



TRABAJO FIN DE GRADO

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
EN LOS CONFLICTOS MATRIMONIALES**

THE BEST CHILD INTEREST AT MATERIAL DISPUTES

AUTORA: Noelia Martínez Navarro

DIRECTOR: Dra. Esther M^a Salmerón
Manzano

Grado en Derecho

Universidad de Almería

Convocatoria de defensa: Septiembre

RESUMEN: Se aborda en el presente trabajo el interés superior del menor tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2005, la cual introduce la custodia compartida como un nuevo modelo de guarda y custodia. Se hace hincapié en la importancia de atender el caso concreto, primando el interés y beneficio superior de los hijos menores en todo momento. Finalmente analizamos la evolución jurisprudencial en la materia.

ABSTRACT: The present work addresses the minor best interest after the Organic Law reform of 15/2005, where the shared custody is presented as a new guard and custody model. It is emphasized the importance of serving each specific case in order to prioritize at all times the minor children benefit and interest. Finally, we analyze the jurisprudence evolution in this field.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor, ruptura matrimonial, padres, guarda y custodia compartida

KEYWORDS: The minor best interest, marriage break, parents, guard and shared custody

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	3
INTRODUCCIÓN	4
I. El interés superior del menor	6
I.1 Evolución histórica del interés del menor	6
I.2 Concepto del "interés superior del menor"	8
I.2.1 Marco-normativo en el Derecho español	15
I.2.2 Marco-normativo en el Derecho internacional	17
I.3 El interés del menor en el Derecho comparado	18
II. Atención y cuidado del menor tras las crisis matrimoniales	20
II.1 Estadísticas sobre las crisis matrimoniales en España	20
II.1.1 Evolución del divorcio en España	22
II.1.1.1 Informe psicosocial de los menores tras el divorcio	26
II.1.1.2 Derecho del menor a ser oído y escuchado en los procedimientos matrimoniales después de la reforma de la LO 8/2015	29
II.2 La disolución del matrimonio en Europa y el Reglamento Bruselas II Bis	32
III. Análisis de la custodia compartida en el Derecho español	35
III.1 Distinción entre patria potestad y guarda y custodia de los hijos	35
III.2 Concepto de custodia compartida	37
III.2.1 Principios generales de la guarda y custodia compartida	39
III.3 Artículo 92 del Código Civil después de la reforma de la Ley 15/2005	41
III.4 Reflexiones sobre la guarda y custodia compartida	43
III.4.1 Ventajas e inconvenientes de atribuir la custodia compartida	43
III.4.2 Discriminación sobre la custodia compartida	44
III.5 ¿Custodia compartida o exclusiva en España? Tendencia jurisprudencial	47
IV. CONCLUSIONES	52
V. BIBLIOGRAFÍA	55

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
INE	Instituto Nacional de Estadística
ISM	Interés Superior del Menor
ISSP	International Social Survey Program
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MF	Ministerio Fiscal
OJ	Ordenamiento Jurídico
Op. cit.	Obra citada
Pág./Págs.	Página/ Páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunas Constitucional
UE	Unión Europea
UNICEF	United Nations Children`s Fund

INTRODUCCIÓN

La sociedad actual, considera notoria la figura del infante, a diferencia de la de años anteriores. Si echamos la vista atrás, desde el punto de vista sociológico y legislativo, el menor estaba totalmente desamparado y desprotegido. Sin embargo, en los últimos años se ha ido viendo una repercusión normativa abismal; digamos que la legislación ha ido evolucionando de forma proporcional a la sociedad.

De hecho, uno de los conceptos más debatidos en estos tiempos, es el interés superior del menor. A nivel internacional, La Convención de los Derechos del Niño, en adelante CDN, fue pionera en introducir este interés. Las normativas nacionales y autonómicas con posterioridad, fueron involucrándose, adoptando el mismo. Este principio, es la base para requerir y adoptar decisiones que conciernen al menor; garantiza una serie de derechos fundamentales, inexistentes en épocas anteriores.

¿Pero, sabemos concretar y aplicar; este interés superior del menor?

Sabemos que es primordial frente a cualquier otro interés legítimo, por ello cuando se produce una ruptura en la unidad familiar, hay que tenerlo presente para determinar el régimen de guarda y custodia que van a ejercer los padres en la nueva estructura familiar. Encontramos dos modelos, el más reciente, introducido por la reforma de 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, es la custodia compartida. Esta permite que ambos progenitores ejerzan la custodia legal del menor en igualdad de condiciones, derechos y deberes. El otro, es el modelo tradicional de la custodia exclusiva, donde uno de los progenitores obtiene la custodia absoluta sobre todos los derechos del menor, mientras el no custodio tiene un derecho de comunicación y visitas, junto a un pago de pensión alimenticia para estos.

Sin embargo, para poder establecer la custodia compartida, a diferencia de la exclusiva, deben de concurrir una serie de requisitos. Vienen recogidos en el actual artículo 92 del Código Civil. Como regla general, son los padres los sujetos más adecuados para elegir el régimen de custodia, individual o compartida, para el cuidado de sus hijos. Pero, en caso de que estos no lleguen a un acuerdo, será el Juez quien determine el sistema de custodia, valorando en todo momento las pruebas y el interés superior del menor. Respecto a esto último, encontramos diversas doctrinas y

jurisprudencia, en ocasiones enfrentadas, pero ambas a favor de considerar al menor como sujeto principal en las crisis matrimoniales.

A colación de la separación o divorcio de los progenitores, es indudable que el más perjudicado es el menor, pues se ve inmerso en grandes cambios, como el del domicilio, nuevos miembros en la familia, menos tiempo con ambos progenitores, así como cambios sociales y económicos; todo esto teniendo presente la corta edad del mismo, encontrándose en algunos casos, desbordado. En este trabajo, investigamos si se producen consecuencias negativas en el menor durante y después de la ruptura, adentrándonos en un análisis psicosocial del mismo, en comparación con menores cuya estructura familiar se corresponde con la más tradicional; así como la puesta en valor del derecho del menor a ser oído y escuchado en los procedimientos matrimoniales, desde edades muy tempranas. Tenemos que tener en cuenta que, en ocasiones, puede ser desafortunado para el menor pasar por este trámite, pero no podemos obviar que se va a decidir sobre su ámbito familiar, territorial y social en los siguientes años, siendo su opinión relevante, aunque no decisiva como veremos.

Otros de los puntos clave en este trabajo es la comparación entre la custodia individual, y la custodia compartida; ambas subordinadas al *principio favor filii*. Estudiaremos si es necesario decantarnos por un régimen aplicable de forma automática, o por el contrario, hay que atender el caso concreto del menor. También abordamos la posible discriminación, aparentemente efectiva en la jurisprudencia, en la asignación de guarda y custodia de los hijos, a favor de la madre.

Finalmente, elaboramos un estudio jurisprudencial de la custodia compartida en España e investigamos si es la decisión más adecuada para el menor, así como para los progenitores.

I. El interés superior del menor

I.1 Evolución histórica del interés del menor

La Edad Antigua y la Edad Media fueron épocas de maltrato para el infante del hombre. El menor era considerado como una carga, un ser imperfecto sin ninguna capacidad hasta convertirse en adulto, incluso era comparado con "pequeños animales". Estaba obligado a intervenir en el mercado laboral de forma precoz, y además cuando no se comportaba de forma idónea para la sociedad, tenía como consecuencia castigos de forma corporal, no solo por las familias sino también por el sistema educativo, hasta someter su voluntad. A nivel jurídico, el menor era juzgado como una persona vulnerable y débil en la comunidad, hasta alcanzar esa mayoría de edad, transformándose en una persona cualificada para ejercer los derechos cívicos de los que carece cuando es considerado un niño, liberándose así del riesgo que suponía ser menor.

ZERMATTEN, expresidente del Comité de los Derechos del Niño, afirma que aunque el niño recibía afección, no tenía ninguna importancia como sujeto; carecía de aptitud para expresarse mediante palabras, dependiendo su existencia de un adulto¹.

Por ello, surge la necesidad de custodiar este instrumento jurídico -el interés superior del menor- con normativas desde un punto de vista internacional y estatal. Fue a finales del siglo XIX donde aparecieron textos jurídicos constituyendo la protección del menor, pero el siglo XX es el que abarca la progresividad sobre el interés por la infancia reflejado en declaraciones y convenios internacionales.

En el marco jurídico-legal internacional, la preocupación por la infancia queda marcada en la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989. En este marco se concibe en España la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, fundamentada en el protagonismo del menor y la implicación de la sociedad ante este².

¹ ZERMATTEN, J. (2003). *El Interés Superior del Niño: Del análisis literal al alcance filosófico*. Institut international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch. Pág. 22. Disponible en https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

² Defensor del Pueblo. (2014). *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*. Publicaciones de la Oficina del Defensor del Pueblo. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor-revision-judicial-de-medidas-de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014/>

Esta CDN creó un Comité de los Derechos del Niño, fundado en el artículo 43, integrado por miembros competentes sobre esta disposición, concediéndole la función de aplicar e interpretar los derechos del menor. Dicho Comité menciona como uno de los principios generales, el principio del interés superior del menor, el cual instituye en su artículo 3.1. Según este, en todas las decisiones que conciernen a los niños, que sean el hecho de instituciones públicas o privadas de protección social, de los tribunales, de las autoridades administrativas o de los órganos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial (Zermatten, 2003, p. 5).

Analizando el párrafo anterior, observamos que en todos los casos en los que intervengan los niños, las autoridades administrativas y judiciales deberán aplicar este principio. Además, los Estados que han ratificado la CDN -193-, tienen la obligación de garantizar ese interés del menor en todas las decisiones que les afecte llevando a cabo acciones jurídicas, administrativas y legislativas. Están sujetos a la obligación de presentar periódicamente informes a la CDN para garantizar que han adoptado medidas para aplicar su contenido.

Otros artículos relevantes en materia del menor en esta Convención son los artículos 9, 18, y 21. El artículo 9 tipifica que los Estados parte deberán proteger al menor para que no sea separado de sus padres, salvo que esto les perjudique; el artículo 18 establece que concierne a los padres la obligación de criar a sus hijos, y el artículo 21 considera que en todos los Estados en los que se permita la adopción, se llevará a cabo teniendo en cuenta el interés del menor. Esta misma disposición se encuentra en el artículo 1 de la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993³.

CARMONA afirma que la CDN se adopta bajo un espíritu de universalidad, pues se pretende hacer de ella una norma que acoja los derechos de todos los niños, respetada por todos los Estados parte. Teniendo en cuenta el alto número de Estados vinculados, y la obligación general de respetar los derechos humanos del menor, permite aplica su alcance hacia toda la Comunidad internacional. Además, los Estados más desarrollados deberán ayudar a aquellos que se encuentren en condiciones menos desarrolladas, con el objetivo de cumplir dicha obligación.

³ ZERMATTEN, J. (2003). *El Interés Superior del Niño...*, op. cit., págs. 2-9.

Efectivamente, esta Convención modifica la protección de los niños, es el Tratado internacional más ratificado en toda la historia, compuesto por 54 artículos dedicados a los derechos del menor en aspectos políticos, civiles, sociales, culturales y económicos. Estos derechos son de aplicación obligatoria para los gobiernos pero también para los padres, e incluso para los propios menores⁴; LARUMBE señala que con este instrumento internacional progresa de la Doctrina de La Situación Irregular, donde el Estado se encargaba de proteger a aquellos niños que se encontraran en circunstancias especiales, como por ejemplo niños abandonados o drogadictos, mientras que el resto de menores que estuvieran amparados por las necesidades básicas eran excluidos del Derecho, a la Doctrina de la Protección Integral considerando al niño, niña y adolescente como sujetos plenos de derechos sin ninguna distinción, al señalar “Todos los derechos para todos los niños”⁵.

En el ámbito europeo, hay que destacar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000, estableciendo en su artículo 24 que el interés del menor es primordial en todos los actos que afecten al niño llevado a cabo por autoridades públicas⁶.

Desde el marco-jurídico español, debemos partir de la Constitución Española de 1978, en adelante CE, con su artículo 39, pero además, siguiendo con este principio destaca la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LOPJM. Estos textos normativos serán estudiados con más profundidad en los siguientes epígrafes.

I.2 Concepto del “interés superior del menor”

Hoy en día, podemos observar la evolución en el Derecho de familia con un proceso de reforma llevado a cabo por la doctrina y la jurisprudencia como consecuencia

⁴ UNICEF (2016). *La Convención internacional sobre los derechos del niño y la niña*. Fundación Unicef-Comité español. Págs. 5-42. Disponible en https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf

⁵ LARUMBE CANALEJO, S. (2002). Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo. *Revista IIDH*, (36). Pág. 252. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r06835-10.pdf>

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés del menor* (2ª ed.). Madrid: Dykinson. Págs. 49-50.

de la inserción del principio del interés superior del menor, siendo un principio que forma parte del sistema jurídico de protección de los derechos del menor, ahora bien, ¿Qué es el "interés superior del menor"?

El concepto jurídico del interés superior del menor o "favor minoris" es un término fundamental en el Derecho, tiene un reconocimiento internacional universal, es un principio general que abarca muchas normas, pero no hay un término normativo exacto en nuestro Ordenamiento jurídico. Por tanto, es un concepto indeterminado, y esto conlleva la gran dificultad de definir el mismo.

CÁRDENAS señala que más que una norma jurídica, parece un paradigma social, debido a su gran imprecisión, y se pregunta cómo se puede especificar este concepto sin suposiciones derivadas de un contexto moral basado de una cultura determinada⁷. Dicho lo anterior, hay que precisar que el menor es ante todo persona. Por menor se entiende todo ser humano con una edad inferior a dieciocho años. Así lo afirma la CDN, cuyo fin del interés es salvaguardar y reforzar la protección que merece como sujeto singular, protegiendo los derechos fundamentales inviolables del Ordenamiento Jurídico⁸.

Respecto a la LOPJM, el artículo 2 tras la reforma implantada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, es dividido en 5 apartados para especificar a qué nos referimos con interés superior del menor, en adelante ISM.

El primero se refiere a que este interés es primordial en todos los aspectos que estén involucrados; el segundo apartado establece varios criterios de aplicación a un caso concreto, como la protección del derecho a la vida o la satisfacción de las necesidades básicas, o sus deseos, sentimientos u opiniones; el tercer apartado recoge que estos criterios generales deben ponderarse con otros como la edad, la madurez así como la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, por sufrir maltrato, por tener alguna discapacidad, por su orientación sexual o identidad, entre otros; el cuarto determina que cuando concurra otro interés legítimo, el ISM debe priorizarse y, por

⁷ CÁRDENAS MIRANDA, E. L. (2011). El interés superior del niño. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, (23), 307-323. Pág. 6. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/23/18a.pdf>

⁸ UNICEF (2016). *Convención sobre los derechos del niño*. Fundación Unicef-Comité español. Disponible en <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>

último, el apartado cinco se refiere a las garantías del proceso que están sometidas todas las medidas que relacionan al menor⁹.

En el orden doctrinal, las opiniones sobre este interés del menor distan mucho. En cuanto refiere a una definición exacta de este precepto, pocos son los autores que se han atrevido a realizarla, siendo uno de ellos ZERMATTEN. Desde su punto de vista, este interés es un instrumento jurídico cuyo fin es garantizar el bienestar del niño en el marco físico, psíquico y social. Además, sostiene que las entidades públicas o privadas tienen que asegurarse de que este interés sea aplicado al niño en todas las decisiones en las que se encuentre involucrado¹⁰.

Por otro lado, RIVERO afirma la indeterminación del interés en nuestro sistema jurídico y que por ello la ley no especifica su alcance, pero sí delimita un supuesto concreto en el momento de su aplicación. Este interés del menor es un standard jurídico, una conducta que responde a la convicción de la sociedad, pero no es un concepto ilimitado, tiene su limitación en los derechos de los demás. De este criterio destaca su relativismo por su dependencia del menor, y su aspecto dinámico con su evolución por los cambios de la sociedad. La interpretación adecuada de este concepto se efectúa cuando se aplica a las circunstancias concretas de cada caso, junto con la ley, siendo el juez quien debe valor el supuesto de hecho. Este autor también considera este principio como un parámetro jurídico para ciertas instituciones como la adopción, la guarda y custodia tras las crisis matrimoniales, la patria potestad y el divorcio¹¹.

