



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

El interés superior del menor en las crisis matrimoniales

Dolores Zamácola Sánchez de Lamadrid

5º E3-Analytics

Derecho de Familia

Tutora: Blanca Gómez Bengoechea

Madrid
Marzo 2025

ÍNDICE

CAPÍTULO I: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	6
1. REGULACIÓN INTERNACIONAL.....	6
2. REGULACIÓN NACIONAL.....	9
- INTERPRETACIÓN DEL TC Y TS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	12
CAPÍTULO II: LAS CRISIS MATRIMONIALES.....	14
1. INTRODUCCIÓN A LAS CRISIS MATRIMONIALES.....	14
2. PRINCIPALES FIGURAS JURÍDICAS EN LAS CRISIS MATRIMONIALES..	15
2.1. Nulidad	15
2.2. Separación.....	16
2.3. Divorcio.....	17
3. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES	18
3.1. Vías de acceso al procedimiento.....	18
3.2. Audiencia del menor en los procedimientos.....	19
3.3. Regulación en el ámbito internacional.....	19
- Regulación en el ámbito nacional.....	21
- Resolución judicial de los conflictos familiares	23
3.4. Mediación familiar	24
CAPÍTULO III: ACUERDOS CON RELACION A LOS HIJOS EN MOMENTO DE CRISIS MATRIMONIAL	25
1. RELACIONES PATERNOFILIALES.....	25
1.1. Patria Potestad.....	26
1.1.1. Concepto.....	26
1.1.2. Titularidad y ejercicio.....	27
1.2. Guarda y custodia.....	29
1.2.1. Concepto	29
1.2.2. Tipos.....	30
a) <i>Exclusiva</i>	31
b) <i>Compartida</i>	32
2. RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIÓN.....	35
2.1. Concepto y determinación.....	36
2.2. Criterios judiciales en la determinación del régimen de visitas.....	37
2.3. Régimen de visitas en casos especiales.....	39
- <i>En casos de violencia de género y suspensión del régimen de visitas..</i>	<i>40</i>
- <i>Oposición del menor al régimen de visitas.....</i>	<i>42</i>
- <i>Régimen de visitas de abuelos y otros familiares.....</i>	<i>43</i>
3. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	43
4. PENSIÓN DE ALIMENTOS Y CARGAS FAMILIARES.....	47
- Casuísticas relevantes.....	49

RESUMEN

El presente trabajo estudia en profundidad el principio del interés superior del menor como eje central de las decisiones en los procesos de las crisis matrimoniales analizándolas desde un punto de vista tanto teórico como jurisprudencial, y en el ámbito internacional y nacional. Se centra en las medidas que afectan directamente a los hijos menores de edad. En este sentido, se estudia la aplicación práctica de figuras clave en el Derecho de Familia: la patria potestad, la guarda y custodia, el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos. El presente trabajo concluye que el interés del menor no solo actúa como principio jurídico fundamental, sino también como límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores, debiendo ser el criterio prevalente en la toma de decisiones que les afecten.

PALABRAS CLAVE

Interés superior del menor, crisis matrimoniales, guarda y custodia, patria potestad, régimen de visitas, pensión de alimentos, atribución del uso de la vivienda familiar, Derecho de familia, custodia compartida, audiencia del menor.

LISTADO DE PALABRAS CLAVE

Abreviatura	Significado
AP	Audiencia Provincial
Art./Arts.	Artículo / Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
Ed.	Edición
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
LOPIVI	Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia
Núm./N.º	Número
OJ	Ordenamiento Jurídico
Párr.	Párrafo
Pág./Págs.	Página / Páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, las transformaciones sociales y culturales han provocado que la ruptura de los matrimonios, sea una realidad cada vez más creciente. Esto ha obligado al Derecho a adaptarse a las nuevas realidades familiares, que tienen estructuras cada vez más complejas. En las situaciones en las que la ruptura del vínculo matrimonial puede generar situaciones de alta conflictividad y desequilibrio emocional, jurídico y económico, cuando hay hijos menores de edad de por medio, esto se vuelve un problema mucho más sensible y complicado. Por ello, las decisiones que se adoptan en una crisis matrimonial de este tipo, adquieren una trascendencia especial. Así, en la búsqueda de proteger al más débil, no solo se trata de regular jurídicamente la disolución de un vínculo entre cónyuges que pretenden dejar de serlo, sino de proteger a quienes más pueden verse afectados por dicha ruptura: los hijos.

El Derecho de Familia ha evolucionado, respondiendo a las situaciones que se le plantean y superando lo que ocurría décadas atrás donde el legislador estaba estancado en modelos tradicionales y poco flexibles. Ahora, se reconoce la infancia como una etapa vital que merece una protección especial, en la que el interés superior del niño es el eje central de todas las decisiones de un proceso de nulidad, separación o divorcio. Este es un principio que se ha consolidado como uno de los principios fundamentales en el Derecho de Familia, en especial, en el ámbito de las crisis matrimoniales. Así, se ha convertido en un referente normativo ineludible, con una consagración tanto internacional – con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989- como en nuestro ordenamiento jurídico – con la Constitución Española, el Código Civil y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

No obstante, la puesta en práctica de este principio jurídico indeterminado no se libra de desafíos a la hora de aplicarlo en casos concretos. ¿Qué significa realmente proteger este interés en una custodia compartida? ¿Qué papel debe jugar la opinión del menor en las decisiones judiciales? ¿Dónde está el equilibrio entre los derechos de los progenitores y la necesidad de preservar la estabilidad emocional del hijo?

Este Trabajo Fin de Grado, está precisamente motivado por la necesidad de analizar y comprender el alcance del interés superior del menor en las crisis matrimoniales. Con el

convencimiento de que detrás de cada conflicto familiar existe una realidad invisible que afecta profundamente al menor, quien, sin haberlo elegido, se convierte en parte del proceso judicial. En el Derecho de Familia es una cuestión urgente y necesaria de comprender, y por ello, en el presente trabajo se parte de un análisis integral que abarca desde la evolución normativa hasta la interpretación judicial del interés superior del menor. Se tratará cómo la jurisprudencia ha ido integrando éste principio en sus decisiones como eje central, y cómo se ha ido desplazando el interés de los progenitores a un enfoque de búsqueda del bienestar infantil.

En el presente trabajo, se estudiarán, desde la óptica del interés superior del menor, figuras como la patria potestad, la guarda y custodia, el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar o la pensión de alimentos. Todas ellas, se ven atravesadas por la aplicación del interés superior del menor, lo que requiere un estudio minucioso y profundo de las mismas para comprender su alcance.

En conclusión, el interés superior del menor en el ámbito de las crisis matrimoniales debe ser estudiado de manera completa desde una perspectiva jurídica pero también social y humana porque proteger al menor es un imperativo ético que merece respuestas en el nivel personal.

CAPÍTULO I: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. REGULACIÓN INTERNACIONAL

La determinación del concepto de interés superior del niño ha sido, desde siempre, un problema, especialmente a la hora de interpretarlo para la toma de decisiones que afectan a los menores. En su primera formulación, a finales del siglo XX, se definió de manera genérica como principio general y como concepto jurídico indeterminado, aunque no discrecional¹. La ausencia de una definición acotada responde a la dificultad de establecer una única definición que pueda aplicarse a cada niño individualmente teniendo en cuenta su situación concreta. Así pues, el objetivo principal de este principio es garantizar el desarrollo integral del niño, asegurando su bienestar tanto material como emocional.²

¹ Cardona Llorens, J., “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la observación general 14 del Comité de Derechos del Niño” en Sanz Caballero, S. (dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 100-105.

² Conceptos Jurídicos, “Interés superior del menor”, *Conceptos Jurídicos*, (s.f.) (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/interes-superior-del-menor/>; última consulta 20 de febrero de 2025).

A pesar de su presencia en numerosas normas internacionales, es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 donde el interés superior del niño adquiere un significado más preciso y un peso central. Este tratado, considerado el más ratificado en la historia de los derechos humanos, es de adopción casi universal. Está compuesto por 54 artículos que recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de toda la infancia, así como las responsabilidades de los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas en relación con la protección de sus derechos.³

La Convención se fundamenta en cuatro pilares fundamentales: la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el interés superior del niño, y el derecho del niño a ser escuchado y a participar en las decisiones que le afecten. Estos principios rectores permiten la interpretación y aplicación del resto de los derechos de la infancia, dotando de dinamismo al interés superior del niño, posibilitando la evaluación de cada caso concreto.⁴

El interés superior del niño está explícitamente recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, que establece que: *"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*⁵. Este artículo impone a las autoridades la obligación de priorizar el interés superior del niño en todas las medidas que le afecten, estableciéndolo como un criterio fundamental en la toma de decisiones legales y administrativas.

La Convención también hace referencia a este principio en otras disposiciones clave como en el artículo 9 (separación de los padres), artículo 10 (reunión de la familia), artículo 18 (obligaciones de los padres), artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de

³ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990), Preámbulo.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990), arts. 2, 3, 6 y 12.

⁵ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, art. 3 (BOE 31 de diciembre de 1990).

cuidado), artículo 21 (adopción), el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), o el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley).

En 2013, con el objetivo de aportar criterios para la interpretación y la aplicación del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño elaboró la Observación General n.º 14. Ésta reforzó la obligación de las instituciones públicas de garantizar la consideración prioritaria del interés superior del niño en la toma de decisiones que les afecten. Además, esta observación aclara que el interés superior del niño no puede utilizarse para restringir otros derechos reconocidos en la Convención.

Asimismo, la Observación General n.º 14 recoge cómo el concepto de interés superior del niño es un concepto con una triple aplicación: como derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento:

1. Como derecho **sustantivo**, el interés superior del niño, como recalca el párrafo 34 de la Observación, es el “*derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida*”.⁶ Esto implica que los Estados deben garantizar y respetar este derecho, lo que para él implica no solo recogerlo en las disposiciones legales, sino también a través de medidas que aseguren su ejercicio pleno y libre. Por tanto, este derecho, de carácter imperativo, limita la capacidad de las autoridades de actuar de manera arbitraria.⁷
2. Como principio **interpretativo**, el interés superior del niño es el eje central en la interpretación de la Convención, orientado a principios como la no discriminación (art. 2), la efectividad (art 4), la autonomía y la participación (arts. 5 y 12) y la protección (art. 3). Así, en caso de ambigüedad o de dudas en la interpretación de una disposición legal, se interpretará de manera que más favorezca al niño. No solo esto, sino que también cumple una función integrativa del resto de disposiciones legales, pues puede corregir la aplicación de una norma legal si

⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Naciones Unidas, 2013, párr. 6, a).

⁷ García Rubio, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, agosto 2020, p. 8.

perjudica al mejor, o incluso justificar que una ley no se aplique si no protege adecuadamente al niño.⁸

3. Como norma de **procedimiento**, el interés superior del niño exige, que, a lo largo de todo proceso, el tribunal o autoridad deberá ir analizando las repercusiones tanto positivas como negativas que éste podrá tener sobre el niño y establecer las garantías procesales pertinentes. Estas repercusiones se basarán en criterios objetivos y el procedimiento será justificado de manera transparente para asegurar la integridad del proceso.⁹

Por tanto, con el reconocimiento explícito en la Convención y el desarrollo del Comité, el interés superior del niño evoluciona desde un concepto vago y un enfoque paternalista, hasta convertirse en una garantía jurídica vinculante, limitando la discrecionalidad de las autoridades y exigiendo la protección efectiva de los derechos de la infancia.

Sin embargo, a pesar de haber ganado en definición, Cárdenas Miranda destaca que el concepto va más allá de una definición jurídica y se comporta más como un paradigma social, pues todavía tiene un carácter impreciso y puede interpretarse de diferentes maneras dependiendo del contexto cultural y moral.¹⁰ Esto implica que el legislador, juez, autoridad administrativa, social o educativa debe interpretar el artículo 3 de la Convención *ad casum* y teniendo en cuenta el resto de los derechos y principios.¹¹

2. REGULACIÓN NACIONAL

Una vez examinada la regulación del interés superior del niño en el ámbito internacional, nos detenemos en el análisis de su presencia en la legislación española.

⁸ García Rubio, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, agosto 2020, p. 49.

⁹ Guilarte Martín-Calero, C., “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor” en Moretón Sanz, M. F. et al. (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 92.

¹⁰ Cárdenas Miranda, E. L., “El interés superior del niño y la ratificación del Convenio 138 de la OIT”, *Letras Jurídicas: Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, n. 23, 2011, pp. 5-20.

¹¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Naciones Unidas, 2013.

En el ámbito estatal, aunque el artículo 39 CE¹² lo menciona de modo implícito, el principio está consolidado Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹³, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio.¹⁴

Es el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, tras su modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, el que establece que: *"Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"*.¹⁵

Este artículo recoge en el ordenamiento jurídico español el principio de interés superior del niño, obligando su consideración prioritaria en la adopción de decisiones que afecten al menor.

