2014. Ed.: La Ley. Pág.: 6.

⁶³ Guías jurídicas. Cit.: pág.: 1.

la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos'', entre otras, STS de 24 de abril de 2000 y de 30 de diciembre de 2000. Cabe matizar que un sector de la jurisprudencia entiende que los alimentos a los que se refiere el art.93 del CC son más amplios que los que se contemplan en el art. 142 al incluir el mantenimiento del estatus económico de los progenitores. Lo que si podemos concluir es que estamos ante una obligación natural que perdura en tanto no alcancen la suficiencia económica y continúen viviendo en el núcleo familiar.

Una vez delimitado el concepto, es necesario determinar los sujetos implicados (art.143.2 del CC), en nuestro caso, sólo nos referiremos a la obligación que tienen los progenitores respecto de sus hijos menores (Arts. 92 y 154.1 del CC), sin entrar a analizar la pensión de alimentos respecto de cónyuge y/o parientes⁶⁴. La prestación de alimentos entre padres e hijos se constituye como una obligación de carácter legal e imperativo. Esto es así porque las necesidades básicas de los menores deben quedar cubiertas en todo momento, es decir, debe garantizarse un “mínimo vital” imprescindible para su desarrollo en condiciones de suficiencia y dignidad⁶⁵ (SAP Murcia, Secc. 5ª, 9 de mayo de 2006). Por ello los cónyuges ante una situación de crisis matrimonial deben, o bien pactar en convenio todo lo concerniente a la pensión alimenticia de sus hijos, o dejar en manos del juez la decisión bajo los criterios y las tablas reguladoras⁶⁶.

Lo anteriormente expuesto es tarea difícil pero se complica aún más cuando entra en juego la guarda y custodia compartida. Lo habitual es pensar que la pensión alimenticia sólo es una obligación automática del progenitor no custodio, pero esto no es del todo cierto, ya que la otra parte también contribuye con alimentos, lo que ocurre

⁶⁴ Simplemente señalar que, en relación a la situación de los abuelos y a pesar de no estar obligados al pago de la pensión directamente, puede darse la posibilidad de que se les reclame por estar incluidos entre las personas a que se refiere el artículo 143 y 144 CC, siempre con la previa justificación de la falta de medios de las personas llamadas con preferencia (JPI de Gijón nº11, de 27 de mayo de 2014).

⁶⁵ Cuaderno jurídico Sepín. Al detalle: Jurisprudencia. nº112. Cit.: Págs. 49 a 50.

⁶⁶ La cuantía de fijación de las pensiones alimenticias pueden determinarse por acuerdo entre las partes o por el contrario puede ser el juez quien toma tal decisión. En relación a esto para poder determinar de manera equitativa dichas pensiones existen lo que se conoce como Tablas del Consejo General del Poder Judicial.

A tenor de la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid** anteriormente comentada, se establece que *“tienen un valor puramente orientativo y además no contemplan el concepto de educación y otros aspectos más particulares que solo pueden apreciarse “caso a caso”, dada la naturaleza tan personal, incluso íntima de la cuestión tratada. La deuda alimenticia, se traduce en prestaciones cuyo cálculo viene influido por factores de evidente relatividad a la hora de ponderar las necesidades del alimentista, variabilidad de los elementos intervinientes en el cálculo que explican la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que la cuantía de los alimentos será la que fije en su prudente arbitrio la Sala de Instancia, tras estudiar cada caso particular”*.

es que están inmersos en la vida cotidiana del niño⁶⁷. Por ello la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida no supone automáticamente la omisión del pago de alimentos.

Igualmente es necesario aclarar que según el art. 149 del CC, aplicable por analogía, *“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección **no será posible** en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”*. Es decir, no será posible retener al menor en la vivienda con el objeto de eludir pagar los alimentos.

