

INFANCIA Y DIVORCIO¹

La Revue du REDIF, nº 2, Año 2009

Blanca Gómez Bengoechea

Dra. en Derecho

Instituto Universitario de la Familia. Universidad Pontificia Comillas de Madrid

1.- Introducción.

La ruptura definitiva del matrimonio es una de las situaciones más difíciles y estresantes por las que pueden atravesar las personas a lo largo de su vida. Asumir el fracaso de un proyecto de vida común, generalmente iniciado y construido con ilusión y con entrega, y adaptarse a las nuevas circunstancias es, sin duda, una tarea que exige tiempo y esfuerzo, y que conlleva, muchas veces, una buena dosis de sufrimiento.

Si para los adultos implicados en la relación de pareja rota se trata de una etapa difícil y costosa, para los hijos nacidos de ese matrimonio, especialmente si son niños, el divorcio supone un cambio vital de indudable trascendencia.

Con la intención de proteger a los menores que se encuentran en esta situación, por ser los más vulnerables de todos los implicados en la ruptura familiar, el Derecho recoge algunas de las consecuencias que ésta tendrá sobre ellos, tratando de garantizar sus derechos y manteniendo el interés superior del niño como primer criterio para tomar y aplicar decisiones sobre los asuntos que les afectan.

A lo largo de este artículo analizaremos de qué forma se regulan jurídicamente asuntos tan importantes en la vida cotidiana de estos niños como el progenitor con el que van a vivir, de qué modo va a contribuir cada uno de sus padres a su sostenimiento, cuándo y cómo podrán ver al progenitor con el que no convivan habitualmente, o hasta qué punto es necesario escuchar y/o respetar sus opiniones.

2.- Situación actual.

Antes de detenernos en las cuestiones concretas que tienen que ver específicamente con los menores, haremos un rápido análisis de la situación del divorcio en España en este momento, para poder conocer cuántas familias atraviesan al año por una ruptura de este tipo y cuántos niños viven en estas circunstancias.

La evolución del número de divorcios en España se ha visto profundamente afectada en los últimos años por la aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, más conocida como la “ley del divorcio express”.

La principal novedad introducida por esta ley es que, desde su entrada en vigor, no es necesario el transcurso de un tiempo de separación previo, ni la alegación de ninguna otra causa para poder divorciarse. Basta con llevar al menos tres meses casados, y

¹ Este trabajo actualiza otro de la misma autora titulado “Menores y crisis familiares”, publicado dentro de la obra “Infancia en España: Nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas”, Adroher Biosca, S., Vidal Fernández, F. (Coords.), Universidad Pontificia Comillas (en prensa).

presentar junto con la demanda un convenio regulador de las relaciones familiares a partir de ese momento (si se presenta de mutuo acuerdo) o una propuesta de medidas (si la presenta uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro), para poder romper definitivamente el vínculo matrimonial.

La puesta en marcha de esta regulación ha hecho que, tal y como puede verse en la tabla de datos que aparece a continuación, las cifras de divorcios hayan aumentado notablemente en los años 2005 y 2006.

Divorcios en España. Valores absolutos y variaciones interanuales (%)

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Valores absolutos	35.834	36.101	37.743	39.242	41.621	45.448	50.974	72.848	126.952	125.777
Variación interanual (%)		0.75	4.55	3.97	6.06	9.19	12.16	42.91	74.27	-0.93

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es)

También ha aumentado de forma importante el número de niños cuyos padres se divorcian. Así, 35.676 parejas de las que se divorciaron en 2007 tenían algún hijo menor, 63.646 se divorciaron con niños en 2006, y 64.992 parejas en 2005. En todos los casos las parejas divorciadas tenían mayoritariamente uno o dos hijos.

Divorcios según el número de hijos menores de edad

Año	TOTAL	Ningún hijo menor	Algún hijo menor	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos	Más de 4 hijos	No consta
2007	125.721	60.729	64.992	37.615	23.540	3.254	430	153	
2006	126.952	58.650	63.646	37.565	22.807	2.815	380	79	4.656
2005	72.848	32.718	35.676	23.194	10.993	1.323	113	53	4.454

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es)

En cuanto a la forma de divorciarse, son mayoritarios los divorcios consensuados, en los que los padres, de mutuo acuerdo, establecen una medidas reguladoras de la vida familiar, que son después aprobadas por el Juez, salvo que éste considere que son dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

En los casos en los que los progenitores no están de acuerdo en la decisión de divorciarse o en la manera de organizar la vida de sus hijos a partir de ese momento, cada uno de ellos elabora una propuesta de medidas que remite al Juez, que es quien, a la vista de lo propuesto, toma las decisiones.