Siguiendo el estudio de este autor -RIVERO- vemos cómo clasifica este principio en tres corrientes. La primera, desde una posición autoritaria, sometiendo al menor a una educación excelente, independientemente de su vocación. La segunda concibe los deseos del infante, en este interés, y la tercera tendencia engloba tanto la autoridad como las necesidades del menor, es decir se encarga de abarcar las dos primeras corrientes pero siempre diferenciando si es un niño o si es un adolescente, ya que en el primer caso se intenta alcanzar un equilibrio afectivo, mientras en el segundo una mayor libertad¹².

⁹ Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, 175, 61871-61889.

¹⁰ ZERMATTEN, J. (2003). *El Interés Superior del Niño...*, op. cit., pág. 15.

¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés...*, op. cit., págs. 67-77.

¹² LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*. Las Rozas (Madrid) España: La Ley. Pág. 102.

Desde otro punto de vista, GATICIA y CHAIMOVI (2002), consideran que el interés superior del menor es meramente comunicacional, y que lo que significa es que en caso de conflicto de derecho del mismo rango, primará siempre el del interés superior del niño frente a cualquier otro, ya sea el de los padres, el de la sociedad e incluso el del Estado, que pueda afectar a sus derechos fundamentales¹³.

En palabras de AGUILAR, este interés significa decidir sobre los derechos humanos del niño, descartando lo que sea más conveniente o lo que el juez crea mejor para él, considerando al niño como un ser humano y un sujeto que posee derechos que deben ser respetados, y con capacidad para pronunciarse sobre los "estados del alma" señalando SARAMAGO que estos estados son "pertenencia exclusiva de la madurez, de las personas que ya son competentes para manejar, con más o menos propiedad, los graves conceptos con que sutilezas así se analizan, definen y pormenorizan. Cosas de adulto, que creen saberlo todo"¹⁴.

Un ejemplo es el que nos trasmite CARDONA. Este parte de que si un adulto tuviera que determinar el ISM de 5 niños diferentes en lo referente a la adopción de una medida individual, podría llegar hasta a 5 conclusiones diferentes teniendo en cuenta varios factores como la edad, y la situación familiar; adaptándose estas 5 conclusiones al ISM por atender en cada menor las circunstancias personales, pero sin embargo, si 5 adultos tuvieran que tomar individualmente una decisión sobre un menor con unas circunstancias determinadas, estos 5 adultos deberían llegar a la misma conclusión ya que el ISM no es lo que esos 5 adultos piensan que es lo mejor para cada niño, sino la garantía y disfrute de todos los derechos que reconoce la Convención así como el desarrollo del menor teniendo en cuenta sus circunstancias¹⁵.

Una vez expuestas diversas definiciones sobre el ISM, es menester continuar con el estudio de dos técnicas relacionadas con este interés. Estos métodos son; la cláusula general, por un lado, y por otro una lista de situaciones para guiar al juez a la hora de tomar decisiones que afecten al menor.

¹³ AGUILAR CAVALLO, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1). Págs. 230-233. Disponible en <http://www.redalyc.org/html/820/82060110/>

¹⁴ *IBÍDEM*

¹⁵ HUETE NOGUERAS, J. J. (1989). *Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamiento jurisprudencial en materia de protección de menores*. Págs. 1-17. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/C.%20Escrita%20Huete%20Nogueras.%20Jos%C3%A9%20Javier.pdf?idFile=29a8de18-2a71-400d-92ed-282d8b9541d6

En relación a esta cláusula, TORRES se pronuncia sobre esta técnica precisando que es una disposición legal que se refiere a conceptos muy generales, siendo una de sus ventajas el ajuste de las soluciones que establece, a la conciencia social; la interpretación que el juez hace de la ley no debe llevarse a cabo de forma estricta, sino entendiendo de forma conjunta el Ordenamiento Jurídico. Sostiene que las cláusulas generales son disposiciones ley (por ello, las decisiones que invoquen no pueden ser contrarias a la misma). Son necesarias para complementar el sistema y para ajustar el Ordenamiento Jurídico a la sociedad. Por ello se debe aludir al concepto de interés del menor de forma general y abstracta, precisándose en el momento que va a ser aplicado a un determinado supuesto, garantizando al menor un libre desarrollo sin discriminación, permitiéndole acrecentar sus cualidades y capacidades, y entendiendo la prioridad de su interés frente a los demás, puesto que el Derecho siempre debe de velar por el más débil.

La otra técnica, consiste en una lista de situaciones para guiar al juez es sus decisiones sobre el menor. Es definida por RIVERA como la "Técnica legislativa de la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos". Esta técnica se utiliza de forma supletoria a la de las cláusulas generales, y consiste en que el juez encargado como guía en su resolución tenga en cuenta una serie de principios para tomar su decisión sobre el menor, tales como las necesidades materiales e incluso espirituales o los deseos del menor atendiendo a su madurez, la edad y el sexo así como la afección psíquica o social del menor por alterar su estabilidad. Se consideran como unos parámetros sociales¹⁶.

Por cuanto respecta a la jurisprudencia, es necesario mencionar la doctrina que fija la STS, Sala 1ª, de 28 de septiembre 2009. La resolución citada nos indica que la normativa relativa al interés del menor es de orden público y, por tanto, debe ser tomada en cuenta por los jueces y tribunales a la hora de establecer soluciones que afecten a los menores. Esta interpretación se ratifica en la STC 141/2000, de 29 de Mayo de 2000, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional". Esta sentencia afirma que el problema procesal recae sobre el órgano que debe juzgar dicho interés, diferenciando si tiene aspectos casacionales, dependiendo de si se ha aplicado o no la norma fundando el interés superior del menor, mientras que la delimitación para determinar el interés del menor en cada caso concreto no lo tendrá

¹⁶ De TORRES PEREA, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *InDret*, (4). Págs. 6-7. Disponible en http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf

ya que este Tribunal considera que es una aptitud discrecional del juzgador y a no ser que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otras cosas”, no cabe impugnación casacional¹⁷.

Centrándonos en la STS de 17 septiembre 1996, el Tribunal se pronunció sobre un caso en el que los abuelos, en virtud del artículo 160 del CC, reclamaban mantener relación con su nieto, interponiendo un recurso de casación al que se opuso el padre, apoyado por el MF, puesto que consideraba que para la resolución había que tener en cuenta el beneficio del menor por los tribunales de instancia, y sin admisibilidad de casación puesto que no se trataba de una cuestión jurídica. Frente a esto, el Tribunal se pronunció y resaltó que hay que tener en cuenta el ISM en todos los aspectos, que es un interés que vincula a órganos judiciales, a los poderes públicos, a los padres así como a todos los ciudadanos, reconociendo al sujeto como individuo titular de derechos y con capacidad progresiva para ejercerlos teniendo en cuenta la edad para que las medidas adoptadas sean las más adecuadas en su integración familiar y social. Esta STS, en definitiva, viene a identificar por un lado que este interés no solo está relacionado con los jueces y tribunales sino también con los poderes públicos, los padres, así como con cualquier ciudadano y, por otro lado, junto a su titularidad de derechos y su capacidad progresiva para ejercerlos, estableciendo estos mismos criterios la LOPJM¹⁸.

Concluyendo con este apartado, queda claro que el concepto del ISM es indeterminado puesto que tiene un contenido abierto, siendo necesaria la adaptación de la leyes, al contrario que un concepto determinado, de contenido cerrado permitiendo la realización de un trabajo de forma sistemática; que este principio es consecuencia de un nuevo modelo social donde el menor es el centro de todas las decisiones, donde pasa de ser objeto del derecho a ser sujeto, prevaleciendo su interés frente a cualquier otro interés legítimo por el bienestar del menor. Que los padres son los principales responsables de este interés así como la magistratura que se encarga de determinar el interés del menor en cada supuesto según los valores reconocidos universalmente junto con las circunstancias personales de cada niño. Así lo afirma la SAP de Barcelona, de 12 enero 2006,

¹⁷ STS (1º) 28 septiembre 2009

¹⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2). Págs. 101-102. Disponible en <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>

estableciendo que el contenido de este interés solo podrá ser determinado en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias personales y familiares de cada niño¹⁹.

En definitiva, la autoridad competente tiene un campo de acción flexible, con el fin de establecer lo más beneficioso para el menor o lo menos grave para su equilibrio emocional. Cuando nos referimos a lo más beneficioso hay que entenderlo como una cuestión de interés moral y material, así lo afirma la SAP de Córdoba de 18 de Mayo de 1993²⁰. Según esta, hay que atender tanto al interés objetivo que abarcaría las ventajas que ofrecen los cónyuges para la educación del menor, como subjetivo que comprende los deseos o aspiraciones del menor. Sin embargo, la SAP de Córdoba de 26 de Marzo de 2004 establece que para concretar este interés tiene preferencia el aspecto psíquico antes que el material, pero sin descartar este último²¹.

GARCÍA-LOZANO pondera que la aplicación de este interés tiene como fin perjudicar lo menos posible la estabilidad emocional del menor, pero esto puede derivarnos a situaciones que tengan su origen en un fraude de ley, o incluso contrarias a ella como el caso de los secuestros internacionales, en los que un progenitor traslada al menor sin el consentimiento o ante la negativa del otro y sin autorización judicial. Probablemente ambos progenitores persigan el interés del menor, pero desde diferentes perspectivas. Además resalta un ejemplo, para concienciarnos de que la aplicación de este interés puede suponer un riesgo en algunas ocasiones, pero es necesaria su consideración.

El ejemplo es el caso del niño del Royo, un bebé que vivía con una familia de acogida y tras una resolución judicial fue separado de dicha familia e internado en un centro de acogida para poder estar más cerca de su madre, ya que esto supondría una mejora en su estado de salud. No se sabe si la salud de la progenitora mejoró o no, pero lo que sí se sabe es que el menor, como consecuencia de esto, fue internado en varios centros de acogida, y todo por la falta de consideración en esa resolución judicial del interés del menor, pues si hubiera primado este y no el de la madre, el menor hubiera permanecido con la familia de acogida, ya que le proporcionaba un hogar estable²².

¹⁹ SAP Barcelona (18º) 12 enero 2006

²⁰ SAP Córdoba 18 mayo 1993

²¹ SAP Córdoba (2ª) 26 marzo 2004

²² GARCÍA-LOZANO. S. T. (2016). El interés superior del niño. *Revista Anuario mexicano de derecho internacional*, 16. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131&lng=es&nrm=iso&tlng=es

I.2.1 Marco-normativo en el Derecho español

Como se ha ido explicando, la definición del interés del menor, objeto de análisis, es un concepto indeterminado dando una aproximación a su significado en el momento de aplicarlo. En el ordenamiento jurídico español, el legislador atribuye al juez esta capacidad para determinar en cada caso específico este interés, encontrándonos por ello, soluciones muy variadas en nuestro país por jueces y tribunales. Algunas reflexiones doctrinales y algunos autores españoles como RIVERO coinciden en creer que puede afectar las creencias e ideologías de cada juez para tomar la decisión, a pesar de las limitaciones, valorando los derechos²³.

En nuestro sistema jurídico español, la evolución del interés del menor tanto ideológica como social se muestra en la Constitución de 1978, en la LOPJM y en el CC tras las leyes de reforma de 1981, modificando el derecho de la persona y de familia. Siguiendo el estudio de la CE destaca el artículo 39 con el que se hace referencia al tema de la protección constitucional de la infancia; este artículo es considerado como eje impulsor del cambio jurídico, debido a su contenido, destacando sus apartados 2,3 y 4. El apartado 2 tipifica que los poderes públicos aseguran la protección de los hijos menores, el apartado 3 exige que mientras los hijos sean menores o en los casos que así lo establezca la ley, los padres deben prestarle asistencia de todo orden, afirmando por último el apartado 4 del citado artículo 39 CE que los niños gozarán de la protección de sus derechos que dispongan los acuerdos internacionales.

Aunque este es el artículo que más prioriza el interés del menor, también es de gran relevancia el artículo 10.1 de la CE, cuando se pronuncia sobre la dignidad y los derechos inviolables de las personas así como sobre el libre desarrollo de su personalidad, siendo este último criterio determinante para el interés del menor, ratificado por la STS del 15 julio 1988 y 19 abril 1991²⁴. Además, junto a este artículo 10 es necesario mencionar el argumento de la razonabilidad, muy utilizado por la jurisprudencia del TC, considerado por este como un "instrumento normativo de primer orden". Este concepto es

²³ ORTEGA GUERRERO, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología clínica, legal y forense*, 2(3). Págs. 89-90. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2516711>

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés...*, *op. cit.*, págs. 41-43.

como un indicador constitucional de las leyes, puede interpretar los derechos fundamentales y establecer sus límites y su correcta aplicación pero no es suficiente para tomar una decisión, ya que cuando un órgano judicial adopta la misma, aparte de la razón y motivación, debe especificar el derecho fundamental o libertad pública que se vulnera (STC 221/2002 25 noviembre de 2002)²⁵.

Habiendo procedido al análisis detallado del artículo 39 CE, cabe referenciar la SAP de Baleares de 22 septiembre 2006, que reconoce que el principio de "favor filii" es un principio fundamental en la Constitución y que a la hora de adoptar medidas sobre el menor hay que atender a su bienestar físico y emocional así como salvaguardar su interés²⁶. Destaca también la SAP de Toledo de 18 enero de 2007, esta reconoce que el artículo 39 CE garantiza el interés material y moral del menor por encima de los intereses legítimos de sus progenitores²⁷.

Posterior a lo establecido en la CE, encontramos el artículo 2 de la LOPJM en el que se dice explícitamente que en la aplicación de esta Ley primará el interés del menor frente a cualquier otro interés legítimo, observando y distinguiendo los elementos y criterios que establece dicho artículo para determinar este interés según el caso que se presente; en su artículo 3 señala, que los menores disfrutarán de aquellos derechos que reconozca tanto la CE como los tratados internacionales en los que España sea parte. También el CC consagra varios artículos referentes a este interés; el artículo 103.1 expresa que para determinar la guarda y custodia primará siempre el interés del menor, en casos de nulidad, separación o divorcio. El artículo 149 no permite la libre elección del obligado a prestar alimentos cuando perjudique al menor; los artículos 154.2º, 156 y 158, en los que el legislador pondera el interés del menor sobre la patria potestad; los artículos 172-174, en caso de guarda y acogimiento; así como los artículos 216 y 224, reglamentando los aspectos sobre la tutela²⁸.

Además la LOPJM por su reforma respecto a la acogida y la adopción así como la protección de los derechos del menor de los artículos 4-9 o la Ley de Enjuiciamiento

²⁵ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (3). Págs. 55-56. Disponible en <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1300>

²⁶ SAP Baleares (4ª) 22 septiembre 2006

²⁷ SAP Toledo (2ª) 18 enero 2007

²⁸ De CASTRO MARTÍN, R Mª. (2011). *El interés superior del menor*. Junta de Andalucía. Sevilla. Págs. 2-3. Disponible en <http://www.acogeles.org/docs/publicaciones/docpub04.pdf>

Civil en su artículo 1826 permiten al juez practicar las diligencias que sean necesarias para comprobar que la adopción o el acogimiento es favorable para el menor²⁹.

I.2.2 Marco-normativo en el Derecho internacional

Bajo un prisma más internacionalista, cabe referenciar varios Convenios internacionales (Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, la Convención de la Haya de 25 octubre 1980, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea..) que se han preocupado constantemente por el ISM pero hay que hacerle especial mención a la CDN, ya que esta fue aceptada por numerosos países fortaleciendo y desarrollando la protección de la infancia, considerando al menor como sujeto individual de derecho, y suponiendo su creación, un progreso para la humanidad, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰.

En 2009 UNICEF, con motivo del 20 aniversario de la CDN, informó de los progresos alcanzados durante estos años por los Estados que han corroborado esta Convención, además hizo un llamado internacional para poder afrontar en los próximos años mayores retos con el objetivo de conseguir una infancia adecuada, pretendiendo la protección de los niños frente a los abusos, la violencia o la separación de sus familias; logrando una mayor participación del infante y una mayor consideración hacia este, a través de leyes internacionales respaldadas por el derecho Nacional³¹.