Pongamos, a modo de ejemplo, las distintas situaciones que se pueden plantear. Si optan por el sistema de **custodia exclusiva o individual**, ambos progenitores tienen el deber de alimentos. Lo que ocurre es que uno de ellos será con quien convivan los hijos por lo que afrontará en mayor medida sus gastos cotidianos. En este caso el progenitor no custodio tendrá que abonar una pensión de alimentos proporcional. Pero si por el contrario, optan por un sistema de **guarda y custodia compartida**, los hijos estarán con cada uno de los cónyuges por un tiempo igual o semejante. Como regla general, siempre y cuando estén en una situación económica similar, podría no parecer necesario la fijación de alimentos ya que cada uno de ellos satisface directamente los gastos habituales de los hijos. Sin embargo, aunque el art. 93 del CC⁶⁸ no prevea expresamente ningún efecto del régimen de guarda y custodia compartida sobre la pensión de alimentos, no tiene fundamento pensar que el sistema de la custodia compartida exime o ahorra pagar alimentos. Existen gastos (viajes, gastos escolares, regalos...) que han de pagarse sistemáticamente y no de manera aleatoria, es decir, no deben ser asumidos en función de con quien vivan en ese momento los menores pues

⁶⁷SAP Asturias, Secc. 6ª, de 19 de mayo de 2014 dispone que *“la obligación de prestar alimentos, son dos las personas obligadas a prestarlos, la madre y el padre de la menor con derecho a ellos [...], que ha de repartirse entre ellos mancomunadamente y por ello en forma proporcional a sus caudales respectivos”*. Entre otras, también se pronuncian las SAP de Zaragoza, Secc.n 2ª, de 20 de mayo de 2014 y la SAP Ciudad Real, Secc.1ª, 23 de enero de 2015 *“no podemos olvidar que esta obligación incumbe a ambos progenitores, de forma no solidaria sino mancomunada y en proporción a su caudal respectivo, y no sólo al que vive separado de los hijos, pero, en los casos de crisis matrimonial, habrá que valorar también la dedicación personal a los mismos de aquel con el cual conviven”*.

⁶⁸ Por su parte el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, propone una nueva redacción para el art.93. 1 y 3: que se tenga en cuenta como criterio para cuantificar la pensión de alimentos, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los progenitores.

podría ocurrir que sólo una de las partes hiciera frente a los mismos. Para ello sería ideal la creación de una cuenta común destinada a sufragar tales gastos con los ingresos regulares de los progenitores.

En palabras de ORTUÑO MUÑOZ, *“la custodia compartida no significa exoneración de las cargas alimenticias, ni su distribución anárquica, sino una ordenación consensuada y predeterminada de las mismas, que sea justa, equitativa -en el sentido de que ha de aportar más quien más tiene-, y que prevea un sistema consensuado de toma de decisiones respecto de su devengo, lo que equivale a que ha de estar garantizada una relación fluida entre los progenitores y, finalmente, que esté dotado de suficientes garantías recíprocas, tanto de cumplimientos, como de previsión de los incumplimientos”*⁶⁹.

Así mismo los tribunales también se pronuncian constantemente en esta materia por su especial relevancia. A colación, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, enero de 2015 dispone que *“Por ello, siendo perfectamente compatibles la situación de custodia compartida con la pensión de alimentos a cargo de cualquiera de los cónyuges, cuando sus situaciones económicas presentan objetivas diferencias y las necesidades alimenticias de la menor lo precisen **debe establecerse la pensión de alimentos**, cual el caso de autos, por lo que su pertinencia resulta incuestionable y sin limitación temporal alguna, que resulta improcedente ante la inexistencia, en absoluto de objetiva previsión alguna de que en el tiempo vayan a cesar las necesidades alimenticias a cubrir de la menor, ello sin perjuicio de las pertinentes modificaciones a que haya lugar cuando se produzcan esenciales modificaciones de las circunstancias actuales que justifican la pensión. Por ello, la Sala consideró, que efectivamente se produjo un cambio esencial en las circunstancias y que ello, dio lugar al régimen de custodia compartida, el cual instauro que desde ese momento. Este nuevo régimen implicaba una dedicación sobre la menor del mismo tiempo y con las mismas coberturas a dispensar sobre la menor, por lo que, sin perjuicio de mantener la pensión alimenticia, dada la objetiva diferencia de ingresos de entre ambos, la Audiencia estimo prudente y suficiente, atendidos los referidos recursos económicos de ambos cónyuges, particularmente los del obligado a su satisfacción, el padre, en una cuantía de 500 € mensuales actualizables, independientemente de los gastos que acredite tener*