Divorcios consensuados y no consensuados

Año	Divorcios consensuados	Divorcios no consensuados
2008	73.834	47.980
2007	80.633	50.264

Fuente: CGPJ (www.poderjudicial.es)

3.- El régimen de custodia: custodia exclusiva – custodia compartida

La primera cuestión sobre la que es preciso decidir, y que condiciona la forma en que deben resolverse el resto de los asuntos, es a quién va a corresponder la guarda y

custodia del niño, es decir, con quién va a vivir habitualmente y quién se va a encargar de resolver sus cuestiones cotidianas.

Tradicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido predominante la opción por la **custodia exclusiva**, generalmente, como muestran las cifras que se incluyen a continuación, a favor de la madre, estableciéndose un régimen de visitas y comunicaciones con el otro progenitor que frecuentemente incluía fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones, aunque ha podido apreciarse una tendencia a ampliar las visitas y favorecer el contacto con el progenitor no custodio, incluyendo además en los últimos tiempos una o dos tardes a la semana.

Divorcios según el cónyuge que ejerce la custodia

	<i>TOTAL</i>	<i>Padre</i>	<i>Madre</i>	<i>Ambos</i>	<i>No procede</i>
2007	125.721	3.113	55.630	6.249	60.729

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es)

Sin embargo, en los últimos años hemos podido apreciar cómo la posibilidad de la **custodia compartida**, aunque es aún una solución minoritaria, comienza a tomar fuerza, y pasa de ser una solución jurisprudencial considerada conveniente sólo en casos puntuales, a estar contemplada por la ley y ser defendida por algunos como criterio general de atribución de la guarda².

La custodia compartida supone que ambos progenitores se ocupan de los hijos de forma conjunta o alternativamente por periodos de tiempo iguales. De forma que el cuidado, la atención y la educación de los niños quedan organizados de una de las siguientes formas³:

- Los progenitores viven en el mismo domicilio o en partes distintas de una misma vivienda, de modo que comparten permanentemente el cuidado de los hijos.
- El cuidado de los hijos es alternativo y se distribuye temporalmente en períodos de igual duración, de manera que los niños viven con cada uno de los progenitores por días, semanas, meses o años alternos.
- El cuidado de los hijos es alternativo, pero ellos permanecen siempre en el domicilio familiar y son los padres los que se trasladan a la vivienda para atenderlos en periodos alternos.

Como ya hemos mencionado, la posibilidad de compartir la custodia de esta forma no estaba contemplada por la legislación hasta la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Hasta este momento se trataba de una opción mencionada únicamente en algunas sentencias, pero no recogida en ningún texto legal, y que generalmente era desechada por no considerarse conveniente más que en algunos casos puntuales⁴. Sin embargo,

² En este sentido, ZARRALUQUI considera que la custodia compartida debería ser la regla general, sólo excluida cuando los padres lleguen a un acuerdo de guarda exclusiva, en el que uno sea titular de la custodia y el otro de un régimen de visitas. ZARRALUQUI NAVARRO, L., “La guarda y custodia compartida. Pautas para su correcta aplicación”, en *Economist & Jurist*, Vol. 15, nº 104, 2006, p. 61.

³ PÉREZ UREÑA, A. A., Op. cit. p. 277.

⁴ Sentencia Audiencia Provincial Almería, Sección 3ª, de 20 de octubre de 2003 (EDJ, 2003/150324), Sentencia Audiencia Provincial Alicante, Sección 4ª, de 6 de marzo de 2003 (EDJ, 2003/77079), Sentencia Audiencia Provincial Valencia, Sección 10ª, de 13 de febrero de 2003 (EDJ, 2003/9823).

a partir de la reforma de 2005 está contemplada expresamente por la ley y quedan establecidos legalmente los requisitos que deben cumplirse para que sea posible.