Dentro de este marco, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2, enfatiza la primacía del interés superior del menor sobre otros intereses legítimos. Sin embargo, aplicarlo puede ser complejo en determinadas situaciones, sobre todo cuando hay que ponderar y equilibrar los criterios en conflicto. Existen tres escenarios comunes que ponen de manifiesto esta problemática:

- La primera surge cuando los criterios en cuestión entran en conflicto, como ocurre en casos relacionados con la adopción de medidas de protección, donde debe sopesarse la preservación del entorno familiar frente a la protección contra la violencia o el maltrato.¹⁶

¹² Art. 39.2 CE: *"Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil"*.

¹³ 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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

¹⁴ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 23 de julio de 2015)

¹⁵ Art. 2, 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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

¹⁶ Álvarez Vélez, M., "Sistema normativo español sobre protección de menores" en Martínez García, C. (ed.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 135.

- En segundo lugar, el equilibrio entre la protección del menor (que podría incluir restricciones a ciertos derechos) y su autonomía puede ser difícil de alcanzar¹⁷.
- Finalmente, se debe considerar la naturaleza cambiante de las capacidades del menor, evaluando cuidadosamente la estabilidad de las soluciones adoptadas frente a la necesidad de adaptarlas a nuevas circunstancias¹⁸. Este enfoque flexible y equilibrado se convierte en un eje central para proteger al menor sin comprometer otros derechos concurrentes, garantizando así su desarrollo integral y bienestar.

Con el fin de facilitar la determinación del interés superior del menor, la modificación del artículo 2.2 estableció criterios específicos que sirven como guía interpretativa y permiten a jueces y autoridades adoptar otros elementos relevantes según cada caso. Estos criterios son los siguientes:

- A) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*
- B) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*
- C) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.*

¹⁷ Cardona Llorens, J., “El interés superior del niño: criterios y principios de aplicación” en Sanz Caballero, S. (ed.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 100.

¹⁸ Cardona Llorens, J., “El interés superior del niño: criterios y principios de aplicación” en Sanz Caballero, S. (ed.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 100.

*D) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.*¹⁹

INTERPRETACIÓN DEL TC Y TS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El TC y el TS han desempeñado un papel imprescindible a la hora de consolidar, desarrollar y clarificar el principio del interés superior del niño en nuestro ordenamiento jurídico.

Las interpretaciones del TC de este principio han enfatizado que el interés superior del niño ha de ser siempre la consideración prioritaria en cualquier decisión que le concierna. Así se recoge en la STC 221/2002²⁰, donde el TC subrayó que se trata de un principio vinculante para todos los poderes públicos y que es un principio esencial para proteger el desarrollo integral del menor que beneficia a su estado físico y emocional.

No solo esto, sino que en la STC 28/2008²¹, el TC reforzó que el interés superior del menor prevalece incluso frente a otros intereses como puede ser el de los padres. Este fallo fue especialmente importante, pues en él se establece que los tribunales debían tener en cuenta todo el entorno del menor y sus necesidades para afectar en la menor medida de lo posible su estabilidad emocional. En esta misma línea se pronuncia la STC 185/2012²², que no solo establece la importancia de que los tribunales evalúen el impacto que tendrán en los menores las medidas en las situaciones de crisis familiar, sino que también subraya la importancia del derecho de audiencia en tales situaciones, derecho que se tratará más adelante.

Por su parte, el Tribunal Supremo (TS), también se ha pronunciado al respecto, considerando el interés superior del niño un aspecto principal y eje central en la resolución

¹⁹ 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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, Rec. 178/2003 [versión electrónica – base de datos *LaLey*]. Fecha de la última consulta: 10 de enero de 2025.

²¹ Tribunal Constitucional, Sentencia 28/2008, de 11 de febrero, Rec 9316/2006 [versión electrónica – base de datos *LaLey*]. Fecha de la última consulta: 10 de enero de 2025.

²² Tribunal Constitucional, Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, Ref. BOE-A-2012-14060, [versión electrónica – base de datos *BOE*]. Fecha de la última consulta: 10 de enero de 2025.

de cualquier conflicto judicial que involucre a menores, destacando en la STS 55/2016, de 11 de febrero,²³ que, la resolución en los casos de custodia y visitas debe estar orientada al desarrollo y bienestar del menor teniendo en cuenta su estabilidad emocional. En la STS 638/2019, de 25 de abril,²⁴ el Tribunal abordó los casos de visitas de los abuelos a los nietos, declarando que, si tal visita es perjudicial para el menor, el caso será evaluado a la luz del interés del niño, poniendo así se manifestó la importancia de considerar en su contexto específico y darle voz.

Tras el análisis legislativo y jurisprudencial del interés superior del niño, es importante destacar las contribuciones doctrinales que han tratado de definir y valorar este principio desde diversas perspectivas. Autores como Zermatten, lo han definido como «*Un instrumento jurídico cuyo fin es garantizar el bienestar del niño en el marco físico, psíquico y moral*».²⁵ En esta misma línea, Aguilar Cavallo, entiende que este interés se refiere a escoger lo más beneficioso para el menor (o lo que el juez considere que es más conveniente) a la hora de tomar decisiones que afecten a los derechos humanos del niño, siempre considerándole como un ser humano sujeto de derechos que deben ser respetados.²⁶

Así, el interés superior del niño no solo se configura como un principio jurídico fundamental, sino también como un paradigma social en constante evolución, que exige tanto a las autoridades como a los particulares adoptar decisiones orientadas al desarrollo integral del menor. Este principio, al ser interpretado desde perspectivas doctrinales y legales, demuestra su dinamismo y capacidad para adaptarse a las diversas realidades que afectan a los niños, consolidándose como un eje rector en la promoción y protección de sus derechos.

²³ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 55/2016, de 11 de febrero de 2016, Rec 470/2015 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 3342/2016]. Fecha de la última consulta: 3 de marzo de 2025.

²⁴ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 638/2019, de 25 de noviembre de 2019, Rec. 1487/2019 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 174555/2019]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

²⁵ Zermatten, J., *El interés superior del niño: del análisis literal al alcance filosófico*, Institut international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch, 2003, p. 15

²⁶ Aguilar Cavallo, G., “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, n. 1, Madrid, 2008, p. 229.

CAPÍTULO II: CRISIS MATRIMONIALES

1. INTRODUCCIÓN A LAS CRISIS MATRIMONIALES

El matrimonio es una institución jurídico, social y cultural que formaliza la unión de dos personas, tiene reconocimiento legal y establece derechos y deberes mutuos. En España, el artículo 44 del Código Civil lo define como "*la unión de dos personas con igualdad de derechos y deberes*", configurándose como un contrato solemne y consensual, que sienta las bases de una relación basada en el respeto mutuo y la reciprocidad, generando efectos tanto personales como patrimoniales. Desde una perspectiva doctrinal, Luis Díez-Picazo resalta los elementos de formalidad, estabilidad y plena comunidad de existencia.²⁷ Además, normativas como la Ley 13/2005 permiten y reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo.²⁸

Aunque el matrimonio tiene una vocación de permanencia, en la práctica, no siempre se mantiene intacto. Las crisis matrimoniales suponen la ruptura en el vínculo matrimonial derivando en la nulidad, separación o divorcio, todas ellas reguladas en los artículos 73 a 107 del Código Civil. Autores como Marín López clasifican las causas de las crisis matrimoniales en tres grandes grupos²⁹:

- Conflictos internos: como pueden ser las discusiones, problemas de comunicación, infidelidades o diferencias entre los cónyuges.
- Factores externos: refiriéndose a dificultades económicas, laborales o de salud que pueden afectar a la convivencia.
- Violencia intrafamiliar: aquellas situaciones de maltrato que comprometen la situación de la familia, en especial de los menores.

Las crisis matrimoniales tienen efectos tanto personales como patrimoniales, incluyendo la atribución de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, el establecimiento del régimen de visitas y la asignación del uso de la vivienda familiar.

²⁷ Díez-Picazo, L. Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. I: *Derecho de Familia*, Tecnos, 2018.

²⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

²⁹ Marín López, M. J., "La nulidad, la separación y el divorcio" en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia*, 6.ª ed., Bercal, Madrid, 2021, pp. 75-101.

Desde el punto de vista emocional, la disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, la ruptura familiar, supone un impacto emocional significativo para el menor, pudiendo llegar a experimentar inseguridades, estrés y alteraciones en su desarrollo social y psicológico, llevando a que, a largo plazo, su autoestima o su capacidad de establecer relaciones interpersonales saludables se vean afectadas. Autores sostienen que el interés superior del menor debe ser el eje central de todas las decisiones adoptadas, asegurando que las medidas que se tomen busquen su protección integral como sujeto de derechos y no solo como objeto de tutela.³⁰

2. PRINCIPALES FIGURAS JURÍDICAS EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Las crisis matrimoniales pueden derivar en la interrupción o disolución del vínculo matrimonial, llevando así a la nulidad, la separación o el divorcio. Cada una de estas tiene sus características y efectos legales específicos y se regulan en los artículos 73 al 107 del código civil y en otras complementarias como la reforma legal Ley 15/2005³¹, que modernizó el régimen de separación y divorcio en España o la Ley 13/2005³², 1 de julio y la LOPIVI.³³

2.1. Nulidad

La nulidad en el matrimonio implica una anomalía en el negocio jurídico matrimonial que hace que carezca de validez jurídica desde su origen, y, por tanto, no genera efectos legales entre los cónyuges. No obstante, sí que se reconocerán ciertos efectos legales en el “matrimonio putativo”, donde, para proteger los derechos y la seguridad jurídica de los cónyuges y de terceros, sí se reconocerán ciertos efectos jurídicos pese haber sido declarado nulo.³⁴

³⁰ Aguilar Cavallo, G., *Los derechos del niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 95-98.

³¹ 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 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

³² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

³³ 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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

³⁴ Código Civil español, art. 79

El Código Civil regula la nulidad en sus artículos 73 a 80 del Código Civil, y contempla las causas específicas, resumidas por Marín López³⁵ de la siguiente manera:

- Falta de consentimiento matrimonial: casos en los que no existe voluntad real y consciente de contraer matrimonio. Por ejemplo, los matrimonios de conveniencia, donde alguna de las partes no tienen la intención de asumir las obligaciones del matrimonio (artículo 45.1 y 73. 1 CC).
- Vicios en el consentimiento: donde, aunque exista voluntad, esta se encuentra afectada por circunstancias que validan el acto como el error sobre la identidad del otro contrayente o sobre cualidades personales determinantes (artículo 73.4), o como el miedo grave o la coacción sobre uno de los cónyuges (artículo 73.5).
- Falta de capacidad matrimonial: cuando concurren impedimentos legales no dispensables que contravienen los artículos 46 a 48 CC, como por ejemplo matrimonios entre padres e hijos, entre hermanos, de menores de 16 años no emancipados o aquellos entre personas que asesinaron al cónyuge de uno de ellos.
- Defectos formales: artículo 73.3 CC, que establece las formalidades exigidas por la ley como, por ejemplo, un juez autorizado o testigos. Estos defectos también se vinculan con la falta de capacidad para contraer matrimonio conforme al procedimiento establecido.

2.2. Separación

La separación matrimonial implica la suspensión de la vida en común sin disolver el vínculo matrimonial. Es decir, los esposos siguen estando legalmente casados aunque algunos derechos y deberes asociados a la convivencia hayan cesado. En este caso, el matrimonio se celebró adecuadamente y produjo todos sus efectos con normalidad.

Son los artículos 81 a 84 del Código Civil los que regulan esta figura y los que establecen los requisitos, formas y efectos de la separación. En ellos se establece que los cónyuges podrán separarse de mutuo acuerdo, mediante la presentación de un convenio regulador, ante notario (solo si no hay hijos menores) o por vía judicial, que especifique las medidas relativas a los hijos, la vivienda familiar y las obligaciones económicas. Además, también se admite la separación contenciosa y se exige que hayan pasado un plazo de tres meses

³⁵Marín López, M. J., “La nulidad, la separación y el divorcio” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia*, 6.ª ed., Bercal, Madrid, 2021, pp. 75-101.

desde la celebración del matrimonio, a no ser que exista un riesgo grave para la vida, la integridad física o moral de alguno de los cónyuges (artículo 81.2 CC). La Ley 15/2005, de 8 de julio, introdujo una perspectiva más flexible, donde se elimina la necesidad de justificar la ruptura pudiendo tramitar la separación sin necesidad de alegar una causa específica.

Como establece el artículo 103 CC, durante la separación, los tribunales pueden establecer ciertas medidas provisionales para garantizar la protección del interés superior del niño, entre las que se encuentran las siguientes: primero, la guarda y custodia, donde se designará al progenitor que ejercerá la custodia de los menores. Es cada vez más frecuente la custodia compartida (STS 257/2013 donde se reiteró que la custodia compartida debe ser la modalidad preferente si esta favorece al menor³⁶). Segundo, el régimen de visitas y comunicación, donde se regulará el derecho del progenitor que no ostenta la custodia a poder visitar y mantener contacto con sus hijos.