⁶⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P., *El Nuevo Régimen Jurídico de la crisis matrimonial*. Primera edición, Editorial Aranzadi. Navarra 2006. Pág.: 69.

que sufragar, nunca preferentes a la pensión de alimentos a satisfacer a sus hijos, que es siempre prioritaria e ineludible''.

En resumen, sea cual sea la modalidad de custodia establecida, la solución será ajustada al interés de los hijos, teniendo en cuenta la proporcionalidad y necesidades del alimentista así como la situación del alimentante⁷⁰.

Con lo anterior podemos determinar los caracteres esenciales de la pensión alimenticia estableciendo que estamos ante una obligación personalísima, indisponible y por tanto irrenunciable, intransmisible e inembargable (SAP Valencia, Sección 10ª, 2 de diciembre de 2014; Art. 151 y 1814 del CC). Y por supuesto no puede compensarse con aquellas deudas que el alimentista tenga con el alimentante-obligado. Además, puede acordarse por los progenitores en convenio regulador -aunque no es vinculante- o puede ser fijada por el Juez en el caso que no se llegue a acuerdo, siempre respetando el principio de proporcionalidad. Por último, señalar que el derecho a percibir alimentos es imprescriptible, no obstante la acción para reclamar el cumplimiento de las pensiones alimenticias atrasadas prescribe por el transcurso de 5 años (Art. 1966.1 del CC).

Hay que destacar que incluso el incumplimiento de tales obligaciones puede considerarse ya no sólo como un ilícito reclamable en vía civil, sino como una conducta tipificada como delito y castigada con pena de prisión. Aun así muchas familias sufren las consecuencias del incumplimiento del obligado al pago de pensiones. En este sentido la *“Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en su disposición adicional quincuagésima tercera”*, creó lo que se conoce como Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Este fondo está destinado a dar solución y garantizar el pago de los alimentos mediante la concesión de anticipos a favor de los hijos menores de edad, sin perjuicio de los derechos de repetición o reembolso del Estado que incrementarían las dotaciones del propio fondo. A pesar de la creación de este fondo debemos destacar que son muchos los requisitos a cumplir en la actualidad para la aplicación del mismo.

En definitiva y, pese a que el Estado pueda suplir las posibles carencias que se originen para los menores en las crisis matrimoniales, podemos dar por cierta la célebre frase de SIGMUND FREUD *“No creo que haya ninguna necesidad más grande en la niñez que la de la protección de un padre”*.

⁷⁰ *“La custodia compartida no conlleva necesariamente la extinción de la pensión alimenticia entre los progenitores, sino que permitirá compensar situaciones de desigualdad entre ambos”* (STSJ Cataluña 29/2008, de 31 de julio); *“cada progenitor viene obligado a abonar los gastos ordinarios de los niños cuando los tenga en su compañía”* (SAP Barcelona, Secc. 18ª, de 26 de mayo de 2008).

CONCLUSIONES:

Llegados a este punto y tras analizar todos los efectos que se producen en los hijos menores tras las crisis matrimoniales, conviene extraer las cuestiones más relevantes de cada aspecto y desarrollar una serie de valoraciones analizando cada capítulo y aportando la opinión sobre cada uno.