Así, el art. 92 del Código Civil establece en su apartado 5 que “*se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento*”. Sin embargo, añade que, además del acuerdo de los padres, para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida el Juez deberá:

- Recabar informe del Ministerio Fiscal.
- Oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio, o a petición del Ministerio Fiscal, de las partes, los miembros del equipo técnico judicial o del propio menor.
- Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella.
- Valorar la relación que mantengan los padres entre sí y con el hijo, para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
- Podrá, además, de oficio o a instancia de parte, recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, acerca de la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

La custodia compartida también será posible, excepcionalmente, cuando, a pesar de no haber acuerdo entre las partes, lo acuerde el Juez a instancia de una de ellas, siempre que haya un informe favorable del Ministerio Fiscal y que se fundamente que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La ley elimina expresamente la posibilidad de guarda conjunta en los casos en los que cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco será posible cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Además de encontrarse dentro de los supuestos del art. 90 del Código Civil y cumplir los requisitos del artículo 92, para que el régimen de custodia compartida pueda aplicarse con éxito es importante que se den las siguientes condiciones⁵:

- Es necesario que haya buen entendimiento entre los padres y que sean capaces de relacionarse sin hostilidades.
- Que tengan criterios educativos semejantes.
- Que los hijos tengan unas características personales que permitan su cuidado de forma alternativa y el traslado de una vivienda a otra. Para que la alternancia no les perjudique, los niños no deben ser muy pequeños.
- Que haya poca distancia entre las viviendas de los progenitores, de modo que no haya cambios bruscos de entorno: que vayan al mismo colegio, tengan los mismos amigos, el mismo barrio, etc.
- Que los padres los atiendan de forma directa y puedan ocuparse de los niños personalmente, es decir, que no sea una custodia repartida sino compartida.

La introducción de la custodia compartida en la regulación legal de las crisis matrimoniales puede ser una buena ocasión para reflexionar sobre la conveniencia de adaptar los regímenes de custodia y los de visita a los cambios sociales que han

⁵ ZARRALUQUI NAVARRO, L., Op. Cit., pp. 68-70.

experimentado las familias en los últimos tiempos. La incorporación de la mujer al mercado laboral y la mayor implicación de los padres en la crianza de los hijos deben llevarnos a reflexionar sobre los regímenes de custodia exclusiva, sobre el tiempo que los niños pasan con sus padres y sobre la necesidad de establecer unas visitas y comunicaciones suficientes en estas nuevas circunstancias.

4.- Las visitas y comunicaciones

En los casos en los que no se establece un régimen de custodia compartida, sino que la guarda y custodia de los niños es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores, otra de las cuestiones importantes a tener en cuenta es el establecimiento del régimen de visitas y comunicaciones que existirá entre los hijos menores y el progenitor no custodio.

Las visitas están jurídicamente configuradas como un derecho-deber que asiste a hijos y padres. Está reconocido como derecho de los hijos en el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño (*“Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*), y como derecho de los padres en los artículos 94 (*“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”*) y 160 (*“Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con lo adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”*) del Código Civil.

En este caso también es el juez quien resuelve sobre el modo, el lugar y la frecuencia en que tendrán lugar las visitas, aprobando lo propuesto por los padres al respecto en el convenio regulador o estableciendo él el régimen en caso de ausencia de acuerdo o si éste fuera dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Al igual que ocurre con la atribución de la guarda, el establecimiento del régimen de visitas debe estar presidido por el principio del superior interés del menor, y es posible que el juez lo limite o lo suspenda en los casos en los que el beneficio del niño así lo aconseje.

Así, pueden establecerse limitaciones:

- *En la frecuencia de las visitas o el número de días*, limitando el contacto entre semana por las obligaciones escolares del niño, o dividiendo el período de vacaciones teniendo en cuenta su edad, ya que si los niños son muy pequeños es conveniente que no pasen mucho tiempo sin ver a uno de sus progenitores.
- *En la pernocta*: se ha discutido mucho si resulta conveniente que los niños pequeños (generalmente los menores de 3 años) tengan un régimen de visitas que incluya pernocta con el progenitor no custodio, o si no es conveniente que ésta se produzca hasta que los niños sean un poco más mayores. La decisión sobre esta cuestión debe tomarse para cada caso concreto, teniendo en cuenta principalmente la historia previa de vinculación entre el niño y el padre o la madre no custodio (es necesaria una cierta implicación previa), las habilidades e infraestructura de los que dispone para atenderlo, y la relación actual entre los progenitores⁶.