Centrándonos en el TEDH, este obliga a los Estados parte a cumplir con lo dispuesto en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por lo dispuesto en su artículo 8, sobre la vida privada y familiar, ha derivado en el dictado de numerosas sentencias sobre el interés superior del menor siendo objeto de análisis las siguientes:

La STEDH de 13 de julio 2000, (caso Elsholz contra Alemania)³²; alude a la importancia que tiene medir el equilibrio entre el interés del menor y el de los progenitores, y que para ello es necesario primar el interés del menor por su fragilidad ante el de los progenitores. Por otro lado, encontramos la STEDH de 7 de agosto 1996 (caso Johansen

²⁹ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012). Sobre la interpretación..., *op. cit.*, pág. 50.

³⁰ UNICEF. (2016). *Convención...*, *op. cit.*, págs. 5-42.

³¹ CÁRDENAS MIRANDA, E. L. (2011). El interés superior..., *op. cit.*, págs. 10-11.

³² STEDH 13 julio 2000

contra Noruega) donde se priva a la madre del menor de sus derechos parentales y de visita, reiterando que estas circunstancias solo se llevarán a cabo de forma excepcional y cuando estén justificadas por el interés del menor³³.

Como se ha apuntado en el apartado anterior, "lo razonable" es un criterio relevante para la jurisprudencia del TC, pero también tiene un gran peso en el TEDH, siendo sentencia clave la STEDH de 23 junio 1996 (caso Hoffmann contra Austria) en la que establece que en el disfrute de los derechos y libertades recogidos en el Convenio, el artículo 14 prohíbe que personas en situaciones similares sean tratadas de forma diferente, a no ser que esté justificado objetiva y razonablemente. En la misma línea, JIMENA (1997), señala de esta jurisprudencia dos criterios esenciales "la justificación objetiva y razonable, y la finalidad legítima y proporcional". Estos son términos indeterminados y, por ello, los órganos competentes del Convenio pueden intervenir con discrecionalidad, siendo de gran utilidad para ello las circunstancias y los preceptos históricos³⁴.

BORRÁS (1994) considera que el interés superior del menor es abarcado por todas aquellas instituciones cuyo objetivo es proteger dicho interés con independencia de su situación familiar o personal. De modo paralelo, desde que los derechos del menor aparecieron en la Convención de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, son esenciales en materia familiar; la evolución queda reflejada en diferentes Convenios de la Haya donde se aprobó el Convenio de 19 de octubre, 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, niñas y adolescentes³⁵.

1.3 El interés del menor en el Derecho comparado

Con la citada Convención, muchos países han velado por los derechos del menor en sus legislaciones nacionales haciendo las modificaciones pertinentes para garantizar la protección acordada. Referente a esto, LATRHOP compara diferentes ordenamientos, y desde el Derecho anglosajón, destaca el "welfare principle" (principio del bienestar). Este principio es primordial en la "Children act 1989" donde los tribunales británicos lo tienen como referente en asuntos de custodia del menor. Este principio tiene mayor

³³ STEDH 7 agosto 1996

³⁴ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012). Sobre la interpretación..., *op. cit.*, págs. 56-57.

³⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés..., *op. cit.*, págs. 94-95.

exactitud que el ISM en España debido a una serie de criterios tales como sus deseos, sus necesidades educativas y emocionales, su edad o los daños que pueden llegar a sufrir. En definitiva, estos criterios configuran el mejor interés del menor, sin embargo, BROMLEY que es uno de los autores referentes en el derecho de familia anglosajón, explica que es muy difícil concretar judicialmente el significado de "wealfare". Acude a la definición del Juez LINDLEY en el caso *Re McGrath*. Según este, el bienestar hay que considerarlo desde un punto de vista moral, religioso y afectivo, y no solo económico; otro caso a mencionar es el caso *Walter v. Walter and Harrison*. En el mismo la autoridad describe el bienestar como una palabra "omnicomprensiva" donde en primer lugar debe establecerse la afección, la estabilidad, y la seguridad del menor, antes que los aspectos materiales que deben ponderarse en segundo lugar³⁶.

En Estados Unidos la situación es similar, ya que de igual modo hay una serie de criterios que permiten determinar el "favor filii". El problema es que, debido al régimen federal en el que se encuentran, existe una gran compilación de leyes que establecen los criterios que concretan el interés del menor para conceder la guarda y custodia, siguiendo la mayoría de los ordenamientos locales el sistema de la custodia compartida. En estos criterios encontramos la adaptación del menor a su ambiente, sus necesidades emocionales o físicas, su edad, sus aspectos religiosos, sus deseos así como su formación educativa entre otros. Además, en EEUU se presume que la custodia compartida es el sistema que más beneficia al menor, medido bajo los parámetros de mantener relación con ambos progenitores y sus respectivas familias, la comunicación que establece entre los padres para adoptar medidas referentes al menor y su buena voluntad e interés del menor para llevar a cabo esta custodia, la estabilidad del menor en un hogar y en una escuela; todo ello ponderando siempre el bienestar del menor.

Por último, LATHROP hace énfasis en Suecia y en Canadá respecto de este ISM. En Suecia predomina el "firendly parent". Este concepto establece que para determinar el ISM se le dará una mayor importancia a la necesidad de contacto estrecho y más adecuado con los progenitores, es decir, que para conceder la custodia a uno de los progenitores, se tendrá en cuenta el progenitor que garantice el derecho del hijo a mantener relación de forma habitual con el progenitor no custodio.

³⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). *El interés...*, *op. cit.*, pág. 95.

En Canadá sin embargo, el Comité parlamentario pretende modificar la Ley de Divorcio de 1996, permitiendo la custodia compartida debido a la gran repercusión de la doctrina extranjera teniendo en cuenta al infante, y además también propone que el menor, durante el divorcio de sus padres tenga la posibilidad de expresar su opinión ante el juez encargado de especificar las responsabilidades parentales, y en defecto de este por alguna dificultad, la intervención de un tercero representándolo³⁷.

II. Atención y cuidado del menor tras las crisis matrimoniales

II.1 Estadísticas sobre las crisis matrimoniales en España

Como cuestión previa a la atención que ha de prestarse a los hijos una vez que se produce la disolución matrimonial, compete referenciar el Instituto Nacional de Estadística (INE), encargado de realizar anualmente una investigación sobre el número de sentencias de nulidades, separaciones y divorcios debido al convenio firmado con el Consejo General del Poder Judicial.

Según el INE, cada vez es más frecuente la ruptura matrimonial en Europa, destacando España tras la aprobación de 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. De hecho, España es el tercer país con mayor número de divorcios, de entre los 27 Estados miembros de la UE, según estudios de la Eurostat.

³⁷ LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida...*, op. Cit., págs. 120-126.

Las estadísticas nos muestran los altos índices de las crisis matrimoniales, como podemos observar en la siguiente tabla:

CRISIS MATRIMONIALES	TOTALES 2008-2012
Nulidades	674
Separación de mutuo acuerdo	25.469
Separación contenciosa	11.504
Divorcio consensuado	340.870
Divorcio no consensuado	178.324

Tabla 1. Extraída del Defensor del Pueblo³⁸

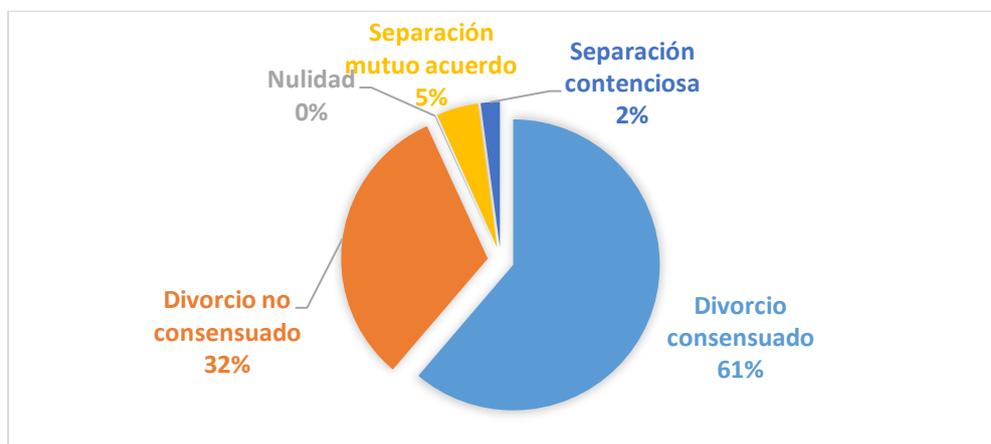


Gráfico 1. Extraído del Defensor del Pueblo³⁹

Como observamos en la gráfica, hay un alto índice de crisis matrimoniales. El principal problema que debemos abordar ante esta situación, es el desarrollo del menor. Según los datos del INE, el 50% de padres divorciados, tienen hijos menores.

Los ex cónyuges deben adaptarse a la nueva situación familiar, valorando en todo momento el ISM ya que, con frecuencia los progenitores, una vez que el matrimonio se ha disuelto, tienden a mantener una relación negativa entre ambos, utilizando al menor en beneficio de sus propios intereses, perjudicando e incluso en ocasiones enfrentando o alejando a sus hijos del otro cónyuge, descuidando el interés del niño aunque sea sin

³⁸ Defensor del Pueblo. (2014). *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*. Publicaciones de la Oficina del Defensor del Pueblo. Págs. 30-36. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

³⁹ *IBÍDEM*

intencionalidad de desfavorecerlo o sin pensar en las consecuencias psicológicas asociadas⁴⁰.

II.1.1 Evolución del divorcio en España

Históricamente en España la disolución del matrimonio solo era posible con la muerte de uno de los cónyuges. Así venía recogido en el artículo 52 del CC de 1889. Además, estamos hablando de una sociedad en la que primaba mucho el ideario confesional de la Iglesia Católica, considerando el divorcio como anticatólico. Años después, durante la Segunda República se produjo una fuerte reforma constitucional y legislativa modificando el divorcio en el artículo 43 de La Constitución de 1931. Este artículo determinó que el divorcio, con la intervención del Estado, podía disolverse por mutuo acuerdo o por alegación de uno de los cónyuges siempre que hubiera causa justificada. Basado en estos criterios, las Cortes Constituyentes presentaron un Anteproyecto de ley dividido en 5 capítulos con un total de 69 artículos, referentes a las causas, la acción, los efectos del divorcio, la separación de bienes y personas, y el procedimiento del divorcio, que finalmente fue aprobado el 2 de Marzo de 1932, como la Ley del Divorcio, permitiendo, al igual que la Constitución, la disolución del matrimonio por *mutuo disenso*. España se situó con esta novedad como uno de los países más liberales por su legislación⁴¹.

Aunque se aprobara esta Ley de 1932, el índice de divorcios no era muy elevado, por ello nos encontramos poca jurisprudencia sobre el mismo, exponiendo la STS de 21 de abril de 1934. En dicha resolución se declaró un divorcio por mutuo acuerdo entre una pareja sin asignar la culpabilidad a ningún cónyuge. No conforme la esposa con la sentencia, pues en la misma solo se probó que se cumplía la causa duodécima del artículo 3 de la Ley de Divorcio 1932, ya que vivían de forma separada durante más de 3 años⁴²,

⁴⁰ GARCÍA CARNICA, M. D. C. (2009). Los menores en los procedimientos de separación y divorcio. En *Los niños y las niñas en la administración de justicia: Jornadas Infancia y Administraciones Públicas, Granada, 14, 15 y 16 de noviembre. Comares*. Págs. 1-8. Disponible en http://www.ase mip.org/system/files/5627/original/Interes_del_menor.pdf?1416836391

⁴¹ DAZA MARTÍNEZ, J. (1992). La Ley de Divorcio de 1932: presupuestos ideológicos y significación política. *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social, N. 1 (octubre 1992)*. Págs. 163-167. Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5908/1/ALT_01_13.pdf

⁴² El artículo 3 de la Ley de Divorcio de 1932 establecía una serie de causas para que fuera efectivo el divorcio, siendo la duodécima la separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentido por la pareja durante 3 años.

recurrió la sentencia mencionada alegando que su marido llevaba una vida desordenada, y que además convivía con otra mujer junto a la existencia de adulterio. Finalmente, el TS resolvió que concurría también la causa octava del artículo 3 referido a la tentativa del marido de prostituir a su mujer, concediendo el divorcio debido a la culpabilidad de su marido⁴³.

Siguiendo con esta Ley de 1932, hay que especificar que tuvo una vigencia de corto plazo debido a la derogación por la Ley 23/1939 de 5 de octubre, relativa al divorcio, considerando nulos todos aquellos declarados por los tribunales civiles que se hubieran realizado a instancia de una de las partes desde la aprobación de la Ley de 1932 hasta la derogación⁴⁴.

Esta Ley derogada empezó a trabajarse desde principios del siglo XX y contó con la obra titulada "el divorcio en España" publicada en 1904 por Carmen de Burgos "colombine", periodista progresista, escritora, y defensora de los derechos de la mujer. Esta obra generó, una gran repercusión pues en aquella época la mujer estaba sometida a desempeñar la labor de ama de casa, aislada en el hogar, sin ningunos derechos más allá de los que les otorgaban o bien el marido o el padre, además con opiniones limitadas a ellos. Las mujeres eran tratadas por el propio Código como menores de edad. Esta escritora lo que promovía era que si se permitía que las monjas renunciaran al esposo ideal por estar casadas con Dios, de igual forma debía permitirse romper el vínculo que unía a los matrimonios entre el hombre y la mujer. Fomentaba que el divorcio suponía un gran progreso para la sociedad y que estaba admitido en diversos países⁴⁵.

Nos encontramos, por tanto, en un Estado donde no estaba permitido el divorcio, hasta 1981, año en el que se aprobó 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. Pero esto no significa que en los años anteriores no existieran separaciones de facto o problemas matrimoniales sino que no era

⁴³ STS (1ª) 21 abril 1934

⁴⁴ Ley 23/1939, de 5 de octubre, relativa al divorcio. *Boletín Oficial del Estado*, 10, 5574-5575.

⁴⁵ ABELLÁN, J.L. (2010). Carmen de Burgos y El divorcio en España. *Arbor*, vol. 186 (Extra). Págs. 55-57. Disponible en <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/1190>

legal en nuestro Estado confesionalmente católico, a excepción de las anulaciones matrimoniales⁴⁶.

Promulgada la Ley 30/1981, de 7 de julio, se legalizó el divorcio como última solución en el matrimonio, siempre que se dieran una serie de hechos que evidenciaran la imposible reconciliación entre la pareja, exigiendo que se demostrara o bien el cese de la convivencia conyugal o una violación efectiva de las obligaciones matrimoniales. Años después, esta Ley fue sometida a una reforma con la Ley 15/2005, de 1 de julio, que modifica la separación y divorcio tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con esta Ley se pretende garantizar la libertad de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, ya que basta con que uno de los dos quiera la separación, para interponer la demanda de divorcio siendo único requisito que transcurran tres meses desde la celebración del mismo, suponiendo por tanto una normativa más favorable para las parejas⁴⁷.

Además, esta Ley 15/2005 introdujo el llamado "divorcio express", poniendo fin al procedimiento causalista de separación y divorcio que establecía el CC, siendo la separación la ruptura de la convivencia matrimonial sin afectar al vínculo conyugal, mientras el divorcio es la disolución del matrimonio. CARRASCO explica que la intención del legislador es primar la libertad de las personas tanto en la celebración, durante la relación y en la disolución del matrimonio y, por ello, no puede exigirse la demostración de separación para que se produzca el divorcio. Respecto a los hijos, defiende que este procedimiento es lo más favorable a la hora de las relaciones paternofiliales ya que demostrar en el procedimiento judicial los motivos de separación, producía una gran conflictividad entre los padres, afectando a los menores⁴⁸.

El Código Civil tras la reforma mencionada no expresa ningún motivo justificado para presentar la demanda, como la Sentencia de 11 de mayo de 2016, donde la mujer decide interpone demanda de divorcio contra su marido, estimado finalmente por el

⁴⁶ AGUILERA ARILLA, M. J. (2003). El divorcio en España tras 22 años de legalización. In *Anales de geografía de la Universidad Complutense* (23) Servicio de Publicaciones. Págs. 118-119. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=976097>

⁴⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. *Boletín Oficial del Estado*, 163, 11864-11867.