Como **primera conclusión** podemos decir que debido al gran incremento en nuestra sociedad de las rupturas conyugales, el Derecho de Familia y especialmente el Derecho Matrimonial ha sufrido grandes cambios y modificaciones conforme han ido evolucionando los modos y estilos de vida. En este sentido se ha mejorado la posición respecto de los hijos menores ya que, tiempos atrás, eran considerados como meros sujetos del *pater* sin ningún tipo de derechos. En la actualidad, nuestro Ordenamiento Jurídico no sólo los tiene en cuenta como sujetos de derecho sino que también se ha preocupado de regular aquellas crisis parentales en las que éstos están presentes, dándoles una especial protección, precisamente por su vulnerabilidad y el posible desamparo del menor u otras consecuencias negativas como las llamadas “*interferencias parentales*”.

Consecuencia de esto, el legislador ha creado leyes destinadas a proteger los menores; así podemos señalar la LOPJM, donde se consagra el **principio del interés superior del menor**. Como he afirmado al inicio de este trabajo, el interés superior del menor es un principio general del derecho, pero a la vez un concepto jurídico indeterminado. Aunque buscarle una definición exacta sería una tarea compleja lo que sí queda claro es su concepción como “*la premisa máxima a tener en cuenta por todas las instituciones, autoridades administrativas u órganos legislativos respecto de las medidas concernientes a la infancia*” y el principio preferente que sitúa a los hijos en una posición privilegiada incluso respecto de sus progenitores. Particularmente, entiendo que debe entenderse de una forma flexible y dinámica para poder enmarcarlo en cada caso concreto, pues no sólo confluyen datos técnicos sino también profundamente humanos y sociales. Sin embargo, debe tenerse especial cuidado en este amplio margen que se otorga a los poderes públicos a la hora de interpretarlo pues los progenitores también deben ser tenidos en cuenta. En todo caso, será el Juez en cada supuesto concreto el garante del mismo, pues sólo así se puede garantizar eficazmente este principio.

En este sentido, considero fundamental la existencia en nuestro Ordenamiento Jurídico de figuras protectoras mediante las cuales se vele por los derechos de los

menores, instituciones como el Defensor Judicial o el Ministerio Fiscal y alguna figura novedosa como el Coordinador Parental, organismos destinados a proteger y hacer respetar la figura del menor. Todo ello sin olvidar que son los padres o los titulares de la patria potestad los primeros responsables de cuidar en todos los aspectos de la vida cotidiana a sus hijos.

Otro de los aspectos relevantes en los procesos de familia y, que normalmente genera conflictos, es la posible **intervención del menor en el proceso judicial**. En este sentido debo decir que aunque es importante tener en cuenta el derecho del menor a ser oído, considero que en determinadas ocasiones, sería desafortunado y desagradable involucrar a los hijos en un proceso judicial. Por lo tanto me parece imprescindible determinar si procede o no el ejercicio de dicho derecho en base a si le resultaría beneficioso o perjudicial en cada caso, pues el interés del menor es el principio que debe presidir en todo momento. Cuestión ésta que deberían decidir las partes y, en último término el juez, pues normalmente a la hora de concretar los intereses no siempre resultan coincidentes.

Especial mención ha de hacerse respecto a **la atribución de la guarda y custodia** y todas las modalidades que la misma conlleva. Será necesario decidir cómo ha de ser el régimen de convivencia y las relaciones con los progenitores y garantizar el cumplimiento de las responsabilidades y obligaciones de cuidado y atención de los hijos. Cuando hablamos del cuidado y atención del menor nos estamos refiriendo a uno de los aspectos concretos del ejercicio de la patria potestad, esto es, la guarda y custodia. En suma, es una función al servicio de los hijos cuyo hecho determinante es la propia relación de filiación. Sin perjuicio de que, en determinados casos, la ley pueda privar e incluso excluir de su titularidad a los progenitores por hechos calificados de especial gravedad perjudiciales para los hijos menores. Así, me parecen oportunas las últimas modificaciones en la materia, es decir, la posibilidad de suspender la patria potestad de los progenitores en caso de violencia de género o violencia en los propios menores.