2.3. Divorcio

Por último, el divorcio, que es la figura jurídica que disuelve el matrimonio, extinguiendo el vínculo matrimonial y con él los derechos y deberes conyugales, y así permitiendo a los cónyuges contraer un nuevo matrimonio. La regulación del divorcio comienza en el artículo 85 CC que establece que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.³⁷ Su regulación alcanza hasta el 107 del Código Civil, donde se especifican desde los requisitos hasta las consecuencias legales. La Ley 5/2005, de 8 de julio, introdujo el divorcio sin causa, pudiendo solicitar el divorcio de manera unilateral siempre y cuando haya transcurrido el plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, a no ser que hay un peligro para la vida, la integridad física o moral de los hijos o uno de los cónyuges (artículo 86 del Código Civil). Según Luis Díez Picazo,

³⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, ECLI: ES:TS:2013:2246.]. Fecha de la última consulta: 3 de enero de 2025.

³⁷ Marín López, M. J. *La nulidad, la separación y el divorcio*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Manual de Derecho Civil: Derecho de familia* (6ª ed.). Bercal, S.A. 2021. pp 75-102

esta reforma supuso una nueva concepción del matrimonio centrada en la libertad individual y la autonomía de la voluntad.³⁸

Una vez más, en el proceso del divorcio, para evitar las consecuencias directas en los hijos, los tribunales han de garantizar el interés superior del niño en todas las decisiones que se tomen como la guarda y custodia, el régimen de visitas y la atribución del uso de la vivienda familiar. Autores como Aguilar Cavallo³⁹ o Ana María Martín López⁴⁰ también sostienen que el marco jurídico debe facilitar soluciones personalizadas que prioricen el bienestar infantil y que los tribunales deben adoptar las medidas más adecuadas para mitigar el impacto del divorcio en los menores.

3. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

El procedimiento judicial en el ámbito de las crisis matrimoniales no solo busca resolver los conflictos que han derivado de una ruptura del vínculo matrimonial, sino que también tiene como objetivo prioritario preservar el bienestar físico, emocional y social de los hijos, garantizando que todas las decisiones judiciales se adopten bajo la óptica del interés superior del menor. Así, el sistema judicial actúa no solo como árbitro del conflicto entre los progenitores, sino como garante de la protección integral de los menores en situaciones de especial vulnerabilidad.

3.1. Vías de acceso al procedimiento

Para iniciar un procedimiento de nulidad, separación o divorcio existen dos vías principales:

- **Vía consensual:** procedimiento regulado en el artículo 82 CC, es aquel en el que las partes llegan a un acuerdo sobre las condiciones de la separación del divorcio de manera dialogada, evitando un proceso judicial, reduciendo el impacto emocional en los hijos. Esta modalidad permite formalizar el convenio

³⁸ Díez-Picazo, L. Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. I: *Derecho de Familia*, Tecnos, 2018, pp 53-58

³⁹ Aguilar Cavallo, H. (2016). *El interés superior del niño en el Derecho Internacional y Comparado*. Thomson Reuters Aranzadi.

⁴⁰ Martín López, A. M., *Protección jurídica del menor en España*, Editorial Jurídica Civitas, Madrid, 2020, p. 35-50.

regulador ante notario⁴¹ cuando no hay hijos menores o en sede judicial si los hay y solo cabría en los casos de separación y divorcio. Este convenio regulador es el documento esencial que recoge todos los aspectos fundamentales como la guarda y custodia, el régimen de visitas y comunicación, la atribución del uso de la vivienda familiar y la contribución económica. La Ley 15/2015, 2 de julio, introdujo una gran novedad, permitiendo que tales procesos se puedan tramitar mediante escritura pública ante notario.

- **Vía contenciosa:** Requiere intervención judicial debido a la ausencia de acuerdo entre las partes, siendo un proceso más largo y emocionalmente complicado. Se regula en el artículo 770 LEC y en estos casos, el juez tiene un papel más activo en la protección del menor, debiendo dictar medidas que salvaguarden su bienestar físico, emocional y psicológico (STS 257/2013⁴²). Estos procedimientos caben para los casos de nulidad, así como los de separación y divorcio y comenzará con la demanda de uno de los cónyuges. Además, conforme al artículo 770.7º LEC, se prevé incluso la posibilidad de suspender el proceso para intentar una mediación familiar si se considera beneficiosa para el menor.

3.2. Audiencia del menor en los procedimientos

- Regulación en el ámbito internacional

Como se mencionaba en la introducción, uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio, junto al principio de la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.

La Convención recoge este derecho en su artículo 12 donde se menciona que el menor tiene el derecho- no la obligación- de expresar su opinión libremente en todos aquellos asuntos que le afecten. Por ello, también tiene el derecho a que esas opiniones se tengan en cuenta, en función de la madurez y edad del niño.⁴³ Este principio implica que los

⁴¹ La Ley 15/2015, 2 de julio, introdujo una gran novedad, permitiendo que tales procesos se puedan tramitar mediante escritura pública ante notario.

⁴² Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, ECLI: ES:TS:2013:2246]. Fecha de la última consulta: 3 de enero de 2025.

⁴³ Art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los

Estados Parte tienen la obligación de reconocer, garantizar e integrar activamente este derecho como guía transversal para del resto recogido en la Convención.⁴⁴

En este sentido, el artículo 12 de la Convención, establece que el menor tendrá derecho de expresar libremente su opinión en "*todos los asuntos que afectan al niño*".⁴⁵ Este concepto debe entenderse de manera amplia e inclusiva, abarcando no solo los procedimientos judiciales, sino también su participación en los entornos sociales, educativos y comunitario.

Esta visión fue respaldada por el Comité de los Derechos del Niño, que en su Observación General número 12, rechazó limitar los asuntos sobre los que el menor puede opinar, reafirmando su derecho a participar activamente en todas las decisiones relevantes para su vida.⁴⁶ Esta observación busca, por un lado, subrayar las implicaciones del artículo para los gobiernos y, por otro, ampliar el alcance de las legislaciones nacionales para garantizar su plena aplicación. Además, tiene como objetivo destacar los enfoques positivos implementados hasta el momento y establecer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para asegurar que las opiniones de los niños sean debidamente consideradas en todos los asuntos que les afecten.⁴⁷

Sumado a esto, el Comité establece una serie de garantías mínimas para asegurar que el derecho a ser oído sea real y efectivo: los procesos deben ser transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, apoyados en la formación, seguros y atentos al riesgo y responsables.⁴⁸ De esta manera se busca proteger al menor de posibles perjuicios emocionales durante el proceso además de reforzar la

asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"

⁴⁴ Véase la Observación general N° 5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/5), pp. 3-4.

⁴⁵ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, art. 12 (BOE 31 de diciembre de 1990).

⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12* (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, Naciones Unidas, 2009, párr. 11.

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12* (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, Naciones Unidas, 2009, párr. 7.

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12* (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, Naciones Unidas, 2009, párrs. 31-33.

calidad y legitimidad de las decisiones adoptadas, asegurando que respondan verdaderamente a su interés superior.

- Regulación en el ámbito nacional

A nivel nacional, es el artículo 9 LOPJM el que consagra el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial que le afecte, ya sea directamente o a través de su representante legal. Además, reafirma el criterio de la edad y madurez, y añade que el menor deberá recibir toda la información necesaria para poder ejercer tal derecho de forma libre y responsable (artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, dispone que, cuando sea necesario, dicha audiencia se hará con la asistencia de profesionales cualificados o expertos que velen por la protección de la intimidad y el bienestar emocional del menor.

Las modificaciones en este ámbito han tenido como propósito principal proteger al menor en los procedimientos judiciales, especialmente en el contexto de crisis familiares. Estas reformas buscan reducir la exposición del niño a situaciones emocionalmente complejas, como las disputas por la custodia o el régimen de visitas, preservando sus afectos y vínculos emocionales con sus familiares. Además, se han introducido medidas para garantizar que la participación del menor sea proporcional y adecuada a su nivel de madurez, evitando que sea sometido a un estrés innecesario, mientras se asegura que su opinión sea valorada en las decisiones que le afectan.⁴⁹

Previo a la reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor del año 2015, el artículo 92 del Código Civil y la LEC 1/2000 ya reconocían el derecho del menor a ser escuchado en los procedimientos judiciales que les afectasen, siendo obligatorio escuchar a los menores de 12 años con suficiente juicio y a todos los mayores de 12 años. De esta manera, se buscaba proteger al menor y garantizar que su voz fuera considerada al tomar decisiones sobre su custodia y cuidado.

La Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el CC y la LEC, flexibilizó este marco, introduciendo dos modificaciones principales: la primera es al artículo 92, apartados 2 y 6 del CC donde se añadió que el juez debe velar por el derecho del menor a ser oído solo si se considera necesario. La segunda se refiere al artículo 777.5 de la LEC

⁴⁹ Marín López, M. J., “La nulidad, la separación y el divorcio” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia*, 6.ª ed., Bercal, Madrid, 2021, pp. 75-101.

donde se estableció que la audiencia del menor solo se realizaría si el juez lo consideraba necesario, ya fuera por solicitud de las partes, del fiscal, de los miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. Por tanto, ambos artículos consiguieron ir en un mismo sentido. Si embargo, el problema vino porque el art 770 LEC inicialmente no fue reformado, manteniendo la obligación de, en los procesos contenciosos, escuchar a los menores de 12 años si tenían suficiente juicio y a los mayores de 12 años. No obstante, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, corrigió esta incoherencia, cambiando la regla cuarta del artículo 770 de la LEC y creando un plazo de treinta días para las pruebas que quieran practicarse en la vista. Así se armonizó el régimen de audiencia de menores en procedimientos consensuales y contenciosos.

Además, la jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental en la protección de este derecho. El Tribunal Constitucional (STC 140/2008, de 28 de octubre⁵⁰, y STC 163/2009, de 29 junio⁵¹) afirma que la audiencia del menor no es esencial en todos los casos y solo se realizará si se considera necesaria para proteger sus intereses. Además, se enfatizó que la madurez del menor debe evaluarse de manera individual y destacó que su opinión debe considerarse como un elemento sustancial para la adopción de decisiones ajustadas a su realidad.

Así la audiencia del menor se utilizará solo cuando sea necesaria, teniendo en cuenta la madurez y el impacto emocional que podría tener el niño. Los jueces equilibrarán la necesidad de escuchar al menor con su protección emocional y bienestar general.

Adicionalmente, el artículo 9.3⁵² LOPJM establece que, cuando se deniegue la audiencia del menor, la resolución ha de ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor,

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 140/2008, de 28 de octubre de 2008, Cuestión de inconstitucionalidad 594-2006 [versión electrónica – BOE, Ref: BOE-T-2008-18813]. Fecha de la última consulta: 12 de marzo de 2025.

⁵¹ Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 163/2009, de 29 de junio de 2009, Recurso de amparo 273-2008 [versión electrónica – BOE, Ref: BOE-A-2009-12526]. Fecha de la última consulta: 12 de marzo de 2025.

⁵² Artículo 9. 3 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: *"Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, tal menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente a los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración"*.

y, en su caso a su representante, con expresa indicación de los recursos que proceden contra tal decisión. Además, esta misma ley, en su artículo 9.1 párrafo segundo, establece una serie de criterios metodológicos para la práctica de la audiencia del menor en tales procedimientos:

- A) Se realizarán con carácter preferente.
- B) Se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo.
- C) Cuando fuese necesario, se llevarán a cabo con la asistencia de profesionales cualificados o expertos.
- D) Se tendrá cuidado de preservar su intimidad.
- E) Se utilizará un lenguaje que sea comprensible para el menor.
- F) Se emplearán formatos que sean accesibles y adapten a sus circunstancias.
- G) Se le informará tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión.
- H) Se respetarán todas las garantías del procedimiento.

En conclusión, el derecho del menor a ser escuchado en procesos de crisis matrimoniales es una garantía esencial para la protección de su bienestar y el respeto de su interés superior. La evolución legislativa y jurisprudencial en España ha consolidado un enfoque flexible que permite valorar la madurez del menor caso por caso, asegurando su participación efectiva sin exponerlo a una carga emocional innecesaria. Así, la audiencia del menor no solo refuerza su autonomía y dignidad, sino que también permite a los tribunales adoptar decisiones más justas y ajustadas a su realidad.

3.3. Resolución judicial de los conflictos familiares

La resolución de conflictos de las crisis matrimoniales es uno de los momentos más sensibles dentro del procedimiento, en tanto en cuanto en él se concretan las medidas que afectan de manera directa a la vida del menor. Por ello, durante el proceso, se busca adoptar decisiones minimizando los efectos negativos sobre los menores y las partes implicadas. Así, el juez desarrolla un papel fundamental, teniendo la responsabilidad de garantizar el principio del interés superior del niño.

Además, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado un papel crucial a la hora de orientar estas decisiones. A modo de ejemplo, la STC 28/2008 reitera que, en caso de conflicto entre los intereses de los progenitores, debe prevalecer siempre el interés

superior del niño.⁵³ Además, la STS 312/2023 enfatiza la necesidad de considerar el entorno emocional del menor al resolver cuestiones como la atribución del domicilio familiar o el régimen de visitas⁵⁴. Luis Díez-Picazo señala que la resolución de conflictos familiares debe priorizar soluciones flexibles y adaptadas, garantizando que los derechos del menor estén protegidos y que las decisiones judiciales sean dinámicas y capaces de ajustarse a los cambios en la situación familiar.⁵⁵

3.4. Mediación familiar

Como alternativa al proceso judicial, existe la mediación familiar, herramienta que sirve para resolver conflictos en los casos de crisis matrimonial preservando así las relaciones interpersonales. Se regula en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles⁵⁶, y su objetivo principal es facilitar el diálogo entre las partes y alcanzar acuerdos que minimicen el impacto del conflicto en los menores.