⁴⁸ CARRASCO PERERA, A. (2017) *Lecciones de derecho civil* (3º ed.) Madrid, España: Tecnos. Págs. 143-145.

Juzgado de Primera Instancia⁴⁹. Sin embargo, anterior a la reforma se establecían unas causas para poder solicitar el divorcio, siendo previamente concedida la separación.

Indagando en la STS del 15 de marzo de 1990, podemos contemplar las causas que se han mencionado anteriormente como necesarias para que se conceda el divorcio en 1981. En esta sentencia, la mujer solicita la disolución de su matrimonio ya que transcurridos 4 meses de casados, el marido es condenado a una pena superior a 6 años de privación de libertad. En la resolución el TS estima, tras pronunciamientos anteriores por el Juzgado de Primera Instancia de Córdoba y la Audiencia Territorial de Sevilla (actual Audiencia Provincial), la disolución del matrimonio puesto que se cumple el requisito del apartado 3 del artículo 82 del CC (este apartado tres se refiere a que uno de los cónyuges sea condenado a una pena de privación de libertad superior a 6 años) y también debido a dicha condena se produjo el cese de la convivencia conyugal durante un periodo superior a dos años de forma ininterrumpida y, por tanto, existiendo también la causa del artículo 86.3 de CC en su apartado b) pues además de acreditarse el cese de convivencia durante dos años sin interrupción demostró la mujer que en el inicio de la separación de hecho del matrimonio el marido estaba incurso en la causa 3.b del artículo 86 del CC por haber sido condenado a una pena superior a 6 años⁵⁰.

Desde 2005 hasta la actualidad, el divorcio junto con su evolución es un fenómeno que preocupa y afecta a la sociedad y a la familia, sufriendo una transformación actual por su aumento abismal en los últimos años, de ahí la gran cantidad de estadísticas e investigaciones llevadas a cabo. Desde el punto de vista de un estudio sociodemográfico por el International Social Survey Program (ISSP), se investigó si el ser humano prefería el matrimonio aunque funcionara mal, y el resultado mostraba un gran desacuerdo por parte de los españoles. En los mismos estudios, otra cuestión a debatir fue que si las parejas que no eran capaces de solucionar sus problemas, la mejor opción era optar por el divorcio. Finalmente, esta fue apoyada por España a través de sus ciudadanos.

Llegamos a la conclusión del gran sustento que ha tenido esta disolución legal del matrimonio en nuestro país. Se puede afirmar que desde mediados de los años 90, el 70% de la población ha aceptado el divorcio como una de las medidas de solución ante los problemas de los cónyuges, llegando hasta el 80% en 2003. De hecho, en las encuestas

⁴⁹ STS (1ª) 11 mayo 2016

⁵⁰ STS 15 marzo 1990

mundiales nos situamos en el segundo país a favor del divorcio como una solución a los problemas matrimoniales⁵¹. De modo paralelo, los últimos estudios del INE, nos muestra el número de divorcios en España en 2016, con un total de 96.824, aumentando un 0.3% la variación anual respecto al año anterior.



Gráfica 2: Elaborada por el INE⁵²

II.1.1.1 Informe psicosocial de los menores tras el divorcio

En los apartados anteriores se ha reflejado cómo las tasas de divorcio en los últimos años han ido incrementado; y, teniendo en cuenta que el 50% de padres divorciados se encuentran con hijos menores, nos lleva a la situación de plantearnos como estos se encuentran emocionalmente durante y después de este proceso, pues es inevitable que les afecte, al derivar de ello una reestructuración familiar, enfrentándose a una situación desconocida y compleja.

CANTÓN, CORTÉS y JUSTICIA, realizan un estudio sobre la adaptación de los hijos en el divorcio de sus padres, mostrando en el contenido que efectivamente los hijos sufren este proceso, pues queda reflejado en una mayor agresividad, un alto nivel de delincuencia e incluso ansiedad o depresión con índices más elevados de los que conviven en una situación familiar "normal". En este análisis los autores hacen diferencia de género, ya que en los niños el comportamiento es más violento mientras que en las niñas es más

⁵¹ BECERRIL RUIZ, D. (2008). La percepción social del divorcio en España. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, 123(1). Págs. 187-208. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2666457>

⁵² Instituto Nacional de Estadística. (2001). *Nulidad, separación y divorcio*. Disponible en http://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiD atos&idp=1254735573206

frecuente la ansiedad o baja autoestima. Siguiendo el estudio, otras consecuencias derivadas de la separación de los padres en los hijos es el abandono escolar, disminuyendo tanto su rendimiento como sus aspiraciones académicas, así como la debilitación de la práctica de crianza por parte de los progenitores en la estructura familiar tras la separación debido a la inestabilidad, siendo resultado de esto el acercamiento de sus hijos con otros jóvenes en situaciones similares, atraídos por actos delictivos.

Quizá el mayor problema que aborda al menor es soportar o resistir los enfrentamientos entre sus padres, pues la mayoría de ex cónyuges no mantienen una buena relación, al contrario, abundan problemas no sólo en el momento de la separación sino durante los siguientes años, perjudicando el desarrollo de sus hijos. Esta investigación afirma que el bajo o alto nivel de conflictos entre las parejas separadas afecta a los hijos, ya que les deriva problemas tanto personales como de conducta⁵³. PONS y BARRIO coincide en esto último, ya que después de realizar un estudio en Valencia sobre el nivel de ansiedad de los hijos tras la separación de los padres, llegaron a la conclusión de que el proceso de disolución del matrimonio no era el motivo de ansiedad de los hijos, sino la relación que mantenían los padres entre sí después de la separación así como el número de visitas que el padre no custodia realizaba a su hijo⁵⁴.

Corolario a lo expuesto, destaca MORGADO y GONZÁLEZ con la investigación realizada con el fin de averiguar cuál es la adaptación psicológica de los hijos tras la separación de sus padres, evaluando la competencia cognitiva, social y escolar así como los problemas de conducta, junto con las diferencias que presentan los hijos al convivir con uno de sus padres tras la ruptura o con ambos progenitores en una situación familiar ideal. Pues bien, para ello, se llevó a cabo un estudio en Sevilla, escogiendo a 96 niños y niñas que convivían con un solo padre por la separación de la pareja, y 93 niños y niñas que convivían con ambos progenitores, con edades entre 6 y 12 años. En el resultado se mostraba que el promedio de hijos que convivían con un solo progenitor tenía medias más bajas en la evaluación de las competencias y mayores problemas de conducta que los que convivían en familias biparentales. Este estudio lo que nos muestra es que la separación de los padres afecta negativamente a los hijos directamente, pues supone un

⁵³ CANTÓN DUARTE, J., Cortes Arboleda M. D. R., y Justicia Díaz, M. D. (2002). Las consecuencias del divorcio en los hijos. *Psicopatología clínica, legal y forense*, 2(3). Págs. 48-55. Disponible en <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art16.pdf>

⁵⁴ PONS-SALVADOR, G., y Del BARRIO, V. (1995). El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos. *Psicothema*, 7(3). Pág. 493. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/727/72707302.pdf>

cambio en su vida habitual e incluso también en sus ámbitos económicos, territoriales, sociales o familiares, coincidiendo con la opinión que comparten CANTÓN, CORTES y JUSTICIA en que la ausencia de conflictos entre los ex cónyuges, repercute favorablemente a los hijos en su desarrollo emocional, evitando el comportamiento agresivo derivado de la separación.

CAMELLAS explica que, con la aparición de la Ley del Divorcio 15/2005, se permitió a los adultos decidir libremente sobre la duración del matrimonio, a sabiendas de las consecuencias nocivas que provocarían a los hijos, concluyendo GARCÍA al hilo de esto que, evidentemente la separación o divorcio supone en los hijos síntomas de culpa, agresividad e incluso depresión, derivando de ello una multitud de dolencias, pues se modifica su estructura familiar⁵⁵.

Varios autores más, como WALLESTEIN, que sostiene que el divorcio afecta emocionalmente a los hijos incluso cuando son adultos o STANDFOR afirmando que los menores sufren consecuencias psicológicas así como problemas de conducta, coinciden con los autores antes mencionados en los efectos perjudiciales derivados del divorcio, dañando el desarrollo socioemocional y psicológico de los menores. Desde un punto de vista contrario, otros investigadores como HETHERINGTON identifican que no siempre el divorcio produce efectos negativos y en los casos que los produzca se ausentan en un plazo medio, o SHAFER que sostiene que las diferencias en los comportamientos de los hijos de padres separados, son escasas a corto plazo, desapareciendo a largo plazo. Además, de igual forma que se han analizado estudios donde demuestran las consecuencias negativas en su formación escolar o su conducta dependiendo de si sus padres están casados o divorciados, existen estudios como el de VALDÉS sobre dos grupos de niños de diferentes comunidades y situaciones familiares, donde se muestra que no existe ninguna diferencia en el desarrollo del menor, por causas de disolución del matrimonio⁵⁶.

También es importante diferenciar la edad de los menores a la hora de observar la repercusión de la separación. Durante el periodo que abarca entre los 3 a 7 años el menor

⁵⁵ MORGADO CAMACHO, B., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ M. D. M. (2012). Divorcio y ajuste psicológico infantil. Primeras respuestas a algunas preguntas repetidas. *Apuntes de Psicología*, 30(1-3). Págs. 351-360. Disponible en <http://www.apuntesdepsicologia.es/index.php/revista/article/view/417>

⁵⁶ VALDÉS CUERVO, Á. A., MARTÍNEZ, E. A. C., URÍAS MURRIETA, M., y IBARRA VÁZQUEZ, B. G. (2011). Efectos del divorcio de los padres en el desempeño académico y la conducta de los hijos. *Enseñanza e investigación en psicología*, 16(2). Págs. 297-299. Disponible en <http://www.redalyc.org/html/292/29222521006/>

tiende más a sentir miedo de abandono por parte de sus padres, tristeza y demanda más cariño. Sin embargo, durante los 7 a 12 años se suelen culpabilizar por la separación de sus padres, empiezan a sentir rechazo y vergüenza por la situación en la que se encuentran y a disminuir su rendimiento escolar. Por último, la edad de la adolescencia que incluye de los 12 a 18 años, son edades donde los menores experimentan un sentimiento de preocupación por su situación familiar siendo factores de riesgo la delincuencia o la toma de sustancias tóxicas⁵⁷.

II.1.1.2 Derecho del menor a ser oído y escuchado en los procedimientos matrimoniales después de la reforma de la LO 8/2015

Para tratar sobre el derecho del menor a ser oído debemos incidir en el artículo 12 de la CDN, ya que atribuye una de las cuestiones más importantes a la Convención para considerar al niño como sujeto de derechos. La redacción de este artículo se divide en dos párrafos, el primero defiende el derecho del menor a expresar libremente su opinión en todos los asuntos en los que esté involucrado, garantizado por los Estados parte de la UE siempre que el menor tenga capacidad de formar un juicio propio. Con juicio propio se refiere a tener una comprensión suficiente a los problemas planteados. Además, el artículo dice que hay que tener en cuenta la edad y madurez del mismo.

El párrafo segundo, valorado por el Comité de los Derechos del Niño como uno de los 4 principios generales de la CDN (siendo los otros tres, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la primordialidad del interés superior del menor), especifica el derecho del menor a ser escuchado en los procedimientos judiciales y administrativos que les concierne, o a través de representantes u órganos competentes. Referente a la escucha que se le da al menor hay que especificar que es una opción, lejos de ser una obligación, que debe ser ejercida con total libertad, y si el menor así lo desea, renunciable siempre que sea asesorado e informado adecuadamente. En cuanto a la capacidad del niño, el juzgador solicitará apoyo técnico y la intervención de equipos psicosociales, ya que esta no se puede apreciar de forma jurídica⁵⁸.

⁵⁷ NOVO, M., ARCE, R., y RODRÍGUEZ, M. J. (2003). Separación conyugal: consecuencias y reacciones postdivorcio de los hijos. *Revista galego-portuguesa de psicoloxía e educación*, 10(8). Págs. 193-204. Disponible en https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/6972/RGP_10-19.pdf?sequence=1

⁵⁸ Defensor del Pueblo. (2014). *Estudio sobre la escucha...*, *op. cit.*, págs. 13-18.

Centrándonos en España, a este derecho se refiere el artículo 9 de la LOPJM, reformado por la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuyo preámbulo hace hincapié en la importancia de este artículo, pues ajusta los derechos fundamentales del menor conforme a la CDN. Este artículo se titula el "Derecho a ser oído y escuchado" y lo que asegura en su contenido es que el menor tiene la capacidad suficiente para exteriorizar su opinión así como su juicio de valor, sin restringir ninguna edad. Se presume que todos los niños tienen capacidad de realizar un juicio propio, sin cavidad de aludir a la edad para inhibir al menor de este derecho. De hecho, cuando por motivos de su madurez se decide no escuchar al menor, se requerirá un informe técnico para alegar las causas por las que el menor no ha sido escuchado, derivando en algunas ocasiones a la nulidad de actuaciones.

Producida la reforma de la Ley 8/2015, la audiencia al menor es obligatoria por el juez en todos los procedimientos judiciales y administrativos que le perjudiquen en su ámbito social y familiar, teniendo en cuenta su opinión sin distinción por edad o discapacidad. Así lo recoge, en su Fundamento segundo, la SAP de Las Palmas del 17 de abril de 2017⁵⁹ considerando además que se alcanza el nivel de madurez necesario a los 12 años de edad. El término de madurez ha sustituido la palabra "juicio" desde la reforma de la Ley 8/2015 referida, puesto que se adapta mejor al lenguaje jurídico y forense, incorporándose también en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y además se aplica en varios Convenios internacionales, como el de la CDN⁶⁰.

Junto con toda esta explicación, el deseo del menor a ser escuchado, es uno de los factores a destacar; la garantía de escucha del menor, que este sienta que a su opinión se le ha prestado atención de forma efectiva por los juzgadores a la hora de dictar la resolución judicial, comunicándole finalmente la decisión tomada y como ha influido su opinión de forma preferente en ello⁶¹.

La STC de 29 de junio 2009 expone que la intervención del menor solo es obligatoria cuando de oficio se estime necesario o por petición del Fiscal, las partes o el

⁵⁹ SAP Las Palmas (3ª) 7 abril 2017

⁶⁰ NÚÑEZ ZORRILLA, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia ya la adolescencia. *Revista Personal y Derecho* (73). Págs.132-140. Disponible en <https://dadun.unav.edu/handle/10171/42677>

⁶¹ HUETE NOGUERAS, J. J, *interés superior del menor...*, *op. cit.*, págs. 15-16.

equipo técnico, y por supuesto por el propio menor⁶². Esto quiere decir que el menor, con independencia de la edad que tenga, deberá ser escuchado a no ser que no sea oportuno para su interés o imposible su intervención (art 92.6 CC). Siguiendo con jurisprudencia, el fallo de la STS de 20 de octubre de 2004 nos remite la nulidad de oficio de la sentencia recurrida, la cual fue dictada por la AP de Orense, el 27 de marzo de 2013, retrocediéndose las actuaciones al momento anterior al del dictado de la sentencia, para que los menores sean oídos de forma efectiva, preservando su intimidad, antes de decidir sobre la guarda y custodia⁶³.

También la SAP de Zaragoza, de 12 de enero de 1998, falló declarando la nulidad de actuaciones de la sentencia impugnada, tras interponer la parte actora un recurso de apelación por atribuir un régimen de visitas al padre no custodio sin haber oído a los menores de más de 7 años⁶⁴. Podríamos decir que la omisión de la audiencia de los menores deriva, en algunas ocasiones, a la nulidad de actuaciones.

Respecto a cómo acceder a la información que proporciona el menor, por las parte o por los representantes legales, la ley no dice nada y por ello depende de cómo lo gestionen los Juzgados⁶⁵. Algunos levantan un acta sobre las impresiones que se han exteriorizado, otros realizan grabaciones, o escriben literalmente lo expresado por los menores. Es importante que no sientan que son los principales responsables de la toma de decisión para no someterlos a una presión excesiva y deben sentir comodidad en los casos que sean escuchados. En la investigación judicial, el legislador no delimita las personas que deben estar presentes en la escucha del menor pero suelen ser, el Juez junto al Secretario, el Fiscal y en algunas ocasiones el psicólogo vinculado a los Juzgados⁶⁶.