A lo largo del presente trabajo hemos podido observar los avances producidos tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Con esta ley, en cierto modo, se ha pretendido evitar el otorgamiento automático de la guarda y custodia a la madre como venía produciéndose en la mayoría de los casos. Y se ha ido implantando, aunque con cierta desconfianza en la sociedad, la novedosa guarda y custodia compartida. Es decir, aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta del cuidado,

atención y formación integral de sus hijos. En mi opinión, es acertado este nuevo régimen aunque también es cierto que suele ser más eficaz su aplicación cuando ambos ex cónyuges tienen una relación y un trato cordial. Con esto quiero volver a poner de manifiesto que siempre es necesario analizar en profundidad cada caso concreto, cada familia para poder determinar la custodia compartida.

También sigue siendo objeto de polémica jurisprudencial y doctrinalmente el que el juez pueda atribuir la custodia compartida sin haberse solicitado por los progenitores. Entiendo que sería conveniente que sean ambas partes las que decidan sobre este aspecto o, que al menos este régimen haya sido solicitado por una de ellas, pues son muchas las cuestiones sobre su vida privada a tener en cuenta (horario laboral, escolar, situación económica...) y, será a ellos realmente a quienes les condicionará su vida cotidiana.

Por otro lado, es un tema interesante lo concerniente a la **vivienda familiar**. Me parece oportuno el hecho de que se tengan en cuenta diversos factores como la situación de los cónyuges a la hora de determinar el uso de la misma. Pues, en ocasiones, una de las partes se ve especialmente perjudicada e incluso sin medios ni lugar donde vivir tras la ruptura. Es importante hacer hincapié que el menor siga residiendo en la vivienda familiar para que no le suponga un impacto la separación de sus padres, pero también es fundamental que el hijo no tenga que ver a uno de sus progenitores en una situación precaria, esto es, no tener donde vivir a consecuencia de la crisis. Como solución podría adoptarse por una atribución temporal de la misma hasta su venta u otras medidas apropiadas.

Finalmente, respecto a la pensión de alimentos, es habitual pensar que se trata de una obligación del progenitor no custodio, pero esto no es del todo cierto, la otra parte también contribuye con alimentos, lo que ocurre es que están inmersos en la vida cotidiana del niño. Esta visión tradicional de ser el progenitor no custodio el encargado de la pensión alimenticia cambia con la introducción de nuevas figuras como la custodia compartida. En muchas ocasiones los padres tienden a elegir este sistema porque piensan que van a quedar exonerados de tales cargas. Sin embargo, esto no es así y puede dar lugar al pago de alimentos a pesar de haber determinado una guarda y custodia compartida.

En definitiva, son muchos y de gran trascendencia los problemas jurídicos, sociales, así como los relativos al desarrollo psicológico y afectivo de los menores de edad que derivan de las crisis matrimoniales. Por ello es especialmente importante

concienciar a la sociedad que tras producirse la crisis en su pareja debe mantenerse el vínculo familiar, el cual deberá reorganizarse y adecuarse a las nuevas circunstancias, intentando hacerlo de la manera más respetuosa para los hijos. Con lo cual, ANDRÉ BURGUIÈRE (1988: 547, tomo 2) escribe al final de su larga y documentada *Historia de la familia*: ‘*Hemos visto que la familia es una institución flexible y que puede adoptar múltiples formas que combinan de distintas maneras lo social y lo biológico según el lugar y la época. Consanguínea o matricentrada, ampliada o nuclear, elemental o compleja, la familia, independientemente de su forma, seguirá siendo una familia siempre y cuando la humanidad no destruya el edificio ideológico sobre el que descansa*’.

