

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. REGULACIÓN INTERNACIONAL

La regulación del concepto del interés superior del niño ha sido, desde siempre, un problema, sobre todo a la hora de interpretarlo para la toma de decisiones que influyen a sus sujetos; los niños menores de edad. En su primera formulación, a finales del siglo XX, se definió de una manera muy genérica como principio general además de como concepto jurídico indeterminado, aunque no discrecional¹. La ausencia de una definición acotada se debe a la dificultad que conlleva simplificar en una única definición un concepto aplicable a cada niño individualmente y que tenga en cuenta su caso concreto. Así pues, el objetivo principal de este concepto es garantizar el desarrollo completo de los niños, permitiéndoles disfrutar de una vida plena en aspectos tanto materiales como emocionales²

A pesar de numerosas definiciones y de haber sido usada en muchas legislaciones, es en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 donde el concepto del interés superior del niño adquiere un nuevo significado y un peso central. Este tratado, considerado el instrumento 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. Además, la Convención se fundamenta en cuatro: 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. Así estos son cuatro principios rectores para la interpretación y aplicación de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dándole a este último un dinamismo que posibilita la evaluación de cada caso concreto.

Explícitamente se encuentra recogido en su artículo 3 que vela: *«1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar*

¹ CARDONA LLORENS, J. op. cit. pp. 100-5. ESTO NO ESTÁ EN APA; IR A LA FUENTE ORIGINAL (sacado del libro de Salmé Adhorer)

² Conceptos Jurídicos. (s.f.). *Interés superior del menor*. Recuperado de <https://www.conceptosjuridicos.com/interes-superior-del-menor/>

social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este

artículo impone a las autoridades la obligación de considerar de manera prioritaria el interés superior del niño en todas las medidas que les afecten, colocándolo como eje central de cualquier decisión que tenga un impacto en su vida.

La Convención también se refiere al interés superior del niño en otras disposiciones 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 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, el Comité de los derechos de los niños, elaboró la Observación General n.º 14, donde se reforzaba la obligación de las instituciones públicas de considerar el interés superior del niño como un principio primordial en la toma de decisiones que les afecten, que ya fue mencionado por la Convención. Además, esta observación promueve la aplicación efectiva del principio, pues asegura que los Estados parte de la Convención lo apliquen y respeten.

Por otro lado, el Comité también señala³ que *"lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención"*. Esto demuestra que no existe jerarquía entre derechos, sino que todos los derechos del niño son igualmente importantes y responden al interés superior del niño, como dice el Comité: *"ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño"*.⁴ Por tanto, todos los contribuyen al bienestar integral del niño, no debiendo contradecirse o limitarse entre ellos. Además, ninguna interpretación del interés superior del niño debe aplicarse de manera que perjudique a sus derechos. Es decir, no se debe usar este principio como justificación para limitar otros derechos reconocidos en la Convención.

Comentado [Iz1]: Esto hay que citarlo? Ponerlo en pie de pagina tal cual?

Comentado [Iz2]: Revisar esta cita y ver de dónde se saca el doc oficial

³ Observación general N° 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 61.

⁴ Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Naciones Unidas. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/23/18a.pdf>

En esta misma observación, en su párrafo 32, el Comité afirma una vez más como el interés superior del niño no es un principio fijo ni estático, sino que debe interpretarse de manera diferente según las circunstancias específicas de cada caso, siendo esencial la flexibilidad para poder adaptarlo caso por caso. Y además añade: “*Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales*”.⁵

Además, la Observación General n° 14 del Comité de los Derechos del Niño aborda el concepto de interés superior del niño como un concepto triple: derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento.

1. Como derecho sustantivo, el interés superior del niño, como ya ha sido definido, y 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*”. 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.
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 perjudica al mejor, o incluso justificar que una ley no se aplique si no protege adecuadamente al niño.⁶
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

Comentado [Iz3]: ** Añadir esto: *En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos. SACADO DEL COMITÉ TAL CUAL par 32*

Comentado [Iz4]: Revisar esta cita y ver de dónde se saca el doc oficial

Comentado [Iz5]: Todo esto en realidad es como recoger todo lo dicho, meter una frase introductoria diciéndolo

Comentado [Iz6]: Esto hay que ponerlo en el pie de página??

⁵ Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Naciones Unidas. Párrafo 32. Disponible en

⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., ¿Qué es y para qué sirve y el interés superior del menor?, cit., pág. 49.

tanto positivas como negativas que éste podrá tener sobre el niño o un grupo de niños y establecer las garantías procesales pertinentes⁷. Estas repercusiones se basarán en criterios objetivos y el procedimiento será justificado de manera transparente para asegurar la integridad del proceso.