La SAP de Madrid de 1999 expresó que en la escucha solo debería intervenir el Juez y, en su caso, el Fiscal. En cuanto a que en los autos apareciera la manifestación del menor, esta sentencia manifestó que ello era contraproducente y, por tanto, solo debería aparecer que se había realizado una diligencia que acreditara la exploración, pero sin ninguna mención a su contenido⁶⁷. Años después, la STC de 30 de enero de 2006

⁶² STC (2ª) 29 junio 2009

⁶³ STS (1ª) 20 octubre 2014

⁶⁴ SAP Zaragoza (5ª) 12 enero 1998

⁶⁵ La nueva redacción del art. 9 LO 1/1996, dada por la LO 8/2015, de 22 de julio, señala que se debe hacer de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, debiéndose preservar su intimidad.

⁶⁶ PÉREZ GALVÁN, M. (2016). La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia (1). *Diario La Ley*, (8866). Pág. 1-7. Disponible en <http://mariaperezgalvanabogadosdefamilia.com/pdf/la-exploracion-audiencia-de-los-menores-en-los-procesos-de-familia.pdf>

⁶⁷ SAP Madrid (22ª) 5 febrero 1999

determina que el MF siempre debe de estar presente⁶⁸, mientras que el Secretario Judicial se discute dependiendo si se realiza acta o no de lo expresado por el menor. Lo que sí es claro es que los padres no pueden estar presentes ya que el menor puede ver coaccionada su libertad.

Finalmente, la SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 1997 señala que la audiencia del menor garantiza, por un lado, el interés superior del menor del que venimos hablando en este trabajo como punto de partida, pues el fin es beneficiarle o, al menos, perjudicarle lo menos posible por su vulnerabilidad así como por los cambios sufridos en ámbito social y familiar en la separación de sus padres; y, por otro lado, la audiencia refleja el protagonismo que se le está intentando dar, expresando libremente su opinión sin ninguna presión física ni moral, ya que es incuestionable que el menor tiene deseos y sentimientos⁶⁹.

II.2 La disolución del matrimonio en Europa y el Reglamento Bruselas II Bis

Cuando hablamos en la sociedad europea de familias, podemos asociarlas con la palabra crisis, por los datos recogidos en los últimos años mostrados a continuación. En la UE se producen casi un millón de divorcios anuales, siendo exactos, hablamos de 945.985 divorcios, es decir, al día 2.592 disoluciones de matrimonio, 105 divorcios cada hora.

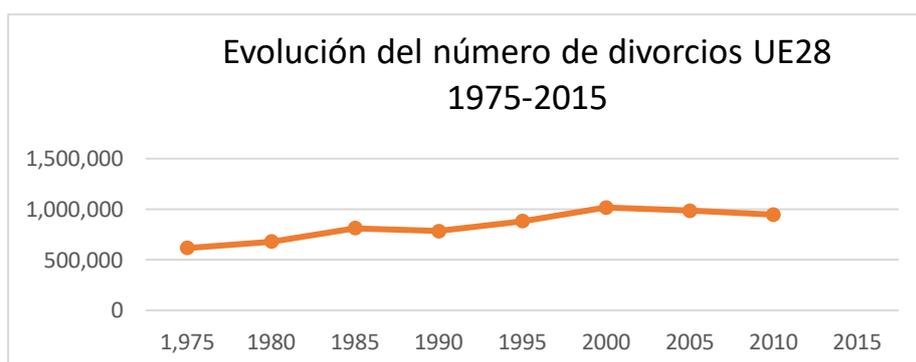


Gráfico 3: Elaborada por el INE⁷⁰

⁶⁸ STC (1ª) 30 enero 2006

⁶⁹ SAP Barcelona (12ª) 9 septiembre 1997

⁷⁰ Instituto de Política Familiar (2001): *Informe de Evolución de la Familia en Europa 2014*. Disponible en http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documentos/Matrimonio_y_Familia

Como podemos observar en el gráfico, en el transcurso de estos 40 años el divorcio ha ido aumentando de forma considerada en la UE. Las rupturas matrimoniales han aumentado en 325.000 anuales desde 1975 teniendo en cuenta que el número de matrimonios ha descendido en 1,3 millones.

Según el Instituto de Política Familiar, la ruptura familiar es la causa principal de la inestabilidad de las familias europeas. España ocupa el primer lugar en aumento de rupturas en estos 40 años, mientras que Francia y Reino Unido es donde más ha disminuido.

Además, las estadísticas nos muestran, que cada vez la duración del matrimonio es menor, el 14% de los matrimonios dura menos de 5 años, el 24% dura de 5 a 9 años, el 18% dura de 10 a 15 años, el 19% dura de 15 a 19 años, y el 29% de 20 años o más. Por tanto, la ruptura del matrimonio se produce cada vez más una vez transcurridos un menor número de años, ya que no llega ni al 30% los que duran 20 años.

Así, podemos afirmar la evolución y aumento de las rupturas y divorcios en ámbitos internacionales, ya que casi la mitad de matrimonios que se producen al año se rompen, pues anualmente 2,2 millones de personas contraen matrimonios, rompiéndose cerca de 1 millón. Desde 1975 se ha pasado a que, de 6 matrimonios se rompa 1, a los datos de 2015 que de 2,3 matrimonios se rompa 1. Ocupan la mayor tasa de rupturas de matrimonios, Luxemburgo, Bélgica y España, y la menor tasa Rumania, Irlanda y Malta⁷¹.

Debido a la gran cantidad de crisis familiares en la UE, fue necesario regular la custodia de los menores en las crisis matrimoniales, y para ello se promulgó el Reglamento (CE) número 1347/2000 del 29 de mayo del 2000 relativo a la competencia, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones matrimoniales en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes, llamado Reglamento "Bruselas II". Pero, este reglamento estuvo vigente desde el 10 de marzo de 2001 hasta la entrada en vigor, el 10 de marzo de 2005, del Reglamento "Bruselas II Bis" o Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁷¹ Instituto de Política Familiar (2001): *Informe de Evolución de la Familia en Europa 2014*. Disponible en http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documentos/Matrimonio_y_Familia

Este reglamento introduce normas de competencia asociadas al interés del menor así como al principio de proximidad, refiriéndose a que las autoridades de los Estados miembros donde los menores tienen su residencia habitual, son los órganos responsables por regla general, a no ser que el menor cambie de residencia o los responsables parentales hayan llegado a otro acuerdo⁷².

Podríamos decir que el Reglamento Bruselas II Bis es, un instrumento jurídico que sirve de ayuda a los matrimonios internacionales en los divorcios y custodia de los menores cuyos padres ostentan distinta nacionalidad. Se encarga, además, de determinar los órganos jurisdiccionales competentes objeto del matrimonio, de facilitar el reconocimiento de una resolución judicial en un país distinto a donde se dictó, así como los casos en los que alguno de los progenitores sustraiga a un menor de la UE trasladándolo a otro país.

Este reglamento se aplica en materia de Derecho civil al divorcio, separación judicial, nulidad matrimonial y aspectos de responsabilidad parental recogido en su artículo 1. Una de las principales intenciones de este reglamento es garantizar al menor el derecho de mantener contacto con sus padres, a pesar de su separación o de que vivan en países diferentes de la UE⁷³. En definitiva, ha armonizado la UE, pues reúne en un solo texto lo que se dispone acerca de las crisis matrimoniales y responsabilidad parental, mejoran el trabajo de los jueces y también el derecho de visitas transfronterizos. Este Reglamento dista mucho de su predecesor, pues se reconoce de forma automática el derecho de visita, garantiza la igualdad de todos los niños dentro y fuera del matrimonio, el derecho del menor a ser oído, teniendo en cuenta la edad y madurez, en todo lo relativo a la responsabilidad parental, haciendo una definición exacta de este término, que significa "el conjunto de obligaciones y derechos relativas a la persona o a los bienes de un niño". Además, este Reglamento prevalece sobre cualquier otro Convenio bilateral o multilateral entre los Estados de la UE en materia de competencia judicial internacional⁷⁴.

⁷² FERNÁNDEZ PÉREA, A. (2018). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50(151). Págs. 130-132. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6405342>

⁷³ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁷⁴ ÁLVAREZ CORDERO, C. I. (2006). Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: el Código de Familia Comunitario. *Anuario jurídico y económico escorialense*, (39) Págs. 232-235. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1465567>

III. Análisis de la custodia compartida en el Derecho español

III.1 Distinción entre patria potestad y guarda y custodia de los hijos

Es cierto que hay una gran conexión entre estas dos instituciones, además así lo confirma la STS de 19 de octubre de 1983, en la cual reconoce que la guarda y custodia forma parte de la patria potestad. Siguiendo con esta vinculación, el artículo 154 CC nos habla sobre velar por los menores y tenerlos en compañía, pronunciando la sentencia que estos derechos son los de guardia y custodia de los hijos sometidos a patria potestad⁷⁵.

La patria potestad supone la protección y cuidado de los hijos menores de edad. CARRASCO la define como el conjunto de derechos y deberes que los padres están obligados a cumplir en beneficio de los hijos. Con este beneficio de los hijos lo que se pretende es proteger siempre el interés del menor. Además, como regla general, el ejercicio de la patria potestad será llevado a cabo por ambos cónyuges, pero en caso de desacuerdo de los progenitores será la autoridad judicial quien determinará dicha facultad. Si los desacuerdos son de forma reiterada, perjudicando la patria potestad, el juez tiene la potestad de atribuir esta a uno de los progenitores de forma parcial o total, o distribuir las funciones entre ambos cónyuges⁷⁶.

Desde otro punto de vista, según la definición de DIEZ- PICAZO, la potestad es un conjunto de poderes destinados a cumplir los deberes y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad o con capacidad limitada de obrar⁷⁷. Sin embargo, la SAP de 5 de julio de 2004 nos señala que más que un poder, la patria potestad es una función que se establece en beneficio de los menores, reconocida a los padres y que recoge la función de proteger, educar y formar integralmente a los hijos siendo su interés prevalente. Esta sentencia lo recoge como un "derecho-deber"⁷⁸.

Por otro lado, deriva la guarda y custodia, término utilizado con la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Nos referimos a guarda y custodia cuando se produce una crisis matrimonial, suponiendo esta guarda y custodia, la convivencia diaria con los hijos

⁷⁵ STS 19 octubre 1983

⁷⁶ CARRASCO PEREA, A. (2017) *Lecciones de...*, op. cit., págs. 143-145.

⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN A. (2012). *Sistema de derecho civil*. Madrid, España: Tecnos. Pág. 271.

⁷⁸ SAP Baleares (3ª) 5 julio 2004

atendiendo a todas sus necesidades (cuidado personal, diario y continuo a través de la convivencia con los hijos).

Para decidir a qué progenitor ha de atribuirse la guarda y custodia de los menores hay que tener en cuenta los deberes y facultades que regulan la patria potestad pensados siempre en el interés de los hijos; interés que debe medirse por aspectos psíquicos y no materiales⁷⁹.

Queda claro que son dos instituciones vinculadas, diferenciando cuando nos encontramos ante un matrimonio de normalidad familiar y otro con ruptura. La patria potestad es como una representación de los hijos y de sus bienes, la capacidad de decidir por ellos, y que por regla general suele ostentar entre ambos cónyuges aunque se produzca una ruptura matrimonial. Sin embargo, la guarda y custodia es el cuidado y asistencia de los hijos, la convivencia con ellos y puede asignarse a un solo progenitor, a ambos siendo la custodia compartida o a un tercero.

Un autor francés manifestaba, que la guarda era el eje alrededor del cual se decide todas las competencias de la patria potestad, porque la convivencia con el hijo es la forma más adecuada para cumplir las funciones de la patria potestad, y además, la guarda está unida al ejercicio de la patria potestad. Cuando relacionamos guarda y ejercicio de la patria potestad, evidentemente, nos referimos a la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que tienen los progenitores frente a los menores⁸⁰.

Desde un punto de vista de derecho comparado, podemos decir que aunque el término es variable según la legislación europea, pues en Reino Unido hace referencia a la responsabilidad de los padres, o los deberes que se contemplan ante sus derechos acentuado así en Alemania o Grecia, el fin es atribuirle unos derechos al padre y la madre para poder ejercer las responsabilidades parentales y deberes correspondientes⁸¹.

⁷⁹ SAP Córdoba (2ª) 13 mayo 2004

⁸⁰ ROMERO COLOMA, A. M. (2011). *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*. Madrid, España: Reus. Pág. 191.

⁸¹ PÉREZ VALLEJO, A. M. (2009). *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: Diagnóstico y prospectiva*. Barcelona: Atelier. Citado por TAMAYO HAYA, S. en *Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o divorcio*. Pág. 119.

III.2 Concepto de custodia compartida

Anterior a 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, vemos una estructura familiar patriarcal, donde la madre es la encargada de cuidar a sus hijos, mientras el padre toma las decisiones adecuadas para ellos. En esta época, la nulidad o separación debía de estar sustentado por alguna causa, y esta, era como un reproche al progenitor titular. Se le castigaba excluyéndolo de la guarda y custodia de sus hijos, otorgándosele al otro cónyuge. Tras la reforma de la Ley 15/2005, el artículo 154 CC, introdujo la patria potestad en beneficio de los hijos, y aunque no de forma prioritaria, si al menos igualitaria con el interés de los padres. En esta época la separación y divorcio seguía siendo causal, castigando igualmente al cónyuge responsable, con la pérdida de la guarda y custodia de sus hijos. Con la LOPJM, se prioriza el ISM y, producida la reforma mencionada anteriormente se observa, la ilicitud de castigar al matrimonio por su conducta, y se opta por la custodia compartida como modelo que más beneficia a los niños. GARCÍA y ORTERO distinguen tres etapas; la primera, abarca entre 1981 y 1990, marcada por la prioridad materna en los hijos; la segunda, entre 1990 y 2000, por el avance paterno y, la última, a partir del 2000, con el progreso de la custodia compartida⁸².

En los últimos tiempos, hemos pasado, de un modelo familiar biparental de forma convencional, a no tener modelos exactos de familias, siendo estas dinámicas. Las generaciones actuales, se han ido adaptado a las nuevas situaciones familiares, con una mayor equidad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y privado. Los Juzgados de Familia han experimentado, en los últimos tiempos, grandes cambios de tendencia como la custodia compartida. Esta podríamos definirla como la situación legal en la que los progenitores, tras su separación o divorcio, desempeñan la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos⁸³.

Tradicionalmente, podemos observar como la guarda y custodia de los hijos era considerada como una custodia unilateral. El menor convivía con uno de los progenitores, otorgándose en la mayoría de los casos a la madre, mientras el padre, tenía la

⁸² De TORRES PEREA, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa..., *op. cit.*, págs.9-10.

⁸³ BECERRIL RUIZ, D., y VENEGAS MEDINA, M. (2017). *La custodia compartida en España*. Madrid, España: Dykinson. Págs. 153-155.

responsabilidad de aportar el sustento económico. Fueron multitud de demandas las que llegaron ante los Tribunales, solicitando que, la guarda y custodia del menor no se atribuyera solo a uno de los progenitores. Con la Ley 15/2005, el legislador fue progresando, y adaptándose a la necesidad de la sociedad equiparando la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer y, cediendo a los padres, una mayor capacidad de autorregulación en los conflictos matrimoniales.

El Ordenamiento Jurídico español reconoce, de forma positiva, el término "custodia compartida", con la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Destaca, el artículo 92 del CC, ya que introduce este concepto. Es cierto que en ningún texto legal aparece un concepto explícito de custodia compartida, sin embargo, desde la jurisprudencia si se ha ido desarrollando un concepto en estos años. La SAP de Barcelona de 9 de marzo de 2007, define que la custodia compartida es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, después de la crisis del matrimonio, donde los padres están suficientemente capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración. El objetivo, es facilitar a los hijos la comunicación con ambos progenitores, así como, distribuir la atención de las necesidades materiales de los hijos, de forma justa y proporcional, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro⁸⁴.