Como conclusión general, el fin último siempre ha de ser preservar, pese a las crisis matrimoniales, el entorno familiar de los menores afectados, por ser éstos de vital importancia para la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA:

Monografías, Manuales y Artículos:

- ABAD ARENAS, E., *Atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos. Alusión a los hijos mayores de edad convivientes*. El Consultor Inmobiliario, Nº 98, Sección Doctrina, Ed.: La Ley. Febrero 2009.
- ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*. Ed.: Edisofer. Madrid 2006.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Ed.: Dykinson. Madrid 2002.
- BOUCHÉ PERIS, J. H., HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación familiar (I)*. Ed.: Dykinson Madrid 2004.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L., (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm.8, de Familia, de Gijón). *Modo de enfrentarse ante un proceso de familia cuando existen hijos menores de edad a fin de obtener la mejor solución para todos*. El Derecho.com (10/12/2014).
- CAMPO IZQUIERDO, A. L., *Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del ministerio fiscal?* Diario la ley, 29 de junio de 2009, año XXX, número 7260, sección tribuna. Ed.: La Ley.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., *La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales*, revista Aranzadi civil-mercantil nº22/2004, 2005/563. Ed.: Aranzadi Pamplona 2005.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*. Actualidad civil nº15, sección a fondo, quincena del 1 al 15 sep. 2007. Pág.: 1738, tomo 2. Ed.: La Ley.
- COSSÍO MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid 1997.
- Cuaderno jurídico Sepín familia y sucesiones. *Al detalle jurisprudencia: La pensión alimenticia. Características, contenido y sujetos*. Nº112, 3º trimestre. Madrid 2015.
- Cuaderno jurídico Sepín familia y sucesiones. *Al detalle: jurisprudencia. El interés superior del menor*. Nº 105, 4º trimestre. Madrid 2013.
- Cuaderno jurídico Sepín familia y sucesiones. *Al detalle jurisprudencia: La guarda y custodia compartida*. Nº 90, marzo-abril. Madrid 2010.

- Cuaderno jurídico Sepín familia y sucesiones. *Al detalle jurisprudencia*: Nº 89, enero-febrero. Madrid 2010.
- Cuaderno jurídico Sepín familia y sucesiones. *Al detalle jurisprudencia: La pensión alimenticia. Contenido sujetos cuantía y pago*. Nº83, trimestre enero-febrero. Madrid 2009.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El principio de protección integral de los hijos ("toit pour l enfant")*», en VV.AA: *La tutela de los derechos del menor*. Primer Congreso Nacional de Derecho civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M.. Junta de Andalucía. Córdoba 1984.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV*. Ed.: Tecnos Madrid 1997.
- DOMINGO ELIA ROS, A., *Situaciones específicas de alto riesgo en los menores tras la separación de sus padres*. Jornades de Foment de la Investigació. Universitat Jaume.
- ECHEVARRÍA GUEVARA, K. L., *Doctorado problemática actual del derecho de familia. La guarda custodia compartida de los hijos*. Granada Noviembre 2011.
- FÁBREGA RUIZ, C.F., *Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad*. Diario la ley nº7443, sección doctrina, 12 de julio de 2010. Ed.: La Ley.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A., *El matrimonio y los hijos. Cien preguntas clave y sus respuestas*. Ed.: Dykinson Madrid 2002.
- FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil español*. Ed.: Montecorvo, Madrid 1986.
- GARCÍA GARNICA, M. C., MORILLAS FERNÁNDEZ, M., *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra Primera Edición 2009.
- GARCÍA GARNICA, M. A. *Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio. En Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*. Pamplona 2008.
- GARCÍA GARNICA, M.C. *La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales*. Granada.
- GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Ed.: McGraw-Hill. Madrid 1997.
- GETE - ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J., *Custodia Compartida. Derechos de los hijos y de los padres*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. Primera edición 2015.