Autores como Aguilar Cavallo hablan de los beneficios de esta alternativa, puesto que no solo permite adoptar soluciones más personalizadas, sino que también fomenta un entorno en el que los derechos del niño son respetados de manera prioritaria⁵⁷. También la Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño respalda este planteamiento, manifestando que la mediación permite adoptar decisiones centradas en el menor.⁵⁸

Así, se ha demostrado que la mediación es una alternativa muy eficaz en aquellos casos en los que los padres quieren establecer la custodia compartida, sobre todo si existe cooperación y una buena comunicación entre los progenitores, así en un caso estudiado por la Fundación ATYME, a través de la mediación, los progenitores llegaron a un acuerdo de convivencia alterna promoviendo la estabilidad emocional y desarrollo social

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/2008, de 27 de febrero [versión electrónica - base de datos *Westlaw*. Ref. RTC2008/28]. Fecha última consulta: 28 de enero de 2025.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 312/2023, de 29 de abril [versión electrónica - base de datos *Westlaw*. Ref. STS2023/312]. Fecha última consulta: 28 de enero de 2025.

⁵⁵ Díez-Picazo, L. Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. I: *Derecho de Familia*, Tecnos, 2018.

⁵⁶ Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012)

⁵⁷ Aguilar Cavallo, G., *Derechos de los niños en contextos familiares*, Editorial Jurídica, 2017, pp. 55-65.

⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Naciones Unidas, 2013, párr.27.

del menor⁵⁹. Además, otro ejemplo de los beneficios que ofrece esta herramienta es para aquellos casos en los que uno de los progenitores solicita una modificación del régimen de visitas debido a cambios laborales. En estas situaciones, la mediación propone soluciones innovadoras, como el uso de aplicaciones tecnológicas, para mantener la comunicación con el menor en los días en los que no sea posible un encuentro presencial, sin tener que llegar a un proceso judicial.⁶⁰

En definitiva, la mediación familiar representa una herramienta eficaz para integrar el principio del interés superior del menor en los procesos para garantizar su protección.

CAPÍTULO III: ACUERDOS CON RELACION A LOS HIJOS EN MOMENTO DE CRISIS MATRIMONIAL

Las crisis matrimoniales con hijos en común plantean la necesidad de regular las relaciones entre los progenitores y sus hijos, asegurando el bienestar y desarrollo integral de los menores.⁶¹ Estos acuerdos deben ser personalizados, adaptándose a las circunstancias específicas de cada familia, y priorizando siempre el interés superior del menor.

1. RELACIONES PATERNOFILIALES

Las relaciones paternofiliales pueden ser definidas como aquellas que "*comprenden el conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, dirigidos a garantizar el cuidado, educación, protección y desarrollo integral de los menores*"⁶². Estas relaciones se fundamentan en el principio de responsabilidad parental, que implica la obligación de los progenitores de velar por el bienestar de sus hijos, tanto en el ámbito personal como patrimonial.⁶³

Dentro de las crisis matrimoniales, las relaciones paternofiliales requieren especial atención ya que pueden derivar de ellas conflictos respecto al ejercicio de los derechos y deberes parentales. A continuación, se estudiarán de manera detenida las principales

⁵⁹ Fundación ATYME, *Estudio sobre mediación familiar en España*, 2020. Recuperado de <https://www.atyme.org> (última consulta: 27 de enero de 2025).

⁶⁰ López Martínez, A., "Innovaciones en mediación familiar: Uso de tecnologías para garantizar el interés superior del menor", *Revista Española de Derecho Familiar*, 34(2), 2019, pp. 45-62.

⁶¹ García Rubio, M. P., "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, 2020, pp. 14-49.

⁶² Díez-Picazo, L. Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. I: *Derecho de Familia*, Tecnos, 2018.

⁶³ Código Civil, artículo 154

figuras jurídicas que configuran las relaciones paternofiliales tras la ruptura del vínculo conyugal: la patria potestad y la guarda y custodia.

1.1. Patria Potestad

1.1.1. Concepto

En nuestro ordenamiento jurídico la patria potestad se podría definir como el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores para asegurar el cuidado, protección y desarrollo integral de sus hijos menores de edad o incapacitados. Es el Título VII del Libro I en su artículo 154 del Código Civil el que establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre, y que esta debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos, respetando su personalidad y derechos.⁶⁴

El origen de la patria potestad es la filiación puesto que surge de la relación paternofilial y se atribuye sin necesidad de solicitarlo expresamente, es decir, de manera automática (*ope legis*).⁶⁵ A día de hoy, se entiende la patria potestad desde el contenido personal y emocional puesto que se reconoce la importancia de los derechos de personalidad del menor y el papel activo de ambos progenitores⁶⁶. No obstante, esto no siempre ha sido así, puesto que antes se tenía un enfoque patrimonial y de poder absoluto del *paterfamilias* en el que la madre tenía un papel subordinado.

Fueron las reformas introducidas por la Ley 11/1981⁶⁷ y la LOPJM⁶⁸ las que transformaron esta visión, orientándose hacia un modelo que privilegia el interés superior del menor -facilitando su desarrollo integral y garantizando su participación en las decisiones que les afecten- y la igualdad de los progenitores en sus derechos y deberes parentales. Así, hoy, la patria potestad es intransmisibile, irrenunciable e imprescriptible y el artículo 154 CC establece los deberes fundamentales que la comprenden para los padres, tales como velar por los hijos, tenerlo en su compañía, alimentarlos, educarlos y

⁶⁴ Rovira Sueiro, M., "La patria potestad", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia* (6.ª ed.), BERCAL, S.A., Madrid, 2021.

⁶⁵ Guilarte Martín-Calero, C., "Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales", en C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 90-107.

⁶⁶ Lacruz Berdejo, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV: *Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁶⁷ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, *BOE*, n.º 119, de 19 de mayo de 1981, ref. BOE-A-1981-11198.

⁶⁸ Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

procurarles una formación integral, incluyendo la representación legal y la administración de los bienes del menor.

1.1.2. Titularidad y ejercicio

Como se acaba de referir, ambos progenitores ostentan la titularidad de la patria potestad por igual y, como establece el artículo 154 CC, independientemente del estado civil de los mismos. Por tanto, ambos participarán de manera igual en la toma de decisiones sobre los hijos, y la patria potestad solo podrá extinguirse por los casos expresamente previstos en los artículo 169 CC: muerte de los padres o del menor, la emancipación del hijo. Además el artículo 170 CC contempla la privación de la patria potestad en situaciones excepcionales, como podría ser el incumplimiento grave y reiterado de los deberes parentales. A diferencia de la extinción, la privación no supone la desaparición definitiva de la patria potestad, se podrá recuperar si las desaparecen las circunstancias en las que se atribuyó. Es importante destacar que la extinción de la patria potestad solo se da en casos totalmente excepcionales, cuya finalidad primordial es proteger el interés del menor, evitando que algún comportamiento de los padres pueda dañar su bienestar.⁶⁹ La ruptura del vínculo conyugal, por tanto, no implica la pérdida de la patria potestad por parte de uno de los progenitores.

Ahora bien, lo que sí que puede verse afectado tras una separación, nulidad o divorcio, es el ejercicio de la patria potestad. Éste se refiere a la realización efectiva de los derechos y deberes inherentes a ella, como velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurar su desarrollo integral.⁷⁰ Es importante no confundir el ejercicio de la patria potestad con la guarda y custodia. Esta última se refiere específicamente a la convivencia diaria y el cuidado directo del menor.

En situaciones de crisis matrimonial, el ejercicio de la patria potestad cobra especial relevancia. La regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad (artículo 156 CC), y, en principio, en caso de nulidad, separación o divorcio, la titularidad de la patria potestad no se verá afectada, a no ser que haya una resolución judicial que dicte lo contrario.⁷¹ Esta modalidad encuentra su justificación en la corresponsabilidad parental,

⁶⁹ Serrano Fernández, M., "Derecho de familia", en E. Pizarro Moreno y J. P. Pérez Velázquez (coords.), *Derecho de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 202.

⁷⁰ Código Civil, artículo 154.

⁷¹ Código Civil, art. 92.1

donde ambos progenitores participarán activamente en la toma de decisiones del menor. De esta manera los dos progenitores pueden seguir ejerciendo la patria potestad de forma conjunta, incluso cuando la guarda y custodia se atribuya a solo uno de ellos.

La jurisprudencia respalda el modelo de la patria potestad compartida, estableciendo la importancia de garantizar la continuidad del vínculo afectivo con ambos progenitores. A modo de ejemplo, la STS de 7 de julio de 2011, establece que el mantenimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad es lo más favorable para el desarrollo equilibrado del menor, incluso en aquellos casos de conflicto entre los progenitores.⁷²

No obstante, aunque la regla general sea el ejercicio de la patria potestad compartida, el legislador abre la oportunidad a excepciones cuando este ejercicio conjunto no sea viable, bien por la existencia de graves desavenencias o bien por circunstancias personales que impidan a uno de los progenitores ejercer sus responsabilidades. Así que, para salvaguardar el interés superior del menor, el ejercicio de la patria potestad puede ser modificado, limitándose o concentrándose en uno de los progenitores cuando sea necesario. De esta manera, se refleja como la regulación actual busca proteger al menor, su bienestar y sus intereses, evitando el conflicto.⁷³

Entre las causas más relevantes que pueden motivar el ejercicio unilateral, encontramos las siguientes:

- **Privación de la patria potestad a uno de los progenitores:** El artículo 170 establece que cuando uno de los progenitores incumple de manera grave y reiterada los deberes inherentes a la patria potestad o si comete un delito grave contra el menor o el otro progenitor, se podrá privar al progenitor de la patria potestad, nunca siendo una sanción sino una medida de protección para el menor.⁷⁴

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 496/2011, de 7 de julio del 2011 [versión electrónica - base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 111554/2011]. Fecha de la última consulta: 20 de febrero de 2025.

⁷³ Guilarte Martín-Calero, C., "Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales", en C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 83.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2004, de 12 de julio de 2004, Rec. 4793/1999 [versión electrónica - base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 163830/2004]. Fecha de la última consulta: 25 de marzo de 2025.

- **Incapacidad de uno de los progenitores para ejercer la patria potestad:** la jurisprudencia del TS se ha pronunciado sobre la necesidad de acreditar debidamente la incapacidad para poder ser evaluada en función del interés del menor. Entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de abril del 2000, reiteró la necesidad de acreditar la incapacidad, evitando, una vez más, que esta medida se utilice como sanción sino como un mecanismo para proteger su desarrollo integral.⁷⁵
- **Exclusión de la patria potestad:** Es el artículo 111 CC el que prevé esta condición. Esta se da en contra de la voluntad de uno de los progenitores y tal como estableció la STS de 11 de mayo de 1995, su objetivo primordial es evitar conflictos parentales perjudiciales para el menor asegurando así su estabilidad emocional.⁷⁶

En definitiva, el modelo legal vigente apuesta por la colaboración de ambos progenitores en la toma de decisiones de los menores y la participación activa en la crianza de los hijos. No obstante, cuando por las circunstancias familiares este modelo no sea posible, el juez podrá adoptar medidas excepcionales de ejercicio individualizado para garantizar el bienestar del menor.

1.2. Guarda y custodia

1.2.1. Concepto

La guarda o custodia hace referencia a la responsabilidad de uno o ambos progenitores sobre la convivencia diaria, el cuidado y la atención personal de los hijos menores. Este concepto implica tanto el derecho como la obligación de convivir con los hijos y tomar decisiones cotidianas sobre su bienestar, educación, salud y actividades diarias.⁷⁷ Este concepto engloba todos los aspectos prácticos y concretos de la vida diaria de los hijos como pueden ser la educación, la organización de su tiempo y las actividades que realizan.⁷⁸

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 411/2000, de 24 de abril del 2000, Rec. 4618/1999 [versión electrónica - base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 86247/2000]. Fecha de la última consulta: 20 de febrero de 2025.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/1995, de 11 de mayo de 1995 [versión electrónica - base de datos *Vlex*]. Fecha de la última consulta: 5 de febrero de 2025.

⁷⁷ Martínez Calvo, J., *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 38-41.

⁷⁸ Carrasco Perera, A., *Lecciones de Derecho Civil* (3.ª ed.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 143-145.

La guarda y custodia puede entender como la convivencia diaria y el cuidado personal, continuo y directo de los hijos menores.⁷⁹ La relevancia de esta institución radica en su relación directa con el interés superior del menor, principio rector que ha de inspirar todas las decisiones judiciales en materia de Derecho de Familia. Este interés busca proteger al niño más allá de lo físico, también en lo emocional y lo psicológico, por lo cual resulta necesario que todas las decisiones vinculadas con la guarda y custodia sean las más convenientes posibles para su desarrollo integral.⁸⁰

Es importante recalcar la diferencia entre la patria potestad y la guarda y custodia. Si bien es verdad que la guarda y custodia forma parte de la patria potestad, y a pesar de estar estrechamente vinculados, la guarda y custodia se centra en la convivencia diaria y el cuidado inmediato de los hijos, mientras que la patria potestad representa una tutela más amplia sobre sus intereses personales y patrimoniales.