La custodia compartida no debe entenderse como el reparto del lugar donde los menores van a vivir y con qué progenitor. La SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 describe que la custodia compartida no es una custodia por periodos repartidos, ya que el significado del verbo repartir, difiere mucho del de compartir⁸⁵.

BECERRIL, analiza la custodia compartida como un factor que regula las transiciones de la familia cuando se produce la ruptura del matrimonio, para hacer compatibles los derechos y responsabilidades parentales respecto a los hijos menores, junto con, el derecho de los hijos de mantener contacto con los dos⁸⁶. Por otro lado, ORTUÑO, con una definición parecida al del último autor mencionado, considera, que la custodia compartida es un ejercicio de responsabilidad de los padres, tras la ruptura matrimonial, pactando entre ambos una comunicación cordial para ayudar a los hijos

⁸⁴ SAP Barcelona (12ª) 9 marzo 2007

⁸⁵ SAP Barcelona (12ª) 20 diciembre 2006

⁸⁶ VENEGAS MEDINA, M. (2017). Devenir sujeto. Una aproximación sociológica. *Convergencia*, 24(73). Pág. 46. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/conver/v24n73/1405-1435-conver-24-73-00013.pdf>

mantener el contacto con sus padres⁸⁷. PICONTO, sin embargo, diferencia entre la custodia compartida física y la jurídica. La física consiste, en que los padres pasen tiempo material con sus hijos, implicando el cuidado hacia estos. La jurídica es el conjunto de obligaciones y derechos, siendo los padres titulares de ello para la educación de sus hijos⁸⁸.

En conclusión, la custodia compartida determina el sistema que regirá para el cuidado de los hijos tras la ruptura matrimonial. Está sometida a una gran supervisión del poder judicial. Queda claro que el objetivo de esta custodia es perturbar lo menos posible al menor, y que, los progenitores puedan participar de forma equitativa en el cuidado de sus hijos. No supone solo una corresponsabilidad parental, sino que, este término va más allá, implica el cuidado constante de los hijos tras la ruptura conyugal. Además, las diferentes opiniones doctrinales, coinciden en que la custodia compartida gira en torno a una mayor implicación de los cónyuges en el cuidado y educación de los hijos⁸⁹.

III.2.1 Principios generales de la guarda y custodia compartida

Tres son los principios que rigen la guarda y custodia de los menores: 1. Principio de corresponsabilidad parental, 2. Principio de igualdad entre progenitores y, 3. Principio de coparentalidad.

El principio de corresponsabilidad parental, integrado no solo por la Ley 15/2005, sino también por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁹⁰, hace referencia a la multitud de derechos y deberes, que los padres deben desempeñar respecto a sus hijos. Los padres tienen autonomía de voluntad para decidir, libremente, sobre su ruptura matrimonial. Esto no es así desde el punto de vista de los hijos, ya que el Estado puede verificar si el ejercicio de la patria potestad satisface el interés del menor.

⁸⁷ PILLADO GONZÁLEZ, E., y FARIÑA RIVERA. (2015) : *Mediación familiar. una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Madrid, España; Tirant lo Blanch. Pág. 33

⁸⁸ PICONTO NOVALES, T., y ALMEDA i SAMARANCH, E. (2015). *La custodia compartida a debate*. Madrid, España: Dykinson. Pág. 35.

⁸⁹ SAP Toledo (1ª) 2 febrero 2005

⁹⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, 71, 12611-12645.

En el Derecho de familia, cada vez tienen más influencia las Convenciones internacionales. El artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, afirma, el derecho que tienen las personas a tener una vida privada y familiar⁹¹, garantizado también, por el principio de corresponsabilidad, así como el mantenimiento de una unidad familiar aunque se produzca la ruptura conyugal. También se ha de mencionar la CDN, por ser uno de los primeros tratados en el que se reconoce este principio del que venimos hablando. En su art. 18, fija, que los Estados miembros garantizarán que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño; junto con el art. 9.3 CDN, donde el menor tiene el derecho a mantener contacto con sus padres⁹².

Respecto al principio de igualdad, lo que se ha pretendido, es la uniformidad de las actuaciones parentales, sin ninguna preferencia hacia algún progenitor por motivos de sexo o de edad. Este principio, no es solo positivo para los ex cónyuges, sino también para el menor. Fue promovido por los padres, solicitando al Estado una mayor influencia para el cuidado parental. Debemos tener en cuenta la concepción familiar actual, donde la mujer está inmersa en el mundo laboral o en las políticas de igualdad de oportunidades. Ya no encontramos esa estructura familiar, donde la esposa se encarga de cuidar a los hijos y el marido de mantener el sustento económico. El legislador, lo que pretende es una equidad en el seno familiar respecto a la igualdad. El problema se refleja en que se necesita, una igualdad material entre los progenitores, y además, un cierto nivel de entendimiento y colaboración.

El último principio a mencionar, sobre de la guarda y custodia compartida, sería el de coparentalidad. Este principio asegura que el menor mantenga relaciones afectivas con sus padres a pesar de la crisis familiar.

Por tanto, con este modelo de custodia, los padres deberán tener relaciones paterno-filiales, frente a la custodia individual, donde los padres mantendrán relaciones irregulares o inexistentes⁹³. Terminando con este punto, la SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004 es clara al señalar que el éxito de la custodia compartida no depende solo de que

⁹¹ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. *Boletín Oficial del Estado*, 106, 16808-16816.

⁹² UNICEF. (2016). *Convención...*, *op. cit.*

⁹³ LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida...*, *op. cit.*, págs. 347-385.

concurra en el caso de circunstancias idóneas. Pues aun cuando en la teoría, las condiciones materiales y la disponibilidad laboral y personal de los cónyuges son adecuadas para compartir la custodia, su adopción exige, por parte de los padres "una actitud positiva y un necesario grado de colaboración y de cooperación"⁹⁴.

III.3 Artículo 92 del Código Civil después de la reforma de la Ley 15/2005

La reforma de la Ley 15/2005 ha hecho hincapié en el artículo 92 del CC pues introduce por primera vez el concepto de custodia compartida en el apartado 5. Este señala que se acordará la guarda y custodia compartida, cuando los padres la soliciten en propuesta de un convenio regulador, o cuando, estos lleguen a dicho acuerdo, durante el transcurso del procedimiento. El juez, con el artículo referido, está obligado a tener en cuenta: 1, las causas que excluye la custodia⁹⁵; 2, Prever la separación de los hermanos; 3, el informe del Ministerio Fiscal; 4, la opinión del menor, siempre que tenga el juicio suficiente para ello; 5, las alegaciones de las partes en la comparecencia; 6, las relaciones que tienen los padres entre ellos, y con sus hijos; 6, las pruebas que se han practicado en la comparecencia, y por último, 7, los informes de peritos cuando crea conveniente recabarlos.

Actualmente, los requisitos para asignar la guarda y custodia compartida, según nos dice el artículo 92 del CC son, que haya un acuerdo entre los progenitores, y en ausencia de dicho acuerdo, el Juez de oficio y de forma excepcional, basándose en el ISM, establezca este modelo de custodia, si una de las partes lo solicita, junto con un informe favorable del MF. La SAP de León de 12 de mayo de 2006, refiriéndose al apartado 8 del art 92 del CC, pone de manifiesto, el carácter de orden público que tiene el régimen de guarda y custodia de los menores⁹⁶.

Sobre el apartado 8 del artículo 92, se cuestionó su constitucionalidad, pues el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de septiembre de 2006, consideraba la posible lesión del artículo 117 CE, ya que afectaba a la potestad jurídica por el poder

⁹⁴ SAP Córdoba 1 marzo 2004

⁹⁵ Estas causas vienen recogidas en el apartado 7 del Código Civil, y son cuando los padres estén implicados en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que estén conviviendo con ambos. Al igual que cuando el juez tenga indicios de violencia doméstica.

⁹⁶ LATRHOP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida...*, *op. cit.*, págs. 450-451.

otorgado al MF, y sobre todo, la vulneración del artículo 14 CE. Este apartado 8, nos dice que el juez a instancia de una de las partes y con informe del MF, podrá acordar la custodia compartida, sin que concurran las causas del apartado 5, siempre y cuando se proteja el ISM.

SÁINZ-CANTERO valora que la novedad de custodia compartida de este artículo 92, es más aparente que real, pues el juez solo puede considerar custodia compartida cuando exista, o un acuerdo entre los padres, o de forma excepcional en interés del menor. Anterior a la reforma, este tipo de custodia ya se permitía mediante el consenso y la propuesta de los padres, o incluso en ocasiones de oficio, considerando el ISM. Por tanto, el legislador de 2005 no considera relevante para el interés del menor, convivir con ambos padres, pues en la custodia compartida, si no hay acuerdo entre ambos progenitores, se asignará de forma excepcional. Esta autora, manifiesta que los padres no han de decidir el régimen de custodia de sus hijos por un acuerdo y, por tanto, que la ausencia de este no ha de ser motivo para que el menor no tenga derecho a convivir con sus progenitores. Reclama que la custodia compartida debería de ser el régimen normal en los casos de separación y divorcio, mientras la exclusiva, el régimen excepcional. Pero mientras esto suceda, afirma que el artículo 92.8 del CC, evita uno de los efectos más perjudiciales de la custodia exclusiva, que es el "síndrome de alienación parental"⁹⁷.

La doctrina anterior a la reforma de la Ley 15/2005 sostenía que la custodia compartida era posible, ya que no estaba prohibida en la ley. Por tanto, junto a los arts. 92 y 159 del CC, el principio de autonomía de voluntad de los cónyuges y la dualidad de la patria potestad, hacían viables este tipo de custodia, aunque de forma excepcional⁹⁸. Nos encontramos en un periodo de tiempo, donde la jurisprudencia se mostraba de forma discordante. Por un lado, encontramos la SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, donde se resuelve un recurso plantado por la madre debido a que el Juzgado de Primera Instancia estima un régimen de custodia compartida. Señaló que el legislador es contrario a este tipo de soluciones, poniéndolo de manifiesto en el art. 90, letra a) del CC, pues trata de determinar la persona que ha de cuidar a los hijos junto con el régimen de visitas, comunicación y estancia con el padre con el que no conviva. Sin embargo, la SAP de

⁹⁷ PÉREZ VALLEJO, A. M. (2009). *Igualdad efectiva...*, op. cit., citado por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B. En *Propuesta de nueva reforma del artículo 92 del Código Civil con el reconocimiento de la custodia compartida como régimen preferente y consecuencia necesaria del principio de coparentalidad*. Págs. 158-166.

⁹⁸ LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida...*, op. cit., pág. 412.

Barcelona de 10 de febrero de 2005, estableció que el régimen de custodia compartida no es contrario al art. 90 a) del CC pues obedecía las circunstancias de la protección del interés del menor⁹⁹. Por último, señalamos la STC dictada por la Sala 2ª, de 15 de enero de 2001, en la cual se desestimó un recurso de amparo que se interpuso contra una sentencia de la AP de Valencia; en esta se acordaba la custodia compartida para favorecer la relación del menor con sus dos progenitores¹⁰⁰.

III.4 Reflexiones sobre la guarda y custodia compartida

III.4.1 Ventajas e inconvenientes de atribuir la custodia compartida

Siendo objeto de estudio la custodia compartida, es preciso reseñar las ventajas e inconvenientes derivadas de esta. HERRERA explica que con la custodia compartida se evita la lucha interna a la que se enfrentan los hijos menores de edad, al decidir si se van con el padre o la madre, pudiendo disfrutar de la compañía de ambos. Por otro lado, también menciona los inconvenientes, como el cambio de domicilio que le supone al menor de forma continua; la dificultad de llevar a cabo la custodia compartida cuando lo ex cónyuges tengan domicilio en puntos geográficos notoriamente separados, así como los enfrentamientos que pueden derivarse entre el menor con nuevos descendientes de la familia, en caso de que tuviera. Otro de los inconvenientes que considera este autor, es el cambio de domicilio. En este caso, no de los menores sino de los padres, pues alude a una sentencia del JPI de Gijón donde los hijos permanecen en la vivienda familiar, y los padres se alternan durante el periodo que estén bajo el cuidado de sus hijos.

Esta Sentencia de 3 de octubre de 2008, establece una guarda y custodia compartida por semestres, estando un progenitor desde el 1 de febrero hasta el 31 de julio, y el otro desde el 1 de agosto hasta el 31 de enero. Además, durante cada semestre los hijos estarán con el otro progenitor los fines de semana alternos de viernes a domingo, dos días en semana acorde con las actividades extraescolares y las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa se dividirán por la mitad entre ambos progenitores. La vivienda familiar se atribuye a los hijos y, como consecuencia, por semestres alternos al

⁹⁹ SAP Alicante 7 julio 1997

¹⁰⁰ STC (2ª) 15 enero 2001

progenitor que tenga la guarda y custodia. Digamos que, este sistema sustituye el "niño-mochila" por el "padre-maleta". Lo que expresa HERRERA, es que con esta sentencia, se está obligando a los padres divorciados a turnar la vivienda, lugar de su domicilio conyugal, para vivir la mitad del año con sus hijos, y por tanto, no tener un lugar de domicilio estable. Además, los menores, los fines de semana, los pasarán en el apartamento de "turno", terminando este autor preguntando si esto es beneficioso para los hijos¹⁰¹.

La SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, coincide con los inconvenientes explicados de la custodia compartida, respecto a la inestabilidad de los menores por los cambios de domicilio de forma constante, los problemas de adaptación con los nuevos miembros familiares y, en las cuestiones, de unificar criterios sobre los asuntos diarios de los menores. Teniendo en cuenta estos, valora que las ventajas son superiores a los inconvenientes, pues le permite disfrutar con ambos progenitores, en una situación casi similar a la anterior de la ruptura de los padres, siendo esta menos traumática. Se evitan con esta custodia las manipulaciones de los padres a los hijos, así como se garantiza a los padres poder seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones de potestad y responsabilidad parental, e intervenir en igualdad de condiciones en el desarrollo de sus hijos. Por último, menciona que hay equidad en el tiempo libre personal y profesional de ambos cónyuges, y que los padres se ven en la obligación de cooperar, llegando a acuerdos, siendo un modelo educativo de conducta para el menor¹⁰².

III.4.2 Discriminación sobre la custodia compartida

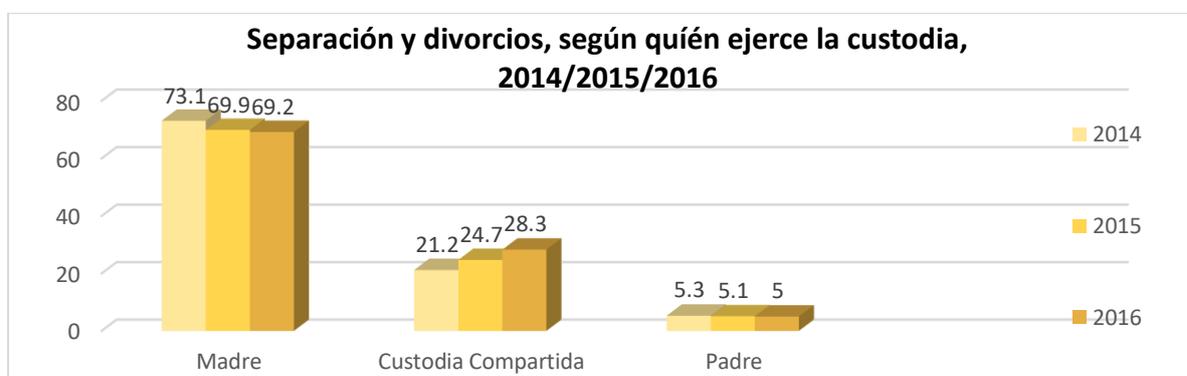
Es usual en nuestra Jurisprudencia, apreciar que las madres son las más adecuadas para cuidar y darle afecto a los hijos. Se valora más la maternidad que la paternidad. Con la Ley 11/1990, 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, se reformó el artículo 159 del CC. En este se modificó que los menores de 7 años, no deben permanecer con la madre tras la separación, aunque la mayoría de jueces no piensen lo mismo. No se debe tener en cuenta, el sexo del progenitor para atribuir la guarda y custodia. Es cierto que en la actualidad, siguen

¹⁰¹ PÉREZ VALLEJO. A. M. (2009). *Igualdad efectiva...*, op. cit., citado por HERRERA CAMPOS, R. En *Algunas consideraciones entorno a la custodia compartida*. Págs. 142-143.