- GÓMEZ, A. M., (Coordinadora de la revista la ley derecho de familia). *Contenido y novedades de la LO 8/2015, de 22 de julio ,de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia*. Noticias jurídicas (23/07/2015).
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.,. *Relevancia de la voluntad de los menores adolescentes para el establecimiento y ejecución del régimen de visitas y estancia*. 2010.
- GONZÁLEZ VICENTE, P., *Guarda y custodia de los hijos en Derecho de Familia*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1993.
- Guía Jurídica. *La Patria Potestad*. Ed.: Wolters Kluwer La Ley.
- Guía Jurídica. *Derecho de Visita*. Ed.: Wolters Kluwer La Ley.
- HUETE MORILLO, L., MARINA DE ORTA, E., *La edad en la legislación*. Dykinson Madrid 2001.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI, Derecho de Familia*. Ed.: Marcial Pons. Madrid 2002.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (Arts. 96, párr. 1, 2 y 3 CC)*. Teoría y práctica jurisprudencial. Thomson Civitas, Pamplona 2005.
- MONSERRAT QUINTANA, A. *La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de Julio*. Práctica de Tribunales, Nº 23, Sección Estudios. Ed.: La Ley. Enero 2006.
- MORENO, V., *La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva*. Diario La Ley, Nº 7378, Sección Tribuna. Ed.: La Ley. Abril 2010.
- MORENO VELASCO, V., *Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad*. Diario La Ley, Nº 7267, Sección Tribuna, 22 Oct. 2009, Año XXX, Ref. D-328. Ed.: La Ley.
- MUÑOZ GARCÍA, C., *Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial. Conciliación con el régimen general de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil*. Universidad Complutense de Madrid. Diario La Ley, Nº 8224, Sección Doctrina. Ed.: La Ley (8 de Enero de 2014).
- ORTUÑO MUÑOZ, P., *El Nuevo Régimen Jurídico de la crisis matrimonial*. Ed.: Aranzadi. Navarra Primera edición 2006.
- PANIZO ORALLO, S., GARCÍA CANTERO, G., GIRALT TAMAYO HAYA, N. *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro matrimonial y la familia*. Ed.: CEU Ediciones. Madrid 2009.

- PÉREZ GALVAN, M., *Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida*. Diario la ley, nº7206, sección tribuna, 29 de junio de 2009. Ed.: La Ley.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. *Tratado de Derecho de Familia I Vol. 1*. Ed.: Lex Nova. Valladolid Primera edición febrero 2007.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. *Tratado de Derecho de Familia I Vol. 2*. Ed.: Lex Nova. Valladolid Primera edición febrero 2007.
- PEÑA GUTIERREZ, R., *Familia post-divorcio. Funciones parentales*. Cuadernos de derecho judicial, T. X, derecho de familia, CGPJ. Madrid 1993.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LA FUENTE, F., *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra Primera edición abril 2011.
- RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la constitución y en el derecho civil*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid 1980.
- ROCA, E. *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*. Ed.: Cuadernos Civitas. Madrid Primera edición 1999.
- ROCHA ESPÍNDOLA, M., *Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principio informadores*. Valladolid 2013.
- ROMERO COLOMA, A. M., *La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales*. Diario La Ley, Nº 7956, Sección Tribuna. Ed.: La Ley (2 Nov. 2012).
- ROMERO GONZÁLEZ, M., *El niño ante el divorcio de sus padres*. FAMIPED (Familia, Pediatras y Adolescentes en la Red. Mejores padres, mejores hijos. Revista electrónica de información para padres de la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria (AEPap). UGC Salud Mental. Hospital Universitario Virgen del Rocío. Sevilla. Volumen 8. Nº1 (marzo 2015).
- ROMERO COLOMA A M^a., *Los incumplimientos del régimen de visitas y su problemática jurídica*. Diario La Ley, Nº 8267, Sección Doctrina, 10 de Marzo de 2014, Año XXXV, Ref. D-77. Ed.: La Ley.
- SERRANO ALONSO, E., *Introducción al Derecho Civil*. Madrid 2007. Ed.: Edisofer.
- SERRANO MOLINA, A., *La prueba a consulta*. Diario La Ley, Nº 7494, Sección Práctica Forense. Ed.: La Ley (22 Oct. 2010).
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección Jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2003.

- TEJEDOR HUERTA, M. A., *El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio*. Anuario de Psicología Jurídica. Vol. 22. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. 2012.
- TEJEDOR HUERTA, M. A., *El Síndrome de Alienación Parental. Una forma de maltrato*. Colección de Psicología Jurídica. Ed.: EOS. Madrid 2006.
- VARELA GARCÍA, C., *Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto*. Tomo I. Actualidad Civil, núm. 12 (marzo de 1997).
- VELA SÁNCHEZ, A. J., *El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo*. Diario La Ley, Nº 8162, Sección Doctrina. Ed.: La Ley (3 de Octubre de 2013).
- VILLAR MORERA, B., Tesis Doctoral Guarda y custodia compartida. Valencia enero 2014.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ - EZNARRIAGA, L., *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*.