⁶ Sobre esta cuestión LLORENTE PINTOS, F., “El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 33, 2006, pp. 23-78.

- *En personas o lugares en los que se desarrollen las visitas*, estableciendo que deban realizarse en un determinado lugar, y/o que no estén presentes determinadas personas, como por ejemplo la nueva pareja del padre o la madre, los abuelos paternos o maternos, etc. Es posible, incluso que se determine que las visitas sean vigiladas, de forma que tengan lugar en presencia del progenitor custodio o alguien de su confianza, o en un punto de encuentro supervisadas por profesionales.
- *En la forma de entrega o la persona encargada de recogerlos*: puede determinarse que la entrega y la recogida del menor tengan lugar en un punto de encuentro para evitar que los padres coincidan, o que quien lo recoja sea una tercera persona. Este tipo de limitación es frecuente en los casos en los que existen antecedentes de violencia familiar o graves conflictos entre los progenitores.

El régimen de visitas es un derecho para los padres, pero es también un deber que ostentan respecto a sus hijos, y están previstas medidas y sanciones para los casos en los que los progenitores incumplen lo establecido por el Juez.

Por una parte, en el ámbito civil, esta previsto que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, pueda dar lugar a la modificación de dicho régimen. Esta modificación la acordará el juez, si lo estima oportuno, a petición el Ministerio fiscal o los cónyuges, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas (Arts. 775 y 776.3 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por otro lado, el Código Penal recoge como delito, en su artículo 556, estos incumplimientos en los casos en los que constituyen una desobediencia grave a la autoridad judicial (el juez civil que en su sentencia había establecido el régimen de visitas que ha sido incumplido). Además, la reforma del Código Penal realizada en el año 2003, introduce una nueva modalidad de falta que se comete por el incumplimiento de las obligaciones familiares (entre las que pueden incluirse las visitas a los hijos) establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos (artículo 618.2).

Por último, el artículo 622 del Código Penal determina que los padres que, sin llegar a incurrir en un delito contra las relaciones familiares (es decir, un delito de abandono de familia, quebrantamiento de los deberes de custodia, o sustracción de menores) o, en su caso, de desobediencia, infrinjan el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

En relación con el incumplimiento del régimen de visitas, merece una mención especial la **sustracción de menores**, situación que supone el traslado de un menor desde el lugar en que reside habitualmente sin consentimiento del progenitor con el que convive, o su retención incumpliendo gravemente lo establecido por resolución judicial o administrativa acerca de la guarda y custodia y/o de los periodos de visita. De modo que uno de los progenitores impide que el niño conviva con el otro, que tiene atribuida la guarda y custodia, o lo retiene después de un periodo de visita.

La sustracción de menores estaba contemplada únicamente como incumplimiento de una sentencia civil de atribución de custodia hasta 1992, y ha sido tipificada como delito a partir de entonces⁷.

⁷ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre. Art. 225 bis del Código Penal.

Especialmente dramáticos y difíciles de resolver son los delitos de sustracción internacional, en los que el niño es trasladado fuera de España, para cuyos autores prevé nuestro ordenamiento jurídico que la pena se imponga en su mitad superior⁸.

Además del régimen de visitas, no hay que olvidar que también es preciso regular otras formas de comunicación padres-hijos como pueden ser las llamadas telefónicas, el intercambio de cartas y paquetes y, con importancia creciente, la comunicación a través de Internet: correos electrónicos, chats, videollamadas, etc.

5.- Prestación por alimentos

La tercera cuestión que es necesario mencionar, y cuya regulación ha experimentado importantes cambios en los últimos tiempos, es la del pago de la prestación por alimentos.

Cuando los padres viven separados, el Juez debe determinar también de qué manera y en qué medida contribuirá cada uno de los progenitores al sostenimiento de los hijos. Dado que en la mayoría de los casos existe un régimen de custodia exclusiva, lo que se establece en la sentencia es la cuantía de la pensión de alimentos que debe hacer efectiva todos los meses el padre o la madre que no convive habitualmente con los niños.