La regulación de la guarda y custodia se encuentra en nuestro Código Civil, entre los artículos 90 y 103, pero principalmente en el artículo 92, dentro del Título IV. Tradicionalmente, en la mayor parte de los casos, la guarda y custodia se atribuía a la madre, no obstante, su regulación ha experimentado grandes cambios, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005⁸¹, donde se introdujo la custodia compartida como una opción viable⁸². Así, esta evolución es fruto del cambio en la concepción de la guarda y custodia, dejando de lado un modelo unilateral y fomentando la coparentalidad, siempre y cuando sea compatible con el interés superior del menor.

1.2.2. Tipos

El artículo 92 CC regula las diferentes modalidades de la guarda y custodia, estableciendo que se atribuirá bien a uno de los progenitores -custodia exclusiva- o a ambos – custodia compartida-, siempre teniendo en cuenta lo que sea más beneficioso para el menor.

⁷⁹ Martínez Calvo, J., *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 38-41

⁸⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25, adoptada el 20 de noviembre de 1989 en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York.

⁸¹ 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 (BOE 9 de julio de 2005)

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013, de 29 de abril, Rec. 2525/2011 [versión electrónica - base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 37196/2013]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

a) *Exclusiva*

El régimen de guarda y custodia exclusiva se refiere a aquel en el que uno de los progenitores ejerce el cuidado diario, la toma de decisiones diarias y la convivencia con los hijos de manera unilateral. Aunque el otro progenitor no ostente la titularidad de la guarda y custodia, éste mantiene la patria potestad y con ella, el derecho al régimen de visitas, estancias y comunicación con los hijos, así como la obligación de contribuir económicamente a su sostenimiento a través de la pensión alimenticia.⁸³

Tal y como se ha comentado, este es el modelo que predominaba en España tradicionalmente, favoreciendo, por lo general, a la madre como la persona más idónea para asumir el rol. Esto era una respuesta que respondía a los estereotipos de género que asignan a la madre un papel predominante en el cuidado de los hijos. Así, la jurisprudencia ha sido fiel creyente de esta teoría, tal y como establecía, por ejemplo, la STS de 22 de mayo de 1999, que disponía que la madre por su personalidad y carácter, era la persona más adecuada para ejercer la guarda y custodia.⁸⁴ De tal forma, durante décadas la atribución de la custodia a la madre fue de manera casi automática en los casos de divorcio.

No obstante, durante los últimos años ha habido una evolución tendiendo hacia el modelo custodia compartida, motivada por la corresponsabilidad parental. En 2007, la custodia compartida apenas representaba el 9,7% de los casos, frente al 85,5% de custodias que se atribuían de manera exclusiva a la madre.⁸⁵ En cambio, los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, establecen que, en 2023, la custodia compartida fue otorgada en el 48,4% de los divorcios con hijos, siendo la primera vez que esta cifra supera al porcentaje de custodia exclusiva a la madre, que descendió al 47,8%.⁸⁶ Estos datos son un reflejo de un giro claro, no solo en la práctica judicial, sino que también en

⁸³ Martínez Calvo, J., *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 471/1999, de 22 de mayo, Rec. 3281/1994 [versión electrónica - base de datos *vlex*]. Fecha de la última consulta: 20 de febrero de 2025.

⁸⁵ Instituto Nacional de Estadística (INE), *Estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios. Año 2023*, publicado el 18 de marzo de 2024. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2023.pdf [Consulta: 22 de marzo de 2025].

⁸⁶ Instituto Nacional de Estadística (INE), *Estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios. Año 2007*, publicado el 24 de noviembre de 2008. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2007.pdf [Consulta: 22 de marzo de 2025]

la mentalidad social. Así pues, la custodia compartida es cada vez más la opción más preferida.

El artículo 92 CC, en su apartado segundo, permite, de manera implícita, la modalidad exclusiva siempre y cuando se considere en beneficio al interés superior del menor, escuchándolo siempre que se cumplan los requisitos. De esta manera, el juez decidirá considerando factores como la relación afectiva de los hijos con cada uno de los progenitores, la estabilidad emocional, el entorno y la capacidad de cada progenitor para proporcionar una educación adecuada.⁸⁷

Por último, cabe comentar, que el progenitor que ostenta la custodia exclusiva, para garantizar la estabilidad del menor, suele también permanecer en la vivienda familiar. Y, el progenitor no custodio, deberá pagar una pensión de alimentos, de la que se hablará más adelante.

b) Compartida

La custodia compartida, por otro lado, implica que ambos progenitores ejercen la guarda y custodia en igualdad de condiciones, alternándose para convivir con el menor y asumiendo responsabilidades de manera equitativa. En esta modalidad, los dos progenitores formarán parte de la vida cotidiana del menor, pues todas las decisiones relativas al mismo, su educación bienestar y desarrollo, se tomarán de manera conjunta. El fundamento de esta modalidad es la búsqueda del desarrollo integral y la estabilidad emocional del menor que se verá facilitado por la continuación del vínculo con ambos progenitores.⁸⁸

La Ley 15/2005, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, fue la que introdujo de forma expresa la modalidad de la custodia compartida. Como bien se comentaba, históricamente se otorgaba la custodia a solo uno de los progenitores – generalmente la madre-, siendo la compartida una medida excepcional, que se aplicaba por la jurisprudencia en los casos en los que existiera un acuerdo entre los progenitores. No obstante, fruto de la evolución jurisprudencial, la custodia compartida se ha consolidado en nuestro ordenamiento jurídico como una opción

⁸⁷ De Torres Perea, J. M., *Custodia compartida: una alternativa*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 15-29.

⁸⁸ Martínez Calvo, J., “Concepto y regímenes de guarda y custodia”, en *La Guarda y Custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 17.

preferente en búsqueda del interés superior del menor. De manera más particular, es relevante la STS 579/2011, de 22 de julio, la cual supuso un punto de inflexión al establecer que la custodia compartida no será una excepción sino una opción normal y deseable para lograr una situación más favorable para el menor.⁸⁹

Dentro de esta modalidad, se puede diferenciar entre:

- **Custodia alterna:** en el que cada progenitor convivirá con el menor durante periodos de tiempo equivalentes, y se podrá organizar semanalmente, quincenalmente, mensualmente o trimestralmente en función de las necesidades del menor y de las circunstancias familiares. La STS 257/2013, de 29 de abril, establece que la custodia compartida favorece al menor por la implicación activa de ambos progenitores siempre y cuando los padres mantengan una relación adecuada y que no se altere su rutina social y escolar⁹⁰. No obstante, se hace obvio el inconveniente de la constante mudanza del menor entre los domicilios de los progenitores, además de ser una modalidad que requiere mucha cooperación y comunicación entre los padres.
- **Custodia simultánea:** se refiere a aquella en la que el menor tiene una residencia fija y son los progenitores los que alternan su estancia en el domicilio familiar. Muchas familias optan por esta modalidad en búsqueda de minimizar el impacto de la separación en el menor, dándole la oportunidad de mantener su entorno, colegio y entorno social. Esta modalidad también es conocida como “casa nido” puesto que son los hijos los que se permanecen en la vivienda mientras los progenitores rotan. No obstante, la custodia compartida en esta modalidad puede presentar inconvenientes de carácter económico y logístico ya que ambos progenitores han de tener una vivienda alternativa, además de que la gestión compartida de la vivienda familiar puede incluso llegar a convertirse en un foco de conflicto si no existen acuerdos claros. Precisamente, por esos motivos el Tribunal Supremo ha advertido sobre los riesgos de imponer esta modalidad en situaciones de conflicto, tal y como lo manifiesta en su Sentencia 1312/2024, de

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 579/2011, de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009 [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 119736/2011]. Fecha de la última consulta: 13 de febrero 2025

⁹⁰ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, ECLI: ES:TS:2013:2246]. Fecha de la última consulta: 3 de enero de 2025.

14 de octubre⁹¹. En este caso, la AP de Madrid impuso el sistema de casa nido sin solicitud ni acuerdo entre los progenitores, y el TS recuerda que este régimen solo podrá acordarse de forma excepcional y cuando exista cierto grado de colaboración entre los progenitores. Si se impone de manera forzosa y en contra de la voluntad de los progenitores, podría afectar al bienestar del menor. Además, el TS reitera el inconveniente económico de esta modalidad puesto, que en la práctica, supone el mantenimiento de tres viviendas (la común y una por cada progenitor).

Por otro lado, la custodia compartida puede darse por los siguientes casos:

- **Por voluntad de las partes:** donde ambos progenitores deciden de mutuo acuerdo – y luego ratificado por el juez- que la custodia la ostentarán conjuntamente.
- **Cuando el juez lo considera lo más adecuado:** si se establece que es la modalidad de guarda y custodia que más beneficiará al menor, el juez así lo decidirá, basándose en informes periciales, la relación del menor con cada progenitor y la estabilidad emocional y económica de cada uno de ellos.

Ahora bien, existen límites legales a su aplicación:

- **Cuando ninguno de los progenitores solicita la custodia compartida:** en el proceso de divorcio, separación o nulidad, el juez no podrá otorgarla de oficio.⁹²
- **En casos de violencia de género familiar:** el artículo 92.7 CC establece que no se podrá conceder la custodia compartida en los casos en los que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por delitos de violencia de género doméstica. Así hizo la STS 350/2016, de 26 de mayo, en la que anuló una sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña que concedió la custodia compartida a un padre con antecedentes de violencia contra la madre, recordando que esto es así por el peligro de poder afectar negativamente al menor.⁹³

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 1312/2024, de 14 de octubre de 2024, Rec. 3176/2023 [versión electrónica – Iberley. ES:TS:2024:4917]. Fecha de la última consulta: 25 de marzo de 2025

⁹² El artículo 92 CC, en sus apartados 5 y 8, establece que la custodia compartida solo podrá ser acordada si es solicitada expresamente por al menos uno de los progenitores.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 350/2016, de 26 de mayo de 2016 [versión electrónica – Laleydigital. Ref. 52462/2016]. Fecha de la última consulta: 11 de febrero 2025

Además, cabe recalcar, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la custodia compartida debe concederse cuando sea beneficiosa para el menor y teniendo en cuenta los siguientes factores:

- **Capacidad de los progenitores para cooperar y comunicarse:** es decir, que se mantenga una relación de respeto y colaboración para poder tomar de manera conjunta las decisiones respecto al menor. No obstante, la STS 96/2015, de 16 de febrero, subraya que la falta de armonía entre los progenitores, no será una causa que impida la custodia compartida, siempre y cuando exista un mínimo de actitud de colaboración.⁹⁴
- **Edad y necesidades del menor:** la custodia compartida será más recomendable cuando el menor tenga suficiente edad para poder adaptarse a cambios como los de residencia. En este sentido, la STS 115/2016, de 1 marzo, el Supremo estableció que la custodia compartida no era favorable debido a la corta edad del menor y la importancia de lactancia maternal.⁹⁵
- **Relación previa del menor con cada progenitor:** es decir, la relación afectiva que tenía el menor antes de la separación, divorcio o nulidad. De esta manera, la STS 257/2013, de 29 de abril, reitera que la custodia compartida solo debe otorgarse cuando ambos progenitores han participado activamente en la crianza del menor antes de la separación de los mismos, puesto que se basa en garantizar la continuidad de sus relaciones afectivas.⁹⁶
- **Opinión del menor:** siempre y cuando este tenga la suficiente madurez para expresar su opinión.

2. RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas y comunicación es un aspecto importante a estudiar en el panorama de las crisis matrimoniales y la protección de los derechos del menor.

Se trata de un concepto regulado en el artículo 94 de nuestro Código Civil y a su vez modificado por la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 96/2015, de 16 de febrero de 2015 [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 10275/2015]. Fecha de la última consulta: 13 de febrero 2025

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 115/2016, de 1 de marzo de 2016, [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 9913/2016]. Fecha de la última consulta: 13 de febrero 2025

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 257/2013, de 29 de abril de 2013, [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 257/2013]. Fecha de la última consulta: 13 de febrero 2025

adolescencia frente a la violencia (LOPVI), donde se abordó la protección de los menores en situaciones de especial vulnerabilidad con mayor profundidad.⁹⁷

El régimen de visitas y comunicación se fijará, tal y como afirma la STS 656/2021, de 4 de octubre⁹⁸, adaptándolo en el tiempo y teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada familia, incluso estableciendo la custodia compartida cuando de facto exista una paridad temporal entre ambos progenitores.⁹⁹

2.1. Concepto y determinación

El régimen de visitas es el derecho-deber que tiene el progenitor no custodio de mantener un vínculo con su hijo, garantizando el desarrollo afectivo y emocional. El TC sentó doctrina en su STC 106/2022, de 13 de septiembre, sobre ésta cuestión estableciendo que no se trata de una prerrogativa del progenitor, sino que es más bien una herramienta o instrumento que sirve para garantizar el bienestar del menor.¹⁰⁰ Además, este no se entenderá como un beneficio exclusivo del progenitor no custodio, sino como un derecho a mantener una relación estable y saludable con ambos padres.¹⁰¹

Tal y como se comentaba, es el artículo 94 del CC el que regula este principio, y su párrafo primero establece que:

*"La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía."*¹⁰²

De esta manera, se recoge en este precepto que aquel progenitor que no ostente la custodia de los hijos tendrá el derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su

⁹⁷ Calzadilla Medina, M. A., "La constitución de un régimen de visitas y de comunicación en los casos de violencia de género: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio", en *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 193-228.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 656/2021, de 4 de octubre de 2021, Rec. 6538/2019 [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 171904/2021]. Fecha de la última consulta: 15 de febrero 2025

⁹⁹ Martínez Calvo, J., "La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 656/2021, de 4 de octubre", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 34, 2022, p. 933

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 106/2022, de 13 de septiembre de 2022 [versión electrónica – *BOE*, núm. 253, pp. 144525-144552]. Fecha de la última consulta: 17 de marzo de 2025.