Legislación:

- Constitución Española de 1978.
- Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989.
- Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de dicha Custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.
- Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores.
- Ley de 1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias.
- Ley 42/2003 de 21 de noviembre de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- 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.
- Ley del Notariado 28 de mayo de 1862.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Anteproyecto de Ley Estatal sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras Medidas a adoptar tras la Ruptura de la Convivencia.

Jurisprudencia citada. Base de datos utilizada Aranzadi Westlaw y La Ley:

A) Tribunal Constitucional:

STC 185/2012, 17 de octubre de 2012.

STC Sala 2ª, 29 de junio de 2009.

STC, 24 de abril de 2000.

STC 141/2000, 29 de mayo de 2000.

STC, 18 de marzo de 1998.

B) Tribunal Supremo:

STS 413/2014 de 20 octubre de 2014.

STS 593/2014 de 24 octubre de 2014.

STS, 24 de octubre de 2014.

STS, 26 de diciembre de 2014.

STS 1699/2014, 25 de abril de 2014.

STS 257/2013, 29 de abril de 2013.

STS 43/2012, 10 de febrero 2012.

STS, 25 de abril de 2011.

STS 624/2011 de 5 de septiembre de 2011

STS Sala 1ª de lo Civil, 20 de octubre de 2011.

STS Sala 1ª de lo civil, 11 de noviembre de 2011.

STS Sala 1ª de lo Civil, 27 de julio de 2009.

STS Sala 1ª de lo Civil, 28 de septiembre de 2009.

STS Sala 1ª de lo Civil, 8 de octubre de 2009.

STS, 28 de noviembre de 2003.

STS 184/2001, 1 de marzo de 2001.

STS, 24 de abril de 2000.

STS, 30 de diciembre de 2000.

STS Sala 1ª, 16 de diciembre de 1996.

STS, 30 de abril de 1991.

STS, 14 de mayo de 1987.

STS, 8 de abril de 1975.

C) Tribunal Superior de Justicia:

STSJ Cataluña 29/2008, de 31 de julio.

D) Audiencias Provinciales:

SAP Ciudad Real, Sección 1ª, 23 de enero de 2015.

SAP Valladolid, enero de 2015.

SAP Barcelona, Sección 18ª, 18 de febrero de 2015.

SAP Asturias, Sección 6ª, 19 de mayo de 2014.

SAP Zaragoza, Sección 2ª, 20 de mayo de 2014.

SAP Madrid, Sección 22ª, 12 de noviembre de 2014.

SAP Valencia, Sección 10ª, 2 de diciembre de 2014.

SAP de Madrid de 30 de julio de 2013.

SAP Pontevedra, Sección 1ª, 19 de mayo de 2011.

SAP Barcelona, 31 de marzo de 2009.

SAP León, 22 de febrero de 2008.

SAP Barcelona, Sección 18ª, de 26 de mayo de 2008.

SAP Valencia, Sección 10ª, 3 de junio de 2008.

SAP Málaga, Melilla, Sección 7ª, 30 de junio.

SAP Castellón de 8 de febrero de 2006.

SAP Murcia, Sección 5ª, 9 de mayo de 2006.

SAP Madrid, Sección 24ª, 29 de septiembre de 2005.

SAP Madrid, sección 11ª, 5 de febrero de 2004.

SAP de Madrid, Sección 22, 5 junio 2001.

SAP Valencia, Sección 6ª, 22 de abril de 1999.

E) Juzgado de Primera Instancia:

SJPI de Gijón nº11, de 27 de mayo de 2014.

AJPI de Gijón nº8, de 22 de junio de 2010.