Al ser la madre la que con más frecuencia ostenta la guarda de los menores, lo más frecuente es, como se puede observar en la tabla, que sea el padre el que quede obligado a pagar una pensión alimenticia para sus hijos todos los meses.

Divorcios según el cónyuge que paga la pensión alimenticia

<i>Año</i>	<i>TOTAL</i>	<i>Padre</i>	<i>Madre</i>	<i>Ambos</i>	<i>No procede</i>	<i>No consta</i>
2007	125.721	61.261	3.360	4.069	57.031	
2006	126.952	53.570	1.704	2.561	58.650	10.467
2005	72.848	27.183	879	1.357	32.714	10.715
2004	50.974	19.209	686	800		30.279
2003	45.448	17.258	553	564		27.073
2002	41.621	16.299	552	519		24.251
2001	39.242	15.355	492	504		22.891
2000	37.743	14.310	446	489		22.498

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es)

La problemática del impago de pensiones, muy frecuente en nuestros días, ha llevado recientemente a tomar medidas legislativas tendentes a proteger a los miembros de la estructura familiar económicamente más débiles.

Con este objetivo se modificó el Código Penal en el año 2003⁹ para incluir en él un delito de impago de pensión, recogido en el artículo 227, según el cual el que deje de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo

⁸ Para tratar de solucionar estos casos España ha ratificado el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el acuerdo internacional más eficaz en esta materia, que procura la restitución rápida de los niños al país en el que tenían su residencia habitual antes de la sustracción.

⁹ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

Así mismo, en los casos en los que este tipo de comportamientos no sean delictivos, por ejemplo por no cumplirse los plazos, pueden entenderse tipificados como falta por el artículo 618.2 del Código Penal, que, como ya hemos mencionado al tratar sobre el régimen de visitas, castiga el incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio o sentencia en los casos en que no constituyen delito.

Es importante destacar que para que se cometa este delito no basta con que exista una resolución judicial firme o un convenio aprobado por el juez competente que establezca una prestación económica a favor del cónyuge o de los hijos, y que el progenitor no haya pagado la pensión durante un plazo de dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos. Es necesario, además, que quien debe pagar la pensión conozca la resolución y tenga voluntad de incumplirla. De modo que en los casos en los que el impago se haya producido por imposibilidad de cumplir con la prestación los obligados quedan excluidos del tipo penal.

En estos supuestos, en los que el padre o madre no pueden, por modificación de sus circunstancias económicas, pagar la pensión a la que quedaron obligados, es posible acreditar la disminución de recursos económicos e instar una modificación de su cuantía¹⁰.

Con el mismo propósito de proteger a los hijos menores frente a eventuales impagos de la pensión, ha entrado en funcionamiento recientemente el fondo de garantía para el pago de pensiones alimenticias, cuyo propósito es asegurar a los hijos menores de edad el cobro de alimentos reconocidos e impagados establecidos en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo¹¹.

De este modo, a partir del 1 de enero de 2008, los españoles menores de edad y los nacionales de los demás Estados miembro de la Unión Europea residentes en España que se encuentren en esta situación, pueden recibir de este fondo, como anticipo por las pensiones impagadas por sus progenitores, cien euros al mes durante un máximo de dieciocho meses¹². Para poder recibir este anticipo es necesario, además, que los ingresos de su unidad familiar no superen la cantidad resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente (fijado en 527,24 para 2009) por 1.5 si hay un hijo, incrementándose este coeficiente 0.25 por cada hijo. Es decir, los ingresos familiares en caso de tener un solo hijo no pueden ser superiores a los 790,86 euros mensuales brutos (677,88 en el caso de tratarse de un contrato estándar de 14 nóminas al año), o, lo que es lo mismo,

¹⁰ En los últimos meses, debido a la crisis económica, han aumentado en los Juzgados de familia las peticiones de modificación de medidas por parte de profesionales cuyos ingresos han disminuido desde que se estableció la pensión. RÍOS, P., “Fracasa la ayuda por impago de pensión a los hijos”, *El País*, 8 de junio de 2009.

¹¹ Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre.