¹⁰¹ Pizarro Moreno, E., *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2020, pp. 91-100.

¹⁰² Código Civil, art. 94 CC

compañía, si la autoridad judicial considera que tal relación no perjudicará su desarrollo o bienestar.¹⁰³

Cabe añadir, que, además, la jurisprudencia ha señalado que si el menor se opone a las visitas, esto no será un criterio determinante y la suspensión del régimen de visitas no se dará de manera automática, a no ser se constate que mantener la relación con el progenitor pueda afectar a su bienestar.¹⁰⁴

2.2. Criterios judiciales en la determinación del régimen de visitas

Podríamos decir que el régimen de visitas y comunicación es una de las decisiones más delicadas dentro del Derecho de Familia. Son los jueces, guiados por unos criterios específicos, los que configuran tal régimen. Estos parámetros son aquellos tales como la edad y madurez del menor, la distancia entre los domicilios de los progenitores, el vínculo previo con el progenitor no custodio y la existencia de circunstancias excepcionales como la violencia de género o el riesgo de alienación parental.¹⁰⁵

La jurisprudencia está constantemente debatiendo la diferencia del régimen de visitas entre la custodia monoparental con un régimen de visitas extenso, y la custodia compartida. De hecho, la doctrina ya ha señalado que en situaciones se otorga un régimen de visitas tan amplio que en la realidad es como si se diese la custodia compartida, lo que, en realidad puede llegar incluso a confundir al menor, afectando así a su estabilidad emocional.¹⁰⁶

Respecto a esto, el Tribunal Supremo ya se manifestó, estableciendo en su Sentencia 656/2021, que, si el régimen de visitas en la práctica reproduce un modelo de custodia compartida, deber ser calificado como tal. En ella, se determinó lo siguiente: *"la paridad temporal que establece el juzgado es, en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el nomen*

¹⁰³ Ortega Calderón, J. L., "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario La Ley*, n. 9892, 2021.

¹⁰⁴ Arnau Moya, F., "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020, p. 421.

¹⁰⁵ Arnau Moya, F., "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020, pp. 302- 336

¹⁰⁶ Ordás Alonso, M., "Custodia monoparental con régimen de visitas amplio versus custodia compartida. Más allá del nomen", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Extra n. 16, 2022, p. 1419.

*del sistema de custodia compartida, que de facto se ha establecido".*¹⁰⁷ De esta manera la calificación de guarda y custodia no es un mero proceso formal, sino que debe adecuarse a la realidad.

En este sentido, la relación entre un régimen de visitas amplio o la custodia compartida debe basarse en el interés del menor, y no es un deseo de evitar la aplicación de normas específicas sobre custodia compartida.¹⁰⁸ No obstante, no solo por tener un régimen de visitas extenso debe establecerse la custodia compartida, sino que hay que atender a la dinámica familiar concreta.¹⁰⁹

Dicho todo esto, y como se comentaba, el artículo 92 CC establece que los jueces ponderarán todos los elementos relevantes en la configuración del régimen de visitas y comunicación, con especial atención a las circunstancias personales de los progenitores y los menores.¹¹⁰

De esta manera, los principales criterios que los tribunales han establecido como relevantes a la hora de decidir sobre esta cuestión son:

- **Edad y madurez:** puesto que la manera de mantener la relación con el progenitor no custodio se verá afectada en función de cómo de mayor sea el niño . El artículo 92.6 CC establece que "*en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario*".¹¹¹

Cuando además se trata de niños pequeños, el régimen de visitas progresará paulatinamente garantizando encuentros con mayor frecuencia para que el vínculo padre-hijo se mantenga.

¹⁰⁷ Martínez Calvo, J., "La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 656/2021, de 4 de octubre", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 34, 2022, p. 933.

¹⁰⁸ Ordás Alonso, M. *Custodia monoparental con régimen de visitas amplio versus custodia compartida. Más allá del nomen*. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Extra (16), 2,2022, p. 1419.

¹⁰⁹ Martínez Calvo, J., "La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 656/2021, de 4 de octubre", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 34, 2022, p. 933.

¹¹⁰ Código Civil, art. 92

¹¹¹ Código Civil, art. 92.6

- **Proximidad entre los domicilios de los progenitores:** la jurisprudencia señala que, en los casos en los que geográficamente ambos domicilios se encuentren alejados, las visitas reiteradas son complicadas porque no solo afectarían emocionalmente al menor, sino también a su rutina diaria y con ello, el rendimiento escolar. En estos casos, los tribunales han optado por conceder visitas de manera más concentrada en fines de semana y en periodos vacacionales.
- **Relación previa entre el progenitor no custodio y el menor:** Si el progenitor no custodio ha estado ausente durante periodos prolongados, la doctrina ha sugerido la intervención de equipos psicosociales para evaluar el impacto de la reintroducción del progenitor en la vida del menor. Un régimen de visitas con puntos de encuentro familiar podría ser una solución transitoria, especialmente cuando el juez no tenga segura la capacidad del no custodio de proporcionar un entorno adecuado para el menor.¹¹²

2.3. Régimen de visitas en casos especiales

A pesar de todo lo anterior, hay circunstancias excepcionales en las que este derecho-deber se ve modificado. Se trata de un régimen especial, motivado por el principio del interés superior del menor, que, con la reforma del artículo 94 CC mediante la Ley 8/2021, incorpora unos criterios más estrictos en casos de violencia de género, y que establece la automática suspensión del derecho de visitas cuando haya aunque sea solo indicios de violencia doméstica o de género.¹¹³

○ *En casos de violencia de género y suspensión del régimen de visitas*

Este es uno de los puntos más controvertidos de la regulación del régimen de visitas, ya que en el artículo 94 CC, y tras su reforma por la Ley 8/2021, establece que:

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

¹¹² Torrelles Torrea, E., “Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 791, 2022, p. 1391.

¹¹³ Calzadilla Medina, M. A., “La constitución de un régimen de visitas y de comunicación en los casos de violencia de género: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia* (dir. M. A. Calzadilla Medina), Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 193-228.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

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

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

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La

autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad".¹¹⁴

De este modo, y en búsqueda de garantizar la máxima protección, seguridad y bienestar del menor, el derecho del progenitor de mantener el contacto con él, pasa a un segundo plano en el caso de que existan indicios fundados de violencia o un proceso penal en curso. La aplicación automática de la suspensión del régimen de visitas y comunicación no ha estado exento de debate. Algunos autores sostienen que este precepto se trata de una vulneración de derechos ya que no se analiza el caso concreto.¹¹⁵

No obstante, el párrafo cuarto introduce una cláusula de excepción a esta norma: la autoridad judicial podrá, mediante resolución motivada y una evaluación individualizada de la relación de los progenitores con los hijos, establecer un régimen de visitas si lo considera adecuado, en atención al interés superior de menor. Precisamente es este inciso el que salva la constitucionalidad del precepto.

Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 106/2022¹¹⁶, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso en contra de la nueva redacción del artículo 94 CC. En el caso, los recurrentes alegaban que, al prever una suspensión automática del régimen de visitas sin valorar el caso concreto, tal precepto vulneraba los artículos de la tutela judicial efectiva (24.1CE), de la exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y de la protección de la familia y los menores (art. 39 CE). No obstante, el TC concluyó que al darle la potestad al juez de decidir motivadamente, incluso cuando exista un procedimiento penal o indicios de violencia, garantiza que no se excluya la valoración judicial del caso concreto, y por ello, no se infringe ni la tutela judicial efectiva ni el principio de exclusividad jurisdiccional.¹¹⁷

¹¹⁴Código Civil, art.94

¹¹⁵ Calzadilla Medina, M. A., “La constitución de un régimen de visitas y de comunicación en los casos de violencia de género: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia* (dir. M. A. Calzadilla Medina), Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 193-228.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 106/2022, de 13 de septiembre, Recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021 (BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022, pp. 144525-144552) [versión electrónica – Ref. BOE-A-2022-17272]. Fecha de la última consulta: 22 de marzo de 2025.

¹¹⁷Ruiz López, C., “Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre [BOE-A-2022-17272]: La constitucionalidad de la privación o suspensión del régimen de visitas en casos de violencia doméstica o de género”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, n. 1, 2023, pp. 351-354.

No solo a nivel nacional, sino que en el plano internacional, también se respalda este enfoque protector. El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece que los Estados deben tomar "*todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente*".¹¹⁸

- *Oposición del menor al régimen de visitas*

Por otro lado, es importante estudiar aquellos casos en los que el propio menor se opone al régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, generando así conflictos jurídicos y situaciones difíciles de gestionar.

En continuación con el análisis del artículo 92 CC, su segundo apartado dispone que "*el juez deberá velar por el derecho del menor a ser oído y su opinión deberá ser tomada en cuenta en función de su edad y madurez*". No obstante, la doctrina ha señalado que esta opinión no es determinante en todos los casos.

Dependiendo de la edad la oposición del menor se tendrá en cuenta en mayor o menor medida. De esta manera, si el niño es menor de 12 años, entonces su negativa no es suficiente para suspender el régimen de visitas, si tiene entre 12 y 14 años, su voluntad deberá ser valorada pero no será decisiva, mientras que para los mayores de 14 años, se recomienda considerar su oposición de manera prioritaria.¹¹⁹

Por otro lado, el Tribunal Supremo también ha mostrado su posición con respecto al tema en cuestión. En diversas resoluciones establece que la oposición del menor debe estar justificada y no derivar de influencias externas como podría ser la manipulación por parte de alguno de los progenitores. Tal y como se mencionaba anteriormente, en estas ocasiones el TS está a favor de medidas correctoras como la supervisión de las visitas en Puntos de Encuentro Familiar.¹²⁰

¹¹⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

¹¹⁹ Arnau Moya, F., "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020, pp. 439 y ss.

¹²⁰ Escribano Tortajada, P., "El daño moral ocasionado por la obstrucción e incumplimiento del régimen de visitas en las crisis matrimoniales: referencia al síndrome de alienación parental", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 29, 2021, pp 1-10.

- *Régimen de visitas de abuelos y otros familiares*

El artículo 160 del Código Civil reconoce el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos y otros familiares, salvo que existe una causa justificada que pueda impedirlo¹²¹. De esta manera, el Tribunal Supremo, ha determinado que la negativa de los progenitores no es suficiente para excluir a los abuelos del régimen de visitas. Así, a través de su jurisprudencia, ha señalado que para que se pueda negar el régimen de visitas de los abuelos, se debe demostrar que tal relación afectaría de manera negativa al menor. De hecho, autores como Nevada Montero, establecen que los abuelos pueden llegar a desempeñar un papel fundamental en la vida de los menores, sobre todo cuando se trata de conflictos entre los progenitores.¹²²

Dentro de este ámbito, entre los casos más vistos se encuentran aquellos en los que uno de los progenitores impide el contacto del menor con los abuelos del progenitor contrario.

Por todo lo mencionado, el régimen de visitas y comunicación es un área especialmente compleja y sensible dentro de las crisis matrimoniales, no obstante, se ha logrado una regulación bastante completa a través de la doctrina y jurisprudencia, cubriendo así grandes lagunas del Derecho de Familia.

3. ATRIBUCIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR

Dentro del marco de las crisis matrimoniales, es importante hablar de la atribución del uso de la vivienda familiar, que se encuentra regulada en el artículo 96 CC. Este precepto establece que el uso de vivienda familiar debe determinarse teniendo en cuenta la presencia de hijos menores o hijos con discapacidad, así como la necesidad de protección entre los cónyuges, siendo el interés superior del menor el criterio esencial para aplicar tal artículo. De esta manera, la STS de 17 de julio de 2023 ha reiterado que este derecho solo podrá ser limitado conforme al artículo 96, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.¹²³

¹²¹ Código Civil, art. 160

¹²² Nevada Montero, J. J., “El derecho de relación de los menores con sus padres y abuelos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 772, 2019, pp. 894-920.