¹⁰² SAP Barcelona (18ª) 20 febrero 2007

existiendo mentalidades machistas y, por ello, no hay un reparto equitativo doméstico en muchas parejas. Pero esto no puede ser justificación para los operadores jurídicos, en la asignación de la guarda y custodia compartida. Esta institución abarca el ISM, la igualdad entre sexos, el principio de responsabilidad parental, el de coparentalidad y el de corresponsabilidad parental ya referidos. CANTÓN, afirma que el padre es igual de competente que la madre, para criar a sus hijos, tras estudiar unos informes evolutivos¹⁰³.

En 2016, se han producido 101.294 casos de nulidad, separación y divorcios. Los datos nos muestran cómo la custodia exclusiva asignada a la madre sigue ganando terreno a la custodia compartida, y sobre todo, a la custodia exclusiva asignada al padre. Es cierto, que la custodia compartida desde 2014 hasta 2016 ha ido progresando, pero aun así los datos son muy dispares.



Gráfica 4: Elaborada por el INE¹⁰⁴

La legislación permite otorgar, a cualquiera de los cónyuges, la custodia; pero como vemos en la gráfica, en la mayoría de los casos, se le asigna a la madre por pensar que los hijos están mejor atendidos. Cuando son menores de 7 años, y a pesar de que el art. 159 del CC fue reformado como he precisado antes, el juez tiende a asignar de manera casi automática la custodia a la madre, salvo casos especiales. Varias autoras, como MARCUELLO, opinan que la mujer está más implicada, tanto en la salud como en el cuidado de los menores de corta edad.

La sociedad demanda, por los cambios experimentados en la actualidad y la igualdad del hombre y la mujer en el ámbito laboral, una corresponsabilidad del cuidado y educación de los hijos. Esto debe de reflejarse en la jurisprudencia, que como señala

¹⁰³ De TORRES PEREA, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa..., *op. cit.*, págs. 11-16.

¹⁰⁴ Instituto Nacional de Estadística (2001). *España en cifras 2018*. Disponible en http://www.ine.es/buscar/searchResults.do?searchType=DEF_SEARCH&tipoDocumento=&searchString=separaci%F3n+y+divorcio&SearchButton=Buscar

PAÑOS, siempre ha ido por delante de la legislación, siendo esta más pausada en sus modificaciones¹⁰⁵.

La STS de 22 de mayo de 1999, apreció razonable la custodia asignada a la madre de dos hijas de 8 y 15 años de edad, establecida por el Tribunal de Apelación, considerando el sexo y la edad de las hijas. Este Tribunal, en su fallo, expuso que lo normal es que se le otorgara a la madre, atendiendo el sexo y la edad, salvo que concurrieran causas excepcionales para otorgársela al padre. El TS está de acuerdo, argumentando que “la madre, por su personalidad y carácter, es más idónea y adecuada que el padre para ostentar la custodia de los menores”¹⁰⁶. La SAP de Las Palmas de 13 de diciembre de 2006, atribuyó la custodia de un hijo, con edad inferior a 7 años, a la madre entendiendo que no era relevante que la madre tuviera que dejar al menor con familiares por su horario laboral, o que el padre tuviera un horario mucho más flexible al de la madre¹⁰⁷. Un caso más extremo, es el de la SAP de Castellón el 16 de febrero de 1999. En esta, aunque la madre mantuvo relaciones sentimentales con otros, antes de contraer matrimonio con el padre de su hijo, y después de la separación, y habiendo estado ingresada en varios centros de desintoxicación por ser drogadicta, la sentencia expuso, que no por ello está incapacitada para cuidar y atender a su hijo como merece, pues el padre solicitaba la guarda y custodia del menor, alegando el Tribunal que la atención de la madre respecto al afecto y la atención no es sustituible¹⁰⁸.

Junto a lo expuesto, se debe manifestar que siempre se ha inclinado más por la guarda y custodia unilateral, otorgándose en la mayoría de casos, a la madre como he reflejado en la gráfica anterior. GARCÍA, piensa que sólo se discute sobre la guarda cuando la madre tiene dificultades para desempeñarla, aunque como hemos explicado en la última sentencia, aun concurriendo causas que dificulten la custodia de los hijos, se le asigna a la madre. Los padres no suele pedir la custodia, bien porque piensan que es la

¹⁰⁵ PÉREZ VALLEJO, A. M. (2009). *Igualdad efectiva...*, op. cit., citado por PAÑOS PÉREZ, A. En *Acerca de la posible discriminación a la hora de otorgar la guarda y custodia de los hijos*. Pág. 144-154

¹⁰⁶ STS 22 mayo 1999

¹⁰⁷ SAP Las Palmas (3ª) 13 diciembre 2006

¹⁰⁸ De LASALA PORTA, C. (2001). El Prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, (7). Pág. 17.

Disponible en https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?quersDismax.DOCUMENTAL_TODO=El+Prejuicio+del+sexo+en+la+atribuci%C3%B3n+de+la+Guarda+y+Custodia+de+los+hijos+e+hijas

madre quien debe criar a los hijos, por despreocupación o por pensar que no se le va a conceder la custodia, optando por no solicitarla¹⁰⁹.

BECERRIL ve clara la discriminación, y expone que cuando se produce la separación parece que todos los avances conseguidos hoy en día desaparecen, volviendo cada cónyuge al rol asignado por el patriarcado, dependiendo del sexo. La mujer vuelve a ser cuidadora de hijos y de la vivienda del hogar, mientras el hombre es el proveedor de recursos¹¹⁰.

III.5 ¿Custodia compartida o exclusiva en España? Tendencia jurisprudencial

Quizá el contenido de este punto es uno de los más debatidos estos últimos años. ¿Qué es mejor valorando el ISM, el régimen de custodia compartida o el de custodia exclusiva? ¿Y a los padres, qué les beneficia más?

Exponemos la STS de 1 de octubre de 2010. Partimos de un matrimonio que, en 2002 decide divorciarse, después de 7 años de relación. En 1999, tuvieron un hijo. En la sentencia de divorcio se otorgó la guarda y custodia a la madre, permitiéndole al padre un régimen de visitas amplio. El padre, más adelante, interpuso una demanda de divorcio y de modificación de medidas, solicitando la guarda y custodia compartida. El JPI de Valencia, en su sentencia de 26 de junio de 2006, estimó la petición del padre, otorgando el juez la guarda y custodia compartida en beneficio del ISM. El dictamen pericial, realizado meses antes a que se dictara esta sentencia de Valencia, no se decantaba por ninguno de los dos modelos. Consideraba que ambos eran beneficiosos para el menor, y que en el ámbito familiar, los ex cónyuges habían reconstruido su vida con otras parejas e hijos, integrándose el menor sin ningún problema. Además, el régimen de visitas del padre no custodio era amplio, y la relación entre los padres separados era buena.

Todo esto motivó que la sentencia estableciera la custodia compartida, puesto que aportaba más ventajas y beneficios. El régimen que se estableció fue el de guarda mensual, de forma alternativa, con régimen de visitas para el progenitor, durante ese mes

¹⁰⁹ ROMERO COLOMA, A. M. (2011). *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*. Madrid, España: Reus. Pág.190

¹¹⁰ BECERRIL RUIZ, D., y VENEGAS MEDINA, M. (2017). *La custodia...*, *op. cit.*, pág. 184.

que no convivía. Respecto a los gastos, de los ordinarios se encargaba el progenitor que estuviera durante el mes sobre su guarda, y de los extraordinarios, la mitad entre ambos. La madre del menor interpuso un recurso de apelación a esta sentencia de Valencia, donde se otorgaba la custodia compartida. Solicitaba que se volviera al régimen de custodia anterior, dándole la razón la AP de Valencia de 15 de enero de 2007, considerando improcedente la decisión del JPI, pues no se había demostrado que "solo" se protegiera el interés del menor. Esta AP hace referencia a que, en caso de que un progenitor se oponga a la custodia compartida, solo se puede otorgar de forma excepcional, por el artículo 92.8 del CC con informe favorable del MF. Añade la sentencia que aparte de que la custodia compartida es excepcional, no es objeto de la Sala acordarla salvo supuestos puntuales. El Tribunal se basa en el artículo 92 antes de la reforma, el cual sin prohibirse se refiere al criterio histórico, en el que, el legislador no dice nada sobre la custodia compartida, aludiendo en el párrafo 3, que será el juez quien decida cuál de los progenitores tendrá el cuidado del menor, sin ser esto un obstáculo para que la patria potestad sea compartida. Alude al artículo 92 antes de la reforma, pues aunque no se sabe fecha exacta de la sentencia del divorcio, el dictamen pericial en el que se basó la sentencia del JPI fue en 2006, por lo que sería factible aplicar el nuevo artículo 92. El padre interpuso, recurso extraordinario frente a la SAP de Valencia de 15 de enero de 2007, por infracción procesal, y recurso de casación.

El primer recurso se basó en que el Tribunal de la Audiencia, no valoró la prueba del Gabinete Psicosocial, la cual observaba una posición positiva respecto a la custodia compartida. El recurso por interés casacional, se fundó en la infracción del art. 348 LEC, respecto a la valoración de los informes periciales, y el interés casacional del asunto, por ser el art. 92.8 del CC una norma con poca vigencia, debido a sus 5 años de antigüedad. Finalmente, el Tribunal respecto al recurso extraordinario, pronunció que hubo indefensión, puesto que la AP no se pronunció sobre el Gabinete Psicosocial. Para corregir esta indefensión, el Tribunal decide dictar nueva sentencia, con la valoración de la prueba. En cuanto al recurso de casación, el Tribunal consideró estimarlo, ya que la AP había infringido el art. 92.8 del CC en varios aspectos.

Respecto a la pronunciación de la Audiencia de que, no es criterio de la Sala, adoptar la custodia compartida salvo en casos excepcionales, el TS no apoya esta tesis, pues considera que más importancia de este criterio, lo tiene el ISM, y siempre que sea en beneficio a este, deberá de estimarse la custodia compartida. También se pronunció

sobre el Gabinete Psicosocial, que establecía un informe favorable para seguir con la custodia compartida, informe excluido en el Tribunal de instancia, aludiendo solo al primero el cual no se decantaba por ningún régimen. Por último, el MF estaba a favor de este régimen de custodia compartida, y esto aunque no tenga valor a la hora de decidir el juzgador, si es un "elemento de juicio adicional". Por todo ello, el TS casa la sentencia de la AP y estima la del JPI. Además señala que la AP no solo no utilizó pruebas que tenían a su disponibilidad, sino que se basaba en un criterio histórico del artículo 92, no valorando con ello el ISM.

Este caso demuestra que ambos regímenes eran favorables para el menor, pues el caso de la custodia individual, el menor tenía un régimen de visitas flexible y amplio por parte del padre, mientras que en la compartida disfrutaba mensualmente de cada uno de sus progenitores, teniendo el otro también un régimen de visitas amplio¹¹¹.

Sin embargo, la SAP de Alicante, de 29 de diciembre de 2004, señala que el régimen de custodia exclusiva a un progenitor no cumple las necesidades de equilibrio para el hijo de la figura materna y paterna. La convivencia con solo uno de sus padres, supone que siga un solo modelo de comportamiento, pues con el otro se relaciona de forma esporádica. Además, el progenitor no custodio, intenta ganar tiempo con su hijo a través de regalos excesivos y halagos. Afirma que es evidente que la falta de convivencia enfría las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, perjudicando al menor. No optar por la custodia compartida, implica conductas negativas en los menores de forma destructiva¹¹².

Parece claro que, la custodia compartida es el régimen que más beneficia tanto a los padres como a los hijos, pero no hay que pasar por alto que esta medida familiar, en algunos casos puede perjudicar a los menores. Por ello, algunos aspectos importantes a la hora de optar por el régimen de custodia compartida, son tener en cuenta las relaciones personales entre los padres. Referente a esto, la SAP Barcelona de 12 de enero de 2006 considera que no puede otorgarse la custodia compartida, solicitada por el padre en un recurso de apelación, pues la conflictividad entre los progenitores es más graves que la que suele derivarse de una crisis o ruptura matrimonial, afectando emocionalmente a los

¹¹¹ ALASCIO CARRASCO, L. (2011). La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010 (Shared custody as an exceptional Measure: Comments to the Supreme Court Decision-October 1st, 2010). *InDret* 2. Págs. 11-15. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837470

¹¹² SAP Alicante (6ª) 29 diciembre 2004

menores esta situación. Incluso, existieron indicios de que el padre solicitaba la guarda y custodia por motivos económicos, ya que se atribuía el uso de la vivienda familiar, y se abandonaba la pensión de alimentos. En este caso, vemos como la custodia compartida resultaría perjudicial para los menores, además de que el padre no buscaba el interés de los menores, ni el derecho legítimo de cuidar de sus hijos¹¹³.

También se ha de prestar atención, a la relación de los progenitores con los hijos, pues en algunos casos, tras estimar conveniente la custodia compartida, los menores expresan que se han producido discrepancias y deterioro de relación con alguno de los progenitores. La SAP de Sevilla, de 10 de octubre de 2007, muestra como los menores de un matrimonio separado, bajo la guarda y custodia compartida, manifiestan desacuerdos y desgaste en la relación con su padre. En esta sentencia, se procede a la modificación de medidas, estimando la guarda y custodia a la madre, con terapia de mediación familiar entre el padre y los hijos¹¹⁴.

Otros de los criterios a tener en cuenta son, la proximidad o lejanía de los domicilios de los progenitores, así como la disponibilidad laboral y profesional de los mismos. En el primer criterio, vemos que no es compatible la custodia compartida cuando hay demasiada distancia en los domicilios entre los ex cónyuges. Así lo señala la SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2006, en la que no es posible estimar la custodia compartida, pues no beneficia al menor ya que implicaría un cambio del centro escolar. La menor está escolarizada en Madrid, donde vive el progenitor custodio, mientras el padre reside en Mérida¹¹⁵.

Respecto a la disponibilidad laboral, encontramos un caso donde, tras asignar la guarda y custodia a la madre, el padre interpone recurso de apelación por desestimar la sentencia de primera instancia la guarda y custodia compartida. El Tribunal, finalmente, entiende que no se puede apreciar custodia compartida pues, aparte de que el informe del Ministerio Fiscal se muestra contrario a este régimen, se aprecia además la falta de disponibilidad por parte del progenitor, por su trabajo profesional. El padre es abogado de profesión, tiene un despacho en Palmas de Mallorca, desplazándose hasta allí 4 días al mes y su jornada laboral termina a las 21 horas. Por ello, en la guarda y custodia compartida, la atención prestada al menor sería por parte de la compañera sentimental de

¹¹³ SAP Barcelona (18ª) 12 enero 2006

¹¹⁴ SAP Sevilla (2ª) 10 octubre 2007

¹¹⁵ SAP Madrid (22ª) 1 diciembre 2006

su padre. Además, se probó en autos, que el padre no estaba cumpliendo el régimen de visitas por consecuencia de atender sus ocupaciones profesionales. Mientras que la madre, por su horario laboral, tiene tiempo suficiente para cuidar a su hija¹¹⁶.

Resolviendo la pregunta que planteábamos, sobre custodia compartida o exclusiva, parece claro que no debe imponerse de forma preferente ninguno de estos dos regímenes. La custodia compartida implica una responsabilidad de ambos progenitores, atendiendo al bienestar de los hijos, por tanto establecerla de forma automática podría suscitar grandes problemas.

La jurisprudencia ha ido delimitado la custodia compartida, siendo muy importante la STC de 17 de octubre de 2012. Esta pronunció que la custodia compartida debe otorgarse en situaciones normales y no excepcionales tras la separación del matrimonio, además de que ya no es necesario un informe favorable del MF, sino una valoración del juez adecuada al interés superior del menor, mientras los progenitores tienen la labor de autorregular la medida y el MF de velar por los intereses del menor¹¹⁷. Junto con esto se ha de mencionar que el TS, aparte de que es una de las instituciones que más se ha pronunciado a favor de la custodia compartida, con la STS de 29 de abril de 2013, establece respecto al artículo 92 del CC que no solo ha de ser una medida normal, sino que es lo deseable para el menor, pues permite la efectividad de la relación de los hijos con sus progenitores¹¹⁸.