¹² En caso de que el niño no sea español ni nacional de un Estado miembro de la UE es necesario que resida legalmente en España durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo (para los menores de cinco años estos periodos se exigirán a quien ejerza la guarda y custodia) Si el titular de la guarda y custodia fuera español bastará con que el menor resida legalmente en España en el momento de solicitar el anticipo.

También lo pueden solicitar los nacionales de países que reconozcan anticipos análogos en sus territorios en virtud de reciprocidad tácita o expresa o de acuerdo con lo que se disponga en tratados o convenios internacionales.

9.490,32 euros al año si se tiene un hijo, 11.072,04 si se tienen dos, 12.653,76 para quienes tengan tres hijos, y así sucesivamente, incrementándose la cantidad en 1.581,72 euros al año por cada hijo más.

Es cuestionable que una ayuda de este tipo (una cantidad tan insignificante para lo que cuesta criar a un hijo, durante un tiempo tan limitado y con un límite de ingresos tan bajo) suponga, en la práctica, protección suficiente para los menores que no reciben la pensión de sus progenitores y que, por verse desasistidos en sus necesidades básicas, se ven muchas veces obligados a subsistir gracias a ayudas de otros familiares o poniéndose a trabajar en cuanto tienen edad para ello.

Prueba de la poca aplicabilidad de esta ayuda es que en 2008, su primer año de vigencia, únicamente ha sido concedida a 519 niños, cifra muy pequeña si la comparamos con el número de sentencias judiciales por impago de pensiones que se incumplen anualmente en España¹³.

6.- Interés superior del niño y audiencia al menor en la toma de decisiones

Hemos mencionado ya cómo el establecimiento del régimen de custodia y el de visitas deben contar con aprobación judicial o deben ser decididos por el juez, tratando de esta manera de evitar que se llegue a acuerdos o se tomen medidas perjudiciales para los menores.

El principal criterio a tener en cuenta a la hora de aprobar o establecer un régimen de custodia y/o de visitas es el principio del interés superior del niño, reconocido, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, como principio rector de todas las decisiones que afectan a los menores¹⁴.

Este criterio debe ser el límite y punto de referencia en la toma de decisiones de este tipo, y tiene que ser determinado por el juez para cada caso concreto a la vista de las pruebas practicadas, ya que lo que es bueno para una familia con unas condiciones determinadas puede no serlo para otra con un estilo de vida distinto¹⁵.

Determinar cuál es el superior interés de un niño concreto en relación con el régimen de guarda y de visitas no corresponde a sus padres, que podrán hacer una propuesta de medidas en el convenio regulador si llegan a un acuerdo, sino al Juez, que debe revisar el acuerdo o las propuestas de los progenitores y las pruebas practicadas para establecer cuál es la mejor manera de salvaguardar el beneficio de cada niño.

¹³ RÍOS, P., “Fracasa la ayuda por impago de pensión a los hijos”, El País, 8 de junio de 2009.

¹⁴ La obligación de velar por el interés del menor aparece reconocida en el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. El reconocimiento de la necesidad de proteger a la infancia y su derecho a recibir cuidados y asistencias especiales se menciona en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. El Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, y el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, mencionan el interés del menor como motivo para evitar su restitución al lugar del que procedía. La Ley 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor establece que el interés superior de los menores primará en aplicación de la ley sobre cualquier otro interés legítimo, y en el mismo sentido se pronuncian sentencias del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales que regulan las cuestiones relativas a los hijos menores en las crisis matrimoniales de sus padres.

¹⁵ ZARRALUQUI NAVARRO, L., op. Cit., p. 62.

Para ello tendrá que examinar “*elementos personales, familiares, sociales y culturales, buscando lo mejor para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo en cuenta las necesidades de atención y cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, pautas de conducta de su entorno, afectos y relaciones con sus progenitores, edad y capacidad de autoabastecerse, etc.*”¹⁶.

Debe, por tanto, tener en cuenta tanto cuestiones objetivas (relacionadas con las posibilidades de formación, alimentación, etc.) como subjetivas (relaciones con los padres, deseos de los niños, etc.).

Para poder determinar cuál es el superior interés de un niño en cada caso concreto puede tener especial importancia la declaración del propio menor. Respecto a esta cuestión, como hemos mencionado ya, el menor con suficiente juicio (sin que exista un límite de edad concreto, se deja a criterio del juzgado) puede ser oído antes de decidir sobre la atribución de la guarda y custodia y el régimen de visitas (artículos 92.6 del Código Civil y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La declaración puede acordarse de oficio por el propio Juez o a petición del Ministerio Fiscal, las partes, los miembros del equipo técnico judicial o el propio menor.