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 1153/2023, de 17 de julio de 2023, Rec. 843/2022 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 166730/2023]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

El artículo 96 CC distingue entre los dos supuestos que se pueden dar en relación con la atribución de la vivienda familiar:

- El primero es el relativo a la **existencia de menores o discapacitados bajo la patria potestad y guarda de uno de los progenitores**, manteniéndose en la mayoría de los casos la patria potestad compartida. En este caso la vivienda será atribuida a aquel progenitor con el que convivan los hijos, sin perjuicio de la titularidad del inmueble¹²⁴. Se trata de una medida que no afecta a la titularidad de la patria potestad, sino al hecho de con quién conviven efectivamente los menores. De esta manera se busca garantizar la estabilidad del entorno de los menores evitando, en lo posible, los cambios abruptos.¹²⁵
- Y, por otro lado, se contempla la casuística en la que **no existen hijos menores o discapacitados bajo la patria potestad de los progenitores**, en la que no se profundizará el estudio debido a que no es relevante al interés superior del menor

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clave para comprender este precepto. Por ejemplo, la STS 221/2011, de 1 de abril, establece que *"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 Código Civil"*.¹²⁶ De hecho, esta doctrina ha sido reiterada en posteriores resoluciones sirviéndose de apoyo al argumento de que la vivienda ha de ser un entorno de estabilidad para los menores.

No obstante, la aplicación del artículo 96 CC suscita una problemática: que no regula expresamente la atribución al uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, lo que ha generado mucha controversia, tanto doctrinal como jurisprudencial.¹²⁷ Así, la doctrina ha señalado que el precepto está diseñado para un

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 1153/2023, de 17 de julio de 2023, Rec. 65/2024 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 141804/2024]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 488/2020, de 23 de septiembre de 2020, Rec.4122/2019 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 128071/2020]. Fecha de la última consulta: 12 de marzo de 2025.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 221/2011, de 1 de abril de 2011 [versión electrónica – base de datos *Thomson Reuters Aranzadi*: RJ 2011\3139]. Fecha de la última consulta: 9 de febrero de 2025.

¹²⁷ Verdera Izquierdo, B., "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La 'necesidad de vivienda'", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, 2016.

modelo de custodia monoparental, lo que genera inseguridad jurídica en los casos de custodia compartida.¹²⁸ En la práctica, esto obliga a los jueces a valorar las circunstancias concretas del caso, especialmente cuando ambos progenitores tienen una situación económica similar.

Aunque los casos en los que se separa a los hermanos son excepcionales, la solución que les da el artículo 96 CC es la que se aplica analógicamente a la custodia compartida. La última parte del artículo 96.1 CC establece que, en estos supuestos, será el juez quien resuelva lo que proceda. Esta cláusula ha sido interpretada de forma flexible, permitiendo al juez decidir también en los contextos de custodia compartida.

En cuanto a la duración de la atribución del uso de la vivienda, la reforma operada en 2021 introdujo un cambio significativo en el artículo 96 CC, ya que se limitó expresamente a la posibilidad de atribuirlo indefinidamente. De esta manera se busca evitar desequilibrios económicos entre los progenitores introduciendo límites temporales o condicionados en la atribución del uso de la vivienda cuando se considere que ya no cumple su función de proteger al menor.

Con la nueva redacción del artículo 96 CC se establece de manera expresa que la atribución del uso podrá modificarse o extinguirse cuando las circunstancias que motivaron tal atribución cambien. Por tanto, no estamos ante un derecho perpetuo ni automático sino que está sujeto a revisión. Con esta nueva redacción, las causas de extinción de la atribución del uso de vivienda podrán resumirse en:

- **Mayoría de edad de los hijos:** El Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de septiembre de 2013, establece que el fin de la atribución del uso de la vivienda está fuertemente vinculado al interés superior del menor, por tanto, cuando estos ya sean mayores de edad y no se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por la edad, el derecho se extinguirá.¹²⁹ Además, esto se respalda cuando otras sentencias posteriores establecen que cuando los hijos cumplen la mayoría de edad la atribución del uso de vivienda debe estar justificada y

¹²⁸ Aviñó Belenguer, D., “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12, 2020, pp. 194-219.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 624/2011, de 5 de septiembre de 2011, Rec. 1755/2008 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*. Ref: 189049/2011]. Fecha de la última consulta: 3 de marzo de 2025.

revisada.¹³⁰ Siguiendo esta línea de interpretación, la SAP Baleares de 18 de julio de 2017 ha establecido que en estas ocasiones se evaluará la situación económica y habitacional antes de proceder a la extinción automática del uso.¹³¹

- **Cambio en las circunstancias económicas:** El Tribunal Supremo ha señalado en la STS de 6 de abril de 2016 que la atribución del uso de vivienda se basa en la necesidad, así que, si esta deja de existir, el derecho también cesará puesto que, si fuera de manera contraria, supondría una medida desproporcionada y contraria a los principios de equidad.¹³²
- **Convivencia del progenitor beneficiado con una nueva pareja:** La doctrina ya ha tratado en numerosas ocasiones sobre peligro que puede derivar del artículo 96 CC relacionado con el enriquecimiento injusto por parte del progenitor que recibe de manera automática el uso de vivienda que la utiliza para vivir con una nueva pareja. Así lo confirma la STS de 20 de noviembre de 2018¹³³, que dispone que el uso de la vivienda para convivir con un tercero puede llegar a ser causa de extinción del derecho. En esta sentencia se establece que, en estos casos, hay una alteración sustancial en la naturaleza de la vivienda, que deja de servir exclusivamente a los fines del matrimonio disuelto y comienza a formar parte de una nueva unidad familiar.

La SAP de Toledo de 23 de junio de 2021¹³⁴ y la SAP de Madrid de 30 de mayo de 2022¹³⁵ han confirmado que, en estos casos, el derecho de uso debe extinguirse

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 519/2017, 22 de septiembre de 2017, Rec. 632/2015 [versión electrónica – base de datos *IberLey*, ES:TS:2017:3327]. Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2025.

¹³¹ Sentencia Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4ª, Sentencia 286/2017 de 18 de julio del 2017, Rec. 108/2017 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 120835/2017]. Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2025.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 215/2016, 6 de abril de 2016, Rec. 1309/2015 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref: 24105/2016]. Fecha de la última consulta: 7 de marzo de 2025.

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 621/2018, de 20 de noviembre de 2018, Rec. 3002/2015 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref: 163498/2018]. Fecha de la última consulta: 8 de marzo de 2025.

¹³⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, núm. 141/2021, de 23 de junio de 2021 [versión electrónica – base de datos *Laleydigital*, Ref. 149480/2021]. Fecha de la última consulta: 7 de marzo de 2025.

¹³⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, núm. 435/2022, de 30 de mayo de 2022 [versión electrónica – base de datos *Laleydigital*, Ref. 184324/2022]. Fecha de la última consulta: 7 de marzo de 2025.

porque la finalidad del artículo 96 del Código Civil es asegurar el bienestar de los hijos y no beneficiar al nuevo núcleo familiar creado por el progenitor custodio.

Otro de los peligros del artículo 96 CC, y que tampoco se ha librado de críticas, es la falta de regulación de compensación económica en los casos en los que el progenitor titular de la vivienda pierde su uso en beneficio del otro. La SAP de Madrid, de 10 de julio de 2017, establece que si se priva a uno de los progenitores del uso de vivienda sin justificación alguna y sufre perjuicios económicos, otorgándoselo al otro progenitor de manera indefinida, puede constituir una situación de enriquecimiento injusto.¹³⁶ No obstante, si bien es verdad que el Código Civil español no menciona nada de ello, la legislación de algunas Comunidades Autónomas como Cataluña y el País Vasco, prevé ciertas compensaciones económicas para equilibrar la situación patrimonial de los cónyuges. El Código Civil catalán en su artículo 233-20¹³⁷ permite fijar una compensación, y en el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio¹³⁸, de relaciones familiares permite criterios para equilibrar la carga patrimonial entre los progenitores cuando uno de ellos pierde el uso de vivienda.

Por todo esto, y el impacto que tiene la atribución del uso de la vivienda familiar en los procesos de crisis matrimonial, es absolutamente fundamental encontrar un equilibrio entre la protección del interés del menor y la seguridad jurídica de los progenitores. No obstante, el verdadero desafío es el de encontrar un punto que, por un lado, garantice que el menor mantenga la estabilidad de su entorno, pero, que a la vez, ello no implique una afectación desproporcionada para el progenitor no custodio.

4. PENSIÓN DE ALIMENTOS Y CARGAS FAMILIARES

La pensión de alimentos, también es un punto clave en el estudio del interés superior del menor en las crisis matrimoniales, puesto que está íntimamente relacionado con el bienestar y desarrollo de los hijos menores de edad. La pensión de alimentos se asegura

¹³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, Sección 8 núm. 325/2017, de 10 de julio de 2017, Rec. 184/2017 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 112942/2017]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

¹³⁷ Artículo 233-20, apartado 7, el Código Civil Catalán: “*La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge*”

¹³⁸ Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, BOE, n.º 176, de 24 de julio de 2015, págs. 62351 a 62362, ref. BOE-A-2015-8275.

de que los progenitores cumplan con su deber de proporcionar sustento necesario para su crecimiento, educación y desarrollo integral. Así, los progenitores tienen la obligación inexcusable de garantizar la manutención de los hijos. Esta obligación no puede ser objeto de negociación o renuncia, así pues, tiene carácter indisponible, irrenunciable e imprescriptible¹³⁹. De hecho, ni con la pérdida de la patria potestad, desaparece la obligación del progenitor de dar alimentos, asegurando así que los hijos reciban la protección económica que merecen.¹⁴⁰

Su regulación la encontramos en el Título VI de nuestro Código Civil, que comprende los artículos 142 CC al 153 CC en los que se establece obligación recíproca de prestarse alimentos entre cónyuges, ascendientes y descendientes. El artículo 142 CC establece a qué se refiere por alimentos:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto. en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”¹⁴¹

No obstante, la obligación de prestar alimentos no surge de este precepto, pues más que un derecho de alimentos en sentido estricto, para los padres de hijos menores, esta es una obligación que deriva de la patria potestad y el artículo 154 CC. Por otro lado, el fundamento de la pensión de alimentos se encuentra en los artículos 39.1 y 39.3 CE que consagran el principio de solidaridad familiar.

En el marco de las crisis matrimoniales de mutuo acuerdo, el convenio regulador, aprobado judicialmente, será el instrumento por el que se fije la pensión de alimentos, siendo parte del contenido esencial del mismo¹⁴². Los padres tienen la posibilidad de

¹³⁹ Sánchez Martín, P., Álvarez Alarcón, A. y Blandino Garrido, A., *Las crisis matrimoniales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 205

¹⁴⁰ Código Civil, art. 110

¹⁴¹ Código Civil, art. 142

¹⁴² Código Civil, art. 90

acordar libremente su importe, con posibilidad a ser modificado por el juez en el caso de que no satisfaga el interés superior del menor, tal y como estableció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 1992¹⁴³. Así, se fijará en función de las necesidades del menor y de las posibilidades económicas el progenitor obligado a prestarla.¹⁴⁴

El juez tiene la facultad de modificar el contenido del convenio regulador relativo a la pensión de alimentos. Este control judicial es fundamental, puesto que garantiza que el otro progenitor no utilice la pensión de alimentos como una herramienta de presión o negación en el proceso de separación o divorcio. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015 establece que el juez no estará vinculado por los acuerdos alcanzados entre las partes si estos pueden perjudicar al menor. Incluso le da al juez la posibilidad de incluso de imponer de oficio una pensión de alimentos, aunque ninguna de las partes lo haya solicitado de manera expresa.¹⁴⁵

Por otro lado, si las condiciones económicas de los progenitores o las necesidades del menor han cambiado, entonces se podrá solicitar la modificación de la pensión de alimentos, pudiendo aumentar o reduciendo la cuantía. En cuanto a su extinción, el artículo 152 CC establece que no habrá obligación de dar pensión de alimentos cuando el menor cumpla la mayoría de edad o cuando éste comience a trabajar y pueda mantenerse por sí mismo.

- Casuísticas relevantes

Dentro de las crisis matrimoniales, los tribunales han recogido algunos casos en los progenitores presentan dificultades para cumplir con la obligación de dar alimentos a sus hijos, solucionándolos de diversas maneras, pero siempre bajo el principio rector del interés superior del menor. A continuación se recogen algunos de los supuestos más relevantes tratados por la doctrina y la jurisprudencia:

¹⁴³ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 538/2020, del 28 de julio de 2020, Re. 960/2019 [versión electrónica – base de datos *diariolalei*, ECLI: ES:APB:2020:8428]. Fecha de la última consulta: 7 de marzo de 2025.

¹⁴⁴ Código Civil, art 93 CC.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 481/2015 del 22 de julio de 2015, Rec. 737/2014 [versión electrónica – base de datos *diariolalei*, Ref. nº 8626]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

- **Situación económica del progenitor alimentante:** el Tribunal Supremo ha sido muy claro con respecto a las situaciones en los que el progenitor tiene insuficiencia de recursos económicos, estableciendo que la existencia de precariedad económica no eximirá al progenitor de su obligación. No obstante, se podrá ajustar la cantidad a la realidad del progenitor alimentante, asegurando siempre que se cubre un mínimo necesario para el sustento del menor y sus gastos más esenciales.¹⁴⁶ Aunque los tribunales no suelen concederlo, sí cabe la posibilidad a la suspensión de la pensión alimenticia, pero solo se dará en casos absolutamente excepcionales y siempre de manera temporal y restrictiva, teniendo que demostrar la imposibilidad total y absoluta del progenitor de generar ingresos.
- **Desaparición o desconocimiento del paradero del progenitor alimentante:** el artículo 110 CC establece que la obligación de alimentos subsiste en todo caso, incluyendo también aquellas situaciones en las que el progenitor desaparece o se desconoce su paradero. Las tribunales aplicarán mecanismos de ejecución forzosa como el embargo de bienes y entidades bancarias así como el pago a través del Fondo de Garantía de alimentos.¹⁴⁷
- **Alimentos a mayores de edad dependientes:** como se señalaba, la obligación de prestar alimentos no se extingue de manera automática cuando el menor cumple la mayoría de edad, no obstante, debe evaluarse la situación concreta del hijo y se considerará si puede mantenerse o no. En casos justificados, el juez podrá mantener la pensión de manera limitada y condicionada.