ALASCIO (2011) explica que algunas legislaciones autonómicas consideran esta custodia compartida como preferente, como en Aragón, la Comunidad Valenciana y el País Vasco. Cuando hablamos del carácter preferente de la custodia compartida, no debemos entenderlo como medida subsidiaria a la custodia exclusiva, pues entonces entenderíamos que solo hay una solución de forma general, mientras de forma excepcional hay otra. Es imposible determinar un régimen de custodia para todos los casos, pues hay que atender al caso concreto, y si en este beneficia ambos regímenes, al ser preferente la custodia compartida se aplicaría esta¹¹⁹.

TORRES, sobre este tema también se pronuncia, y afirma que no debe ni generalizarse ni prejuzgarse. No se puede señalar la custodia compartida de forma

¹¹⁶ SAP Barcelona (12ª) 23 octubre 2007

¹¹⁷ STC (pleno) 17 octubre 2012

¹¹⁸ STS (1ª) 29 abril 2013

¹¹⁹ BECERRIL RUIZ, D., & VENEGAS MEDINA, M. (2017). *La custodia...*, op. cit., págs. 80-88.

anticipada, y además tanto los padres como el menor deberán de tener la oportunidad de estudiar el caso concreto, pues partimos que este régimen al que estamos aludiendo es solicitado por el ISM, pero teniendo en cuenta la atención y cuidado de los padres a los hijos antes de la separación. Es importante diferenciar cuando se solicita la custodia compartida para beneficiar al menor, o por luchas por la atribución de la vivienda y los alimentos, así como una actitud negativa que perjudique el interés del menor¹²⁰.

IV. CONCLUSIONES

Una vez que hemos analizado el interés del menor y las repercusiones negativas a las que se enfrentan tras las crisis matrimoniales, es preciso realizar una serie de valoraciones, extrayendo de lo expuesto los aspectos más relevantes:

PRIMERA: Surge la necesidad de custodiar, **el interés superior del menor**, como instrumento jurídico, debido al gran descuido y desprotección en el que estaban inmersos los menores antes de la reforma de la Ley 15/2005. No solo eran seres vulnerables sino que carecían de derechos fundamentales. Estaban bajo el dominio de los padres y del sistema educativo, sometiendo su voluntad.

A nivel internacional, con la CDN, se plasma el Principio del interés superior del menor, abarcado por multitud de derechos fundamentales, considerando al menor sujeto de estos. Pasamos de un menor totalmente "abandonado", a un menor "amparado" por la sociedad. En España, el legislador también vio la necesidad de proteger al menor, creando leyes, como la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. De ahí que el menor pasa de ser objeto del Derecho a ser sujeto del mismo.

SEGUNDA: En los últimos años, las tasas de divorcios han incrementado, sobre todo, tras la reforma de la Ley 15/2005. El Derecho de Familia, resaltando el Derecho Matrimonial, ha progresado a la par que la estructura familiar. Partimos del Código Civil de 1889, donde solo con la muerte de alguno de los progenitores podía disolverse el matrimonio; posteriormente nos encontramos con la Ley 30/1981, que permitía recurrir al divorcio como última solución, es decir, cuando fuera inevitable una reconciliación entre la pareja. En la actualidad, tras la reforma de la Ley 15/2005, basta con que uno de

¹²⁰ De TORRES PEREA, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa..., *op. cit.*, págs. 19-20.

los cónyuges no desee continuar con el matrimonio para solicitar el divorcio, sin que el otro pueda oponerse a la petición por motivos materiales y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales.

Consecuente a esta ruptura, debemos plantearnos cómo se adaptan los hijos a su nueva situación familiar, y cómo se encuentran emocionalmente durante y después de la misma. Es evidente que el menor sufre el divorcio de sus padres, pues estamos hablando de la ruptura matrimonial de dos seres imprescindibles en su vida, y en la mayoría de los casos, implica un alejamiento de alguno de ellos, siendo esto casi inevitable.

La inmensa mayoría de estudios nos afirman **la repercusión lesiva a la que se enfrentan los menores con este fenómeno**, pues tienden a tener una mayor agresividad, ansiedad, despreocupación por los estudios e incluso en ocasiones depresión. El principal motivo del que derivan tales efectos son los conflictos existentes entre los progenitores, no solo durante el divorcio, sino durante los años posteriores. En contra, la ausencia de los mismos, junto al equilibrio afectivo del padre custodio y la involucración del padre no custodio con el hijo, permiten un mejor desarrollo del menor, teniendo en cuenta el impacto que supone para este, disminuyendo las consecuencias negativas que sufren.

TERCERA: En los procesos de familia, uno de los puntos controvertidos, es **la intervención del menor en los procesos judiciales**. La CDN, establece que los menores deben ser escuchados en aquellos asuntos que sea de su interés. Ratificado por España. Reseñamos la STS de 11 de febrero de 2016, la cual afirma que se deberá tener en cuenta el deseo manifestado por los menores y que su opinión será relevante siempre y cuando conste que ello no va a tener efectos negativos sobre los mismos. Atendiendo esta sentencia, podemos deducir que no debe de tenerse en cuenta la opinión del menor cuando conste que tendrá efectos negativos sobre el niño¹²¹.

Es importante reconocer que los menores tienen derecho y deben ser oídos; pero siempre que no suponga un perjuicio a ellos. En nuestra opinión, no se puede generalizar sobre la audiencia del menor, sino que depende del supuesto de hecho. Para el menor puede suponer un momento desagradable, además de que, en algunos casos, la voluntad que manifiestan, no es lo más beneficioso, e incluso en ocasiones, no coincide con su

¹²¹ STS (1ª) 11 febrero 2016

voluntad real. También es necesario aclarar que este derecho, no implica que su opinión sea vinculante en la decisión o que tengan un derecho de decidir por sí mismos.

CUARTA: Uno de los puntos más polémicos en el Derecho de Familia es **la custodia compartida**. Es una modalidad de la guarda y custodia. Tras una multitud de demandas llegadas ante los Tribunales, solicitando una custodia más equitativa entre los progenitores, el legislador introdujo este régimen de custodia compartida, con la reforma de la Ley 15/2005. Podríamos definirla como la situación en la que ambos progenitores desempeñan la custodia legal de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones y de derechos, tras su separación o divorcio.

Con la custodia compartida, uno de los problemas que surge es la aplicación del artículo 92.8 del CC. Como sabemos, la custodia compartida se estimará cuando ambos progenitores la soliciten mediante un convenio regulador, o lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El apartado 8 nos dice que, de forma excepcional, el juez podrá otorgar la custodia compartida, siendo requisito que al menos uno de los progenitores lo solicite, y un informe del MF. Sin embargo, el término "excepcional" ha sido sustituido por "normal" en la jurisprudencia. Compartimos dicha opinión, pues no podemos olvidar que el principal objetivo es velar por el interés del menor. Distinta es la polémica existente sobre si el juez pueda asignar la custodia compartida sin haber sido solicitada ni por ambos en un convenio, ni a instancia de una parte; entendemos que en estos casos no es posible, pues estamos hablando de vidas privadas y condicionando las mismas.

Además de este artículo 92.8 del CC, también hay que atender una serie de criterios para poder atribuir este modelo de custodia, como las relaciones personales entre los progenitores, la de los mismos con los hijos, la proximidad o lejanía de los domicilios de estos, su disponibilidad laboral y personal, la inestabilidad que puede ocasionar al menor, así como que en algunas ocasiones la custodia compartida no es la única forma de proteger el interés del menor, o no se ha podido demostrar durante el proceso que sea más beneficiosa que la exclusiva.

QUINTA: Especial mención ha de hacerse a **la comparación entre custodia exclusiva y custodia compartida**. Varios son los enfrentamientos doctrinales y jurisprudenciales. En los últimos años, aunque los tribunales se han decantado por la custodia compartida como régimen que más beneficia a los menores, sigue ganando

terreno la custodia exclusiva, asignada en la mayoría de los casos a la madre. Se entiende que la madre es más "adecuada" para prestar asistencia y cuidado al menor. Tras el estudio realizado, nos posicionamos a favor de la teoría de ver clara la discriminación; cuando se produce la separación parece que todos los avances que hemos conseguido hasta el día de hoy desaparecen, volviendo la mujer al cuidado de los hijos, mientras el hombre es el proveedor de recursos.

Es cierto que, en algunos casos, atendiendo el interés del menor, es la madre quien deba tener la custodia del menor, pero en muchos otros debe ser el padre o ambos. No se pueden hacer automatismos sobre el régimen de custodia, por lo que una vez más manifestamos y concluimos con la necesidad de estudiar el caso concreto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA ARILLA, M. J. (2003). El divorcio en España tras 22 años de legalización. *Anales de geografía de la Universidad Complutense*, (23). Servicio de Publicaciones.
- ALASCIO CARRASCO, L. (2011). La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010 (Shared custody as an exceptional Measure: Comments to the Supreme Court Decision-October 1st, 2010). *InDret*, 2.
- AGUILAR CAVALLO, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1).
- ÁLVAREZ CORDERO, I. C. (2006). Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: el Código de Familia Comunitario. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (39).
- ABELLÁN, J. L. (2010). Carmen de Burgos y El divorcio en España. *Arbor*, 186 (Extra).
- BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. B. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (3).
- BECERRIL RUIZ D. (2008). La percepción social del divorcio en España. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, 123(1).

- BECERRIL RUIZ, D., y VENEGAS MIRANDA, M. (2017). *La custodia compartida en España*. Madrid, España: Dykinson.
- CANTÓN DUARTE, J., CORTES ARBOLEDA M. D. R., y JUSTICIA DÍAZ, M. D. (2002). Las consecuencias del divorcio en los hijos. *Psicopatología clínica, legal y forense*, 2(3).
- CÁRDENAS MIRANDA, E. L. (2011). El interés superior del niño. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, (23).
- CARMONA LUQUE, R. (2012). Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España. *Educatio Siglo XXI*, 30(2).
- CARRASCO PERERA, A. (2017) *Lecciones de derecho civil* (3º ed.) Madrid, España: Tecnos.
- DAZA MARTÍNEZ, J. (1992). La Ley de Divorcio de 1932: presupuestos ideológicos y significación política. *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, N. 1.
- De LASALA PORTA, C. (2001). El Prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, (7).
- De TORRES PEREA, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *InDret*, (4).
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de derecho civil*. Madrid, España: Tecnos.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2018). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50 (151).
- GARCÍA GARNICA, M. D. C. (2009). Los menores en los procedimientos de separación y divorcio. In *Los niños y las niñas en la administración de justicia: Jornadas Infancia y Administraciones Públicas, Granada, 14, 15 y 16 de noviembre*. Comares.
- GARCÍA LOZANO, S. T. (2016). El interés superior del niño. *Revista Anuario mexicano de derecho internacional*. 16.

- LARUMBE CANALEJO, S. (2002). Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo. *Revista IIDH*, (36).
- LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*. Las Rozas (Madrid), España: La Ley.
- MORGADO CAMACHO, B., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. D. M. (2012). Divorcio y ajuste psicológico infantil. Primeras respuestas a algunas preguntas repetidas. *Apuntes de Psicología*, 30(1-3).
- NOVO, M., ARCE, R., y RODRÍGUEZ, M. J. (2003). Separación conyugal: consecuencias y reacciones postdivorcio de los hijos. *Revista galego-portuguesa de psicoloxía e educación*, 10(8).
- NÚÑEZ ZORRILLA, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia ya la adolescencia. *Revista Personal y Derecho* (73).
- ORTEGA GUERRERO, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología clínica, legal y forense*, 2(3).
- PÉREZ GALVÁN, M. (2016). La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia. *Diario La Ley*, (8866).
- PÉREZ VALLEJO, A. M. (2009). *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: Diagnóstico y prospectiva*. Barcelona, España: Atelier.
- PICONTO NOVALES, T., y ALMEDA i SAMARANCH, E. (2015). *La custodia compartida a debate*. Madrid, España: Dykinson.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., y FARIÑA RIVERA, F. (2015): *Mediación familiar. una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- PONS-SALVADOR, G., y Del BARRIO, V. (1995). El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos. *Psicothema*, 7(3).
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2).
- ROMERO COLOMA, A. M. (2011). *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*. Madrid, España: Reus.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés del menor* (2ª ed.). Madrid: Dykinson.

- VALDÉS CUERVO, Á. A., MARTÍNEZ, E. A. C., URÍAS MURRIETA, M., y IBARRA VÁZQUEZ, B. G. (2011). Efectos del divorcio de los padres en el desempeño académico y la conducta de los hijos. *Enseñanza e investigación en psicología*, 16(2).
- VENEGAS MIRANDA, M. (2017). Devenir sujeto. Una aproximación sociológica. *Convergencia*, 24(73).

WEBGRAFÍA

- Defensor del Pueblo (2014). *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*. Madrid, España: Publicaciones de la Oficina del Defensor del Pueblo.
- De CASTRO MARTIN, R M^a. (2011). *El interés superior del menor*. Junta de Andalucía. Sevilla.
- HUETE NOGUERAS, J. J. (1989). *Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamento jurisprudencial en materia de protección de menores*.
- Instituto de Política Familiar (2001): *España en cifras 2018*.
- Instituto Nacional de Estadística (2001). *Informe de Evolución de la Familia en Europa 2014*.
- Instituto Nacional de Estadística. (2001). *Nulidad, separación y divorcio*.
- UNIFEC. (2016). *Convención sobre los derechos del niño*. Fundación Unicef-Comité español.
- UNICEF, (2016). *la Convención internacional sobre los derechos del niño y la niña*. Fundación Unicef-Comité español.
- ZERMATTEN, J. (2003). *El Interés Superior del Niño: Del análisis literal al alcance filosófico*. Institut international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch.

ANEXOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Normativos

- Ley 23/1939, de 5 de octubre, relativa al divorcio. *Boletín Oficial del Estado*, 10, 5574-5575.

- Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. *Boletín Oficial del Estado*, 106, 16808 -6816.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. *Boletín Oficial del Estado*, 163, 11864-11867.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, 71, 12611-12645.
- Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, 175, 67171-61889.

Jurisprudenciales

- SAP Córdoba 18 mayo 1993
- SAP Alicante 7 julio 1997
- SAP Barcelona (12ª) 9 septiembre 1997
- SAP Zaragoza (5ª) 12 enero 1998
- SAP Madrid (22ª) 5 febrero 1999
- SAP Córdoba 1 marzo 2004
- SAP Córdoba (2ª) 26 marzo 2004
- SAP Córdoba (2ª) 13 mayo 2004
- SAP Baleares (3ª) 5 julio 2004
- SAP Alicante (6ª) 29 diciembre 2004
- SAP Toledo (1ª) 2 febrero 2005
- SAP Barcelona (18º) 12 enero 2006
- SAP Baleares (4ª) 22 septiembre 2006
- SAP Madrid (22ª) 1 diciembre 2006
- SAP Las Palmas (3ª) 13 diciembre 2006
- SAP Barcelona (12ª) 20 diciembre 2006
- SAP Toledo (2ª) 18 enero 2007
- SAP Barcelona (12ª) 9 marzo 2007

- SAP Sevilla (2ª) 10 octubre 2007
- SAP Barcelona (12ª) 23 octubre 2007
- SAP Las Palmas (3ª) 7 abril 2017
- STEDH 7 agosto 1996
- STEDH 16 noviembre 1996
- STEDH 13 julio 2000
- STC (2ª) 15 enero 2001
- STC (1ª) 30 enero 2006
- STC (2ª) 29 junio 2009
- STS (1º) 28 septiembre 2009
- STC (pleno) 17 octubre 2012
- STS 21 abril 1934
- STS 19 octubre 1983
- STS 15 marzo 1990
- STS 22 mayo 1999
- STS (1ª) 29 abril 2013
- STS (1ª) 20 octubre 2014
- STS (1ª) 11 febrero 2016
- STS (1ª) 11 mayo 2016