De modo que el niño declarará o no dependiendo de las circunstancias del caso concreto. En cualquier caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que en las exploraciones de menores se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario (artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Estos especialistas serán los que forman parte de los equipos técnicos adscritos a los juzgados, en caso de haberlos por tratarse de un juzgado de familia, o peritos psicólogos si no hubiera equipo técnico en el juzgado. Su participación en el proceso puede ayudar al juez a conocer la verdadera voluntad del menor o si éste está siendo manipulado o coaccionado.

Precisamente en relación con las manipulaciones y coacciones a los menores surge una cuestión que está generando gran debate y estudio en los últimos años: el ***síndrome de alienación parental***.

Se trata de un concepto novedoso y poco tratado por nuestros Tribunales hasta ahora, que ha sido descrito como una “*situación en la que un progenitor intenta deliberadamente alienar (apartar) a su hijo del otro progenitor, mediante un “lavado de cerebro” o adoctrinamiento progresivo, a base de descalificaciones, creando un miedo infundado o aversión, con lo cual el menor acaba odiando de forma patológica e injustificada a su progenitor, sin querer volver a verlo, llegando a destruir todo tipo de relación con él, e incluso generando graves cuadros de ansiedad ante la presencia de éste*”¹⁷.

Para lograr este efecto en el niño, el alienador comienza por no informar al otro progenitor de actividades importantes de los hijos (actividades escolares, competiciones deportivas, etc.), intercepta el correo y las comunicaciones dirigidas por el padre alienado o su familia a los niños, e inicia una campaña de desvalorización, injurias y ataques a éste delante de los hijos. Dificulta el contacto entre ellos, impide el

¹⁶ SAP Madrid 624/2005, Sección 22, de 26 de septiembre, JUR 2005\236702.

¹⁷ GÓMEZ MAGÁN, P., “Síndrome de alienación parental (SAP)”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 38, 2008, p. 66.

ejercicio del derecho de visita, “olvida” informarle de citas importantes, y comienza a tomar decisiones relevantes en la vida de los hijos sin consultar al otro (cambios de colegio, cuestiones de salud, etc.). Además, puede llegar a impedir el acceso a los expedientes y al conocimiento de la marcha escolar del niño, y trata por todos los medios de expulsar al otro progenitor de la vida del hijo¹⁸.

Como consecuencia de estas acciones, nace en el menor un sentimiento de rechazo, miedo y odio hacia su padre o madre, que el niño identifica como propio, cuando en realidad es una imitación del progenitor alienador. Se trata de una forma de maltrato emocional que, según explican algunos expertos, puede dejar en los menores importantes consecuencias psicológicas: afecta a su autoestima, aprende a manipular y a ser valorado por su adhesión a lo marcado por el progenitor alienador y, dependiendo del momento en que sea detectado, puede romper para siempre la relación con el padre o la madre y su familia, ocasionar problemas de depresión, sentimientos de culpa, aislamiento y hostilidad. Supone la introducción en el hijo de ideas, creencias y valores perjudiciales para su desarrollo y que organizarán su conducta futura¹⁹.

Para que se pueda hablar de la existencia del síndrome de alienación parental es fundamental que ese rechazo haya sido transmitido por el progenitor alienador y no sea una respuesta que pueda ser razonable a comportamientos o actitudes del supuestamente alienado. Así, no puede considerarse su existencia en los casos en los que, por ejemplo, haya habido maltrato hacia el hijo, falta de adaptación a la nueva pareja de uno de los progenitores, etc²⁰.

Este síndrome no aparece recogido por la OMS como enfermedad y no figura tampoco como un trastorno psiquiátrico, por lo que hay psicólogos que aún no lo reconocen como tal y se muestran reacios a emitir informes en los que se afirme su existencia. Nuestros Tribunales, que se apoyan para tomar sus decisiones en informes psicológicos, solucionan este tipo de casos de diferentes formas. En algunas resoluciones se ha decidido el cambio de custodia a favor del progenitor alienado, se ha impuesto un régimen de custodia compartida, o incluso se ha establecido que ostente la custodia una institución pública mientras transcurre un periodo de adaptación. También hay jueces que, sin modificar la custodia, aconsejan la mediación familiar, y, en algunos supuestos, se mantiene la custodia por parte del alienador, pero se incrementa el régimen de visitas del que disfruta el alienado.