Comentado [Iz7]: ** Ver en doc de "Volcándolo todo" si hay que meter aquí los principios por los que deben regirse las autoridades

Por tanto, con el reconocimiento explícito en la Convención, se supera esta definición vaga y el enfoque paternalista, convirtiéndose así en una garantía jurídica. Esto significa que las autoridades o jueces no pueden tomar las decisiones respecto a los niños de manera arbitraria, sino orientadas y limitadas por los derechos de los niños. Por tanto, este derecho limita el poder del Estado de los adultos sobre los niños, asegurando la promoción de sus derechos y su protección. Cabe mencionar que, además, es un principio que tiene un alcance más amplio que simplemente a los jueces y tribunales, sino que deber ser respetado por todos los sectores de la sociedad. Así lo podemos ver en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1996, donde unos abuelos solicitaron seguir viendo a su nieto, a lo que se opusieron tanto el Ministerio Fiscal como el padre, por lo que el tribunal afirmó que el interés superior del niño se debería tener en cuenta en todos los aspectos posibles.⁸

No obstante, Cárdenas Miranda señala que el concepto va más allá de una definición jurídica, sino que se comporta más como un paradigma social, pues todavía tiene un carácter impreciso y puede interpretarse de diferentes maneras dependiendo del contexto cultural y moral⁹. Así, el legislador, juez, autoridad administrativa, social o educativa interpretará el artículo 3 de la Convención *ad casum* y teniendo en cuenta el resto de los derechos y principios recogidos en la misma.¹⁰

⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Comentarios sobre las leyes de reforma...", cit., pág. 100

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil sección 1 núm. 713/1996 de 18 de mayo de 2011 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 1996\6722)

⁹ Cárdenas Miranda, E. L. "El interés superior del niño". *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, núm. 23, 307-323. 2011, p. 6. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/23/18a.pdf>

¹⁰ Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Naciones Unidas. Disponible en <https://www.ohchr.org>

2. REGULACIÓN NACIONAL

Hasta aquí lo que regula la Observación n 14 sobre el interés superior del niño. En ámbito estatal, aunque hay menciones implícitas al concepto del interés superior del menor en nuestra constitución en su artículo 39¹¹, el principio está consolidado Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹², modificado en la LO 8/2015 de 22 de julio.

Es el artículo 2 art. 2.1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor **tras su modificación por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio** donde se 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»*¹³

Comentado [Lz8]: Esto en realidad se puede quitar porque ya has dicho antes que se modificaba. Revisar si antes de la modificación el artículo no era así.

Este artículo recoge legalmente en nuestro ordenamiento jurídico el principio de interés superior del niño, que deberá ser tenido en cuenta en la adopción de decisiones que afecten al menor, ya sea por parte de los padres o representantes¹⁴, los Tribunales o instituciones públicas o privadas.

En este marco, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2, enfatiza la prioridad del interés superior del menor sobre otros intereses legítimos. Sin embargo, como se ha señalado, hay tres situaciones comunes donde ponderar y equilibrar

¹¹ 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.

¹² LO 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 17/01/1996). Ref. BOE-A-1996-1069.

¹³ 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.

¹⁴ Si bien es verdad que no hay una mención explícita a los padres en el art. 2.1 LOPJM, considero que es obvia la intención de incluirlos dentro del ámbito de aplicación. De esta opinión, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La configuración del interés del menor ex art. 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del Menor*, Cizur Menor (Thomson Aranzadi), 2017, p. 496. Tal artículo vela 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». Por otro lado, el CC (art 154.2) vela cómo los padres deben siempre actuar teniendo en cuenta el interés del menor.

los criterios señalados puede resultar complejo. 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 maltrato¹⁵. En segundo lugar, el equilibrio entre la protección del menor (que podría incluir restricciones a ciertos derechos) y su autonomía puede ser difícil de alcanzar¹⁶. 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 circunstancias¹⁷. 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.

Comentado [Iz9]: Revisar si poner esto aquí o no

Esta ley, introdujo modificaciones en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, adaptándolas a una perspectiva más moderna y protectora de los derechos de los niños, alineándolas con el marco de la Convención, reflejando a los menores no solo como objetos de protección, sino como sujetos de derechos activos, participativos y creativos, es decir, individuos con voz, capacidad para influir en sus vidas y en la sociedad, promoviendo una participación activa y consciente en su propio desarrollo y el de su entorno.