Por todo esto, la pensión alimenticia es una de las obligaciones fundamentales que los progenitores han de cumplir en el marco de las crisis matrimoniales, ya que asegura el desarrollo integral de los hijos menores de edad pues garantiza el sustento necesario para su educación, salud y bienestar. En todo momento, el marco normativo y la jurisprudencia velan por un equilibrio justo sin que la situación económica del menor pueda ser utilizada como una excusa para su incumplimiento.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 481/2015 del 22 de julio de 2015, Rec. 737/2014 [versión electrónica – base de datos *diariolaley*, Ref. nº 8626]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 481/2015 del 22 de julio de 2015, Rec. 737/2014 [versión electrónica – base de datos *diariolaley*, Ref. nº 8626]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2025.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha analizado la articulación y aplicación del interés superior del menor en las crisis matrimoniales, desde la normativa tanto nacional como internacional. Así, con la ayuda de la doctrina y la jurisprudencia, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Para comenzar, queda demostrada la evolución del principio del interés superior del menor que, en gran parte, se da gracias a la Observación General nº14 del Comité de los Derechos del Niño. Así, pasa de ser un concepto jurídico indeterminado a una auténtica garantía jurídica que limita la discrecionalidad de las decisiones y que es la guía en la toma de decisiones que afectan al menor en los casos de divorcio, separación o nulidad.

Para continuar, la legislación nacional, especialmente tras la reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor en 2015, también ha asumido la responsabilidad de la protección integral del menor apostando por una versión más individualizada y participativa del menor en todas las decisiones que le afecten.

En tercer lugar, tras el profundo análisis de los efectos jurídicos que surgen de la nulidad, la separación y el divorcio, queda clara la importancia de tomar todas las decisiones de guarda y custodia, de régimen de visitas, de la atribución del uso de vivienda familiar y de la pensión de alimentos, siempre con el objetivo de garantizar el bienestar del menor.

Se ha observado que a lo largo de todos estos procesos, la importancia de escuchar al menor es cada vez mayor, adquiriendo un papel central, pues no solo fortalece su autonomía, sino que contribuye a tomar decisiones más ajustadas a la realidad. La LOPJM y la jurisprudencia han promovido en este sentido un enfoque respetuoso con la intimidad y la estabilidad emocional del niño.

En cuanto a la guarda y custodia, se ha estudiado la tendencia hacia la custodia compartida, fomentando la corresponsabilidad parental. No obstante, la doctrina y jurisprudencia del TS han establecido que ésta solo se dará cuando exista una cooperación real entre los progenitores y un entorno emocional adecuado para el menor.

Por último, cabe señalar que la protección del interés del menor en el contexto de crisis matrimonial, no solo es importante desde un punto de vista familiar o jurídico, sino que

es una cuestión de orden público: si se garantiza el desarrollo pleno de los niños de hoy, será una inversión en el bienestar de la sociedad del mañana. Solo mediante la atención real y personalizada a las necesidades del menor, podremos hablar de una justicia verdaderamente comprometida con la infancia.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

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 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, *BOE*, n.º 119, de 19 de mayo de 1981, ref. BOE-A-1981-11198.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

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 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012)

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, *BOE*, n.º 176, de 24 de julio de 2015, págs. 62351 a 62362, ref. BOE-A-2015-8275.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 23 de julio de 2015).

Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, art. 12 (BOE 31 de diciembre de 1990).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25, adoptada el 20 de noviembre de 1989 en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York.

DOCTRINA

Aguilar Cavallo, G., *Derechos de los niños en contextos familiares*, Editorial Jurídica, 2017.

Aguilar Cavallo, G., “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, n. 1, Madrid, 2008.

Aguilar Cavallo, G., *Los derechos del niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Aguilar Cavallo, H. (2016). *El interés superior del niño en el Derecho Internacional y Comparado*. Thomson Reuters Aranzadi.

Álvarez Vélez, M., “Sistema normativo español sobre protección de menores” en Martínez García, C. (ed.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

Arnau Moya, F., “La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020.

Aviñó Belenguer, D., “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12, 2020.

Calzadilla Medina, M. A., “La constitución de un régimen de visitas y de comunicación en los casos de violencia de género: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Navarra, 2021.

Cárdenas Miranda, E. L., “El interés superior del niño y la ratificación del Convenio 138 de la OIT”, *Letras Jurídicas: Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, n. 23, 2011.

Cardona Llorens, J., “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la observación general 14 del Comité de Derechos del Niño” en Sanz Caballero, S. (dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

Cardona Llorens, J., “El interés superior del niño: criterios y principios de aplicación” en Sanz Caballero, S. (ed.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

Carrasco Perera, A., *Lecciones de Derecho Civil* (3.^a ed.), Tecnos, Madrid, 2017.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Naciones Unidas, 2013.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990).

Díez-Picazo, L. Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. I: *Derecho de Familia*, Tecnos, 2018.

De Torres Perea, J. M., *Custodia compartida: una alternativa*, Dykinson, Madrid, 2011.

Escribano Tortajada, P., “El daño moral ocasionado por la obstrucción e incumplimiento del régimen de visitas en las crisis matrimoniales: referencia al síndrome de alienación parental”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 29, 2021.

García Rubio, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, agosto 2020.

Guilarte Martín-Calero, C., "Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales", en C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 83.

Guilarte Martín-Calero, C., "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor" en Moretón Sanz, M. F. et al. (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Lacruz Berdejo, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV: *Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

López Martínez, A., "Innovaciones en mediación familiar: Uso de tecnologías para garantizar el interés superior del menor", *Revista Española de Derecho Familiar*, 34(2), 2019.

Marín López, M. J., "La nulidad, la separación y el divorcio" en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia*, 6.ª ed., Bercal, Madrid, 2021.

Martín López, A. M., *Protección jurídica del menor en España*, Editorial Jurídica Civitas, Madrid, 2020.

Martínez Calvo, J., *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Martínez Calvo, J., "La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 656/2021, de 4 de octubre", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 34, 2022.

Nevada Montero, J. J., "El derecho de relación de los menores con sus padres y abuelos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 772, 2019.

Observación general N° 5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/5).

Ordás Alonso, M., "Custodia monoparental con régimen de visitas amplio versus custodia compartida. Más allá del *nomen*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Extra n. 16, 2022.

Ortega Calderón, J. L., "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario La Ley*, n. 9892, 2021.

Pizarro Moreno, E., *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2020.

Rovira Sueiro, M., "La patria potestad", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia* (6.ª ed.), BERCAL, S.A., Madrid, 2021.

Ruiz López, C., “Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre [BOE-A-2022-17272]: La constitucionalidad de la privación o suspensión del régimen de visitas en casos de violencia doméstica o de género”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, n. 1, 2023.

Sánchez Martín, P., Álvarez Alarcón, A. y Blandino Garrido, A., *Las crisis matrimoniales*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 2016.

Serrano Fernández, M., "Derecho de familia", en E. Pizarro Moreno y J. P. Pérez Velázquez (coords.), *Derecho de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

Torrelles Torrea, E., “Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 791, 2022.

Verdera Izquierdo, B., “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La ‘necesidad de vivienda’”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, 2016.

Zermatten, J., *El interés superior del niño: del análisis literal al alcance filosófico*, Institut international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch, 2003.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/1995, de 11 de mayo de 1995 [versión electrónica - base de datos *Vlex*].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 471/1999, de 22 de mayo, Rec. 3281/1994 [versión electrónica - base de datos *vlex*].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 411/2000, de 24 de abril del 2000, Rec. 4618/1999 [versión electrónica - base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 86247/2000].

Sentencia Tribunal Constitucional, 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, Rec. 178/2003 [versión electrónica – base de datos *LaLey*].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2004, de 12 de julio de 2004, Rec. 4793/1999 [versión electrónica - base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 163830/2004].

Tribunal Constitucional, Sentencia 28/2008, de 11 de febrero, Rec 9316/2006 [versión electrónica – base de datos *LaLey*]. Fecha de la última consulta: 10 de enero de 2025.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/2008, de 27 de febrero [versión electrónica - base de datos *Westlaw*. Ref. RTC2008/28].

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 140/2008, de 28 de octubre de 2008, Cuestión de inconstitucionalidad 594-2006 [versión electrónica – *BOE*, Ref: BOE-T-2008-18813].

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 163/2009, de 29 de junio de 2009, Recurso de amparo 273-2008 [versión electrónica – *BOE*, Ref: BOE-A-2009-12526].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 496/2011, de 7 de julio del 2011 [versión electrónica - base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 111554/2011].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 579/2011, de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009 [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 119736/2011].

Tribunal Constitucional, Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, Ref. BOE-A-2012-14060, [versión electrónica – base de datos *BOE*].

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, ECLI: ES:TS:2013:2246.].

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 55/2016, de 11 de febrero de 2016, Rec 470/2015 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 3342/2016].

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 638/2019, de 25 de noviembre de 2019, Rec. 1487/2019[versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 174555/2019].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 312/2023, de 29 de abril [versión electrónica - base de datos *Westlaw*. Ref. STS2023/312].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 1312/2024, de 14 de octubre de 2024, Rec. 3176/2023 [versión electrónica – *Iberley*. ES:TS:2024:4917].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 350/2016, de 26 de mayo de 2016 [versión electrónica – *Laleydigital*. Ref. 52462/2016].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 96/2015, de 16 de febrero de 2015 [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 10275/2015].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 115/2016, de 1 de marzo de 2016, [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 9913/2016].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 257/2013, de 29 de abril de 2013, [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 257/2013].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 656/2021, de 4 de octubre de 2021, Rec. 6538/2019 [versión electrónica – *LaLeyDigital*. Ref. 171904/2021].

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 106/2022, de 13 de septiembre de 2022 [versión electrónica - *BOE*, núm. 253, BOE-A-2022-17272].

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 106/2022, de 13 de septiembre, Recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021 (BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022, pp. 144525-144552) [versión electrónica – Ref. BOE-A-2022-17272].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 1153/2023, de 17 de julio de 2023, Rec. 843/2022 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 166730/2023].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 1153/2023, de 17 de julio de 2023, Rec. 65/2024 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 141804/2024].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 488/2020, de 23 de septiembre de 2020, Rec.4122/2019 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 128071/2020].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 221/2011, de 1 de abril de 2011 [versión electrónica – base de datos *Thomson Reuters Aranzadi*: RJ 2011\3139].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 519/2017, 22 de septiembre de 2017, Rec. 632/2015 [versión electrónica – base de datos *IberLey*, ES:TS:2017:3327].

Sentencia Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4ª, Sentencia 286/2017 de 18 de julio del 2017, Rec. 108/2017 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref. 120835/2017].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm.215/2016, 6 de abril de 2016, Rec. 1309/2015 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*, Ref: 24105/2016].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 621/2018, de 20 de noviembre de 2018, Rec. 3002/2015 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigita*. Ref: 163498/2018].

Sentencia Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, núm. 141/2021, de 23 de junio de 2021 [versión electrónica – base de datos *Laleydigital*. Ref. 149480/2021].

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, núm. 435/2022, de 30 de mayo de 2022 [versión electrónica – base de datos *Laleydigital*. Ref. 184324/2022].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, Sección 8 núm. 325/2017, de 10 de julio de 2017, Rec. 184/2017 [versión electrónica – base de datos *LaLeyDigital*. Ref. 112942/2017].

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 538/2020, del 28 de julio de 2020, Re. 960/2019 [versión electrónica – base de datos *diariolaley*, ECLI: ES:APB:2020:8428]. Fecha de la última consulta: 7 de marzo de 2025.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 481/2015 del 22 de julio de 2015, Rec. 737/2014 [versión electrónica – base de datos *diariolaley*, Ref. nº 8626].

RECURSOS DE INTERNET

Fundación ATYME, *Estudio sobre mediación familiar en España*, 2020. Recuperado de <https://www.atyme.org> (última consulta: 27 de enero de 2025).

Instituto Nacional de Estadística (INE), *Estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios. Año 2023*, publicado el 18 de marzo de 2024. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2023.pdf [Fecha última consulta: 22 de marzo de 2025].

Instituto Nacional de Estadística (INE), *Estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios. Año 2007*, publicado el 24 de noviembre de 2008. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2007.pdf [Consulta: 22 de marzo de 2025]

Conceptos Jurídicos, “Interés superior del menor”, *Conceptos Jurídicos*, (s.f.) (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/interes-superior-del-menor/>; última consulta 20 de febrero de 2025).