Lo más importante en estos casos es evitar dilaciones en los procedimientos, ya que, cuanto más tiempo pase mayores serán las consecuencias del síndrome sobre el niño y más difícil será revertirlas para que pueda disfrutar de una relación normalizada con su padre o madre.

En este sentido, es fundamental para la adecuada resolución de estos supuestos la colaboración entre abogados y juristas, tratando de hacer un diagnóstico lo antes posible y eliminando las circunstancias que dieron lugar a la aparición de este problema. Si se permiten dilaciones se facilita la aparición y el fortalecimiento de esta

¹⁸ AGUILAR CUENCA, J.M., “El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 29, 2005, p. 74.

¹⁹ AGUILAR CUENCA, J. M., Op. Cit. pp. 76-77; GÓMEZ MAGÁN, P., Op. Cit. pp. 70-71.

²⁰ AGUILAR CUENCA, J. M., Op. Cit. pp. 73, 74; GÓMEZ MAGÁN, P., Op. Cit. pp. 65-69; ALASCIO CARRASCO, L., “El síndrome de alienación parental”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008, www.indret.com.

patología, y, con ella, la eliminación de la presencia de uno de los progenitores en la vida del niño²¹.

Es importante tener en cuenta, tanto para solucionar estos casos como para todos los demás en los que están implicados menores, que la valoración y puesta en práctica del criterio del superior interés del niño debe llevarse a cabo con independencia de lo que su aplicación pueda suponer para sus progenitores. No hay que perder de vista que el objetivo principal no puede ser “castigar” al padre o madre que ha realizado una determinada conducta, o proteger al que ha sido perjudicado, por mucho que tenga derechos o intereses legítimos. El interés del menor está por encima de otros derechos e intereses, por legítimos que sean, y es preciso que esto quede reflejado en la práctica en las soluciones que se dan a los conflictos en los que participan niños.

En relación con este planteamiento cabe cuestionar alguna sentencia (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007) que resuelve un caso de síndrome de alienación parental otorgando la custodia al progenitor alienado (el padre), eliminando todas las visitas con el alienador (la madre), y estableciendo un mes de residencia en casa de los abuelos paternos para que la transición no sea traumática. ¿Responde esta solución al interés superior del niño o es sobre todo un castigo para el alienador? Da la sensación de que los mismos resultados podrían haberse conseguido de otra forma menos traumática para el niño, por ejemplo, estableciendo visitas supervisadas con el progenitor con el que convivía.

²¹ AGUILAR CUENCA, J. M., Op. Cit., p. 78.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CUENCA, J.M., “El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 29, 2005, pp. 71-79.

ALASCIO CARRASCO, L., “El síndrome de alienación parental”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008, www.indret.com.

GÓMEZ MAGÁN, P., “Síndrome de alienación parental (SAP)”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 38, 2008, pp. 63-78.

LLORENTE PINTOS, F., “El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 33, 2006, pp. 23-78.

MAGRO SERVET, V., “La casuística del impago de pensiones en nuevo Código Penal (Ley 15/2003, de 25 de noviembre)”, en *Diario La Ley*, nº 5934, año XXV, enero 2004, pp. 1629-1637.

MAGRO SERVET, V., “El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código Penal por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre”, en *Diario La Ley*, nº 5956, año XXV, febrero 2004, pp. 1819-1828.

PÉREZ UREÑA, A. A., “El interés del menor y la custodia compartida (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la Revista de Derecho de Familia nº 24, de julio 2004. Páginas 221 y 222)”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 26, 2005, pp. 275-278.

RÍOS, P., “Fracasa la ayuda por impago de pensión a los hijos”, *El País*, 8 de junio de 2009.

ZARRALUQUI NAVARRO, L., “La guarda y custodia compartida. Pautas para su correcta aplicación”, en *Economist & Jurist*, Vol. 15, nº 104, 2006, pp. 60-72.