Esta modificación se hizo con el fin de establecer criterios específicos para facilitar la determinación del interés superior del menor en cada situación particular. Así, con la nueva redacción del artículo 2.2 LOPJM se establece una lista flexible y no exhaustiva de criterios generales que sirven como herramienta de interpretación y aplicación, siendo posible para los jueces y autoridades usar otros criterios relevantes según el caso particular. Estos criterios son los siguientes:

¹⁵ Álvarez Vélez, M. (2016). *Sistema normativo español sobre protección de menores*. En C. Martínez García (Ed.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (pp. 135-136). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁶ Cardona Llorens, J. (2016). *El interés superior del niño: criterios y principios de aplicación*. En S. Sanz Caballero (Ed.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (pp. 100-105). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁷ Cardona Llorens, J. (2016). *El interés superior del niño: criterios y principios de aplicación*. En S. Sanz Caballero (Ed.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (pp. 100-105). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

- 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.*
- 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 personalidad¹⁸*

Comentado [Iz10]: Resumirlos

Comentado [Iz11R10]: Y poner que son el art 2.2

Este precepto legal también recoge otros aspectos como el derecho fundamental del menor de ser oído y escuchado, a participar en el proceso

INTERPRETACIÓN DEL TC Y TS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo han desarrollado 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

¹⁸ 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 17/01/1996. Ref. BOE-A-1996-1069.

221/2002¹⁹, donde subrayó no solo que se trata de un principio vinculante para todos los poderes públicos, sino 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 el TC afirma en su STC 28/2008²⁰, 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 el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Toledo, en su Sentencia núm. 88/2018, de 18 de abril, analizó un caso en el que una madre solicitaba recuperar la guarda y custodia de su hija, quien vivía con los abuelos desde hacía cinco años. La menor manifestó su deseo de no volver con su madre, no por capricho, sino debido a la alteración emocional que experimentaba al interactuar con ella, tal y como reflejaban los informes periciales. En este caso, la Audiencia resolvió el conflicto entre el interés de la madre y el de la menor conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, priorizando el entorno familiar, social y escolar estable y adecuado que la niña tenía con sus abuelos²¹.

Comentado [Iz12]: Parfrasear

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 subrayó la importancia del derecho de audiencia en tales situaciones, derecho del que se hablará 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 de cualquier conflicto judicial que involucre a menores, destacando en la STS 890/2010²³, que, la resolución en los casos de custodia y visitas debe estar orientada al desarrollo y

¹⁹ Tribunal Constitucional. (2002). Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre de 2002. Boletín Oficial del Estado. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2002-24807

²⁰ Tribunal Constitucional. (2008). Sentencia 28/2008, de 11 de febrero. Boletín Oficial del Estado, núm. 51. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-4889

²¹ Audiencia Provincial de Toledo. Sentencia núm. 88/2018, de 18 de abril. ECLI: ECLI:ES:APTO:2018:391. JUR/2018\161656.

²² Tribunal Constitucional. (2012). Sentencia 185/2012, de 17 de octubre. Boletín Oficial del Estado, núm. 274. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf>

²³ Tribunal Supremo. (2010). Sentencia 890/2010, de 8 de octubre, recurso de casación 10312/2010. Recuperado de <https://vlex.es/vid/conduccion-temeraria-dolo-extraordinario-239153777>

bienestar del menor teniendo en cuenta su estabilidad emocional. En la STS 312/2023, de 29 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 y conceptuales que han tratado de definir y valorar este principio desde diversas perspectivas. A pesar de la riqueza normativa, este concepto no ha estado exento de debates y reflexiones doctrinales que buscan aproximarse a su naturaleza y aplicación práctica. 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. El cual enfatiza el carácter protector del principio en todas las esferas del desarrollo del menor. Por su parte, Ana María Martín López añade «*Este concepto no es fijo, sino que debe ser evaluado en cada contexto y considerando la evolución de las circunstancias y del menor en cuestión*»²⁶. Reforzando así la idea de la flexibilidad y adaptabilidad del interés superior del niño, en línea con las recomendaciones del Comité en su Observación General n.º 14..

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 decidir sobre los derechos humanos del niño, siempre considerándole como un ser humano, sujeto de derechos que deben ser respetados²⁷

Por su parte, la Real Academia Española lo define como «*el derecho fundamental de todo niño a que sus intereses sean considerados primordiales en todas las decisiones que le afecten tanto en el ámbito privado como en el público*». Esta definición sintetiza la esencia del principio, colocando al niño en el centro de cualquier toma de decisión que pueda repercutir en su bienestar.

Comentado [Lz13]: Citar

²⁴ Tribunal Supremo. (2023). *Sentencia 312/2023, de 29 de abril*. Recuperado de <https://vlex.es/vid/932320748>

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. Disponible en https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

²⁶ FALTA, encontrar****

²⁷ Aguilar Cavallo, G. "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos." Estudios Constitucionales Vol. 6, núm. 1, Madrid, 2008 pp 229-230. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670601> se necesita permiso??

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.

CAPÍTULO II: CRISIS MATRIMONIALES

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

El matrimonio es una institución jurídico, social y cultural que formaliza la unión de dos personas, otorgándole reconocimiento legal y estableciendo 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", siendo un acto jurídico que se figura como contrato solemne y consensual, sentando las bases de una relación basada en el respeto mutuo y la reciprocidad y generando efectos tanto personales como patrimoniales. Desde una perspectiva doctrinal, Luis Díez-Picazo resalta los elementos de formalidad, estabilidad y plena comunidad de existencia²⁸. Además, normativas como la Ley 13/2005²⁹ permiten y reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo y la Ley 15/2005³⁰ introduce la posibilidad de divorcio sin causa.

En principio, el matrimonio tiene una duración indefinida. No obstante, las crisis matrimoniales son aquellos supuestos en los que hay una 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 se atreven a clasificar las causas de las crisis matrimoniales en tres grandes grupos³¹:

- 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

Como el matrimonio tiene efectos tanto personales como patrimoniales, la disolución de este también afectará a ambas esferas, debiendo ser regulados mediante convenios o

Comentado [Iz14]: Meter esto?: Además, se ha armonizado con estándares internacionales, como los contemplados en el Reglamento (CE) nº 2201/2003, relativo a la competencia y reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

²⁸ Díez-Picazo, L. (2019). *Derecho Civil Español, Común y Foral* (15ª ed.). Civitas: Madrid. pp. 180-190.

²⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 157, 2 de julio de 2005. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2005/07/01/13>

³⁰ 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. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 163, 9 de julio de 2005. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2005/07/08/15>

³¹ Marín López, M. J., *La nulidad, la separación y el divorcio*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia*, 6ª ed., Bercal, Madrid, 2021, pp. 75-101.

resoluciones generales que conllevarán consecuencias tales como la atribución de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, la regulación del régimen de visitas para el progenitor no custodio o la asignación del uso de la vivienda familiar.

Desde el punto de vista emocional, la disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, la ruptura familiar, suele tener un impacto negativo en los hijos y en su estabilidad emocional, sobre todo en los menores, 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 como Aguilar Cavallo destacan que en estas situaciones no solo no se debe dejar de lado el interés superior del niño, sino que ha de ser el eje central de todas las decisiones adoptadas, puesto, como bien se ha dicho en la introducción, el menor debe ser considerado como sujeto de derecho y no como un objeto de protección pasiva³².

Pasando a la esfera legal, el legislador es consciente de la necesidad de proteger al menor en tales situaciones, por tanto, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se establece que "en todas las medidas concernientes a los niños [...] deberá ser una consideración primordial el interés superior del niño". De esta manera, todos los Estados firmantes deben buscar garantizar que el bienestar integral del menor esté siempre protegido³³. Además, en el ámbito nacional, tal y como ya ha sido mencionado, el artículo 39 de la Constitución Española y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, reformada por la Ley Orgánica 8/2015 ponen énfasis en la necesidad de considerar el interés superior del menor como un principio rector en todas las necesidades que le afecten³⁴.

Desde el ámbito jurisprudencial??

³² Aguilar Cavallo, G. (2019). *Los derechos del niño en el derecho internacional de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 95-98.

³³ Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Art. 3. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child> (última consulta: 22 de enero de 2025).

³⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 175, 23 de julio de 2015. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>

Comentado [Lz15]: Meter tb el punto de vista jurisprudencia? O ya muy largo?

la Sentencia del Tribunal Supremo (STS 312/2023) analiza de forma específica el impacto de las decisiones judiciales relacionadas con el régimen de visitas y la atribución del domicilio familiar en la estabilidad emocional de los menores. Esta sentencia subraya que las decisiones deben priorizar siempre la protección del bienestar del niño, evitando situaciones que puedan generar conflictos emocionales innecesarios. En este sentido, el Tribunal insiste en que el interés superior del niño debe ser entendido como una herramienta para garantizar su desarrollo integral y su estabilidad emocional⁴.

La necesidad de proteger el interés superior del niño en situaciones de crisis familiares también se destaca en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, que recalcan la importancia de adoptar decisiones personalizadas para cada menor, teniendo en cuenta su contexto específico y su entorno emocional⁵. [Lz1]

[Lz1] Para citar: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 312/2023, de 29 de abril. Fundamento Jurídico 4º. Disponible en bases de datos Westlaw (última consulta: 22 de enero de 2025).

Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013). "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial". Disponible en <https://www.ohchr.org> (última consulta: 22 de enero de 2025).

2. PRINCIPALES FIGURAS JURÍDICAS EN LAS CRISIS

Como bien se decía, 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, se regulan en los artículos 73 al 107 del código civil y en otras complementarias como la reforma legal Ley 15/2005³⁵, que modernizó el régimen de separación y divorcio en España o la Ley 13/2005³⁶, 1 de julio y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³⁷.

2.1. Nulidad

La nulidad en el matrimonio implica una anomalía en el negocio jurídico matrimonial, por lo que carece de validez jurídica desde el origen, y, por tanto, no genera efectos legales entre los cónyuges. No obstante, sí que se reconocerá 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 legales pese haber sido reconocido nulo³⁸.

El Código Civil regula la nulidad en sus artículos 73 a 80 del Código Civil, y contempla las causas específicas, resumidas por MARÍN LÓPEZ³⁹ de la siguiente manera:

- Falta de consentimiento válido: como casarse drogado o inconsciente (artículo 45.1 y 73. 1 CC)

³⁵ 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. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 163, 9 de julio de 2005. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2005/07/08/15>

³⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 157, 2 de julio de 2005. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2005/07/01/13>

³⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 15, 17 de enero de 1996. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1>

³⁸ Código Civil español, art. 79. (Real Decreto de 24 de julio de 1889, última modificación publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 260, de 30 de septiembre de 2021). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (última consulta: 26 de enero de 2025).

³⁹ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nulidad, la separación y el divorcio. En Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Manual de Derecho Civil: Derechos de familia. 6a Ed. Madrid. BERCAL, S.A. 2021. Págs. 75 a 101.

- Vicios en el consentimiento: que incluye el error sobre la identidad del cónyuge (artículo 73.4) y el miedo grave o coacción (artículo 73.5)
- Impedimentos legales no dispensables: que contravienen los artículos 46 a 48 CC, como por ejemplo matrimonios entre padres e hijos, de menores de 16 años no emancipados o aquellos entre personas que asesinaros al cónyuge de uno de ellos
- Defectos formales: artículo 73.3 CC, por ejemplo, sin juez autorizado o sin testigos

Desde la perspectiva doctrinal, Luis Diez-Picazo establece una serie de criterios claramente definidos para determinar qué uniones no son válidas, ya que señala que la nulidad no solo invalida el matrimonio o busca proteger a los cónyuges, sino que su finalidad también es preservar el orden público y la seguridad jurídica⁴⁰.

Aunque en la nulidad conlleva del matrimonio no surgirán habrá efectos legales, muchas veces tal matrimonio nulo tiene hijos, por tanto, cuando haya hijos involucrados, la Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) deja claro que en tal proceso se debe priorizar su bienestar y desarrollo integral⁴¹. Además, el artículo 103 CC establece que se tomarán medidas provisionales para protegerles como decidir con qué progenitor residirán, establecer el régimen de visitas o determinar las aportaciones económicas de cada cónyuge para los alimentos de los hijos.

2.2. Separación

La separación matrimonial es aquella en el que, aunque el vínculo matrimonial se mantiene, la vida en común de los cónyuges queda suspendida, es decir, los esposos siguen estando legalmente casados a pesar de que algunos derechos y deberes asociados a la convivencia cesen. En este caso, el matrimonio se celebró baldamente 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, mutuo acuerdo, mediante la presentación de un convenio regulador, ante notario o vía judicial, que especifique las medidas relativas a los hijos, la vivienda

⁴⁰ Diez-Picazo, L. (2019). *Derecho Civil Español, Común y Foral* (15ª ed.). Civitas, Madrid, pp. 180-210.

⁴¹ Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013). Disponible en <https://www.ohchr.org> (última consulta: 22 de enero de 2025).

familiar y las obligaciones económicas. Además, también se admite la separación contenciosa y se exige que hayan pasado un plazo de tres meses 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 y como bien se comentaba, 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 guardia y custodia, donde se designará al progenitor que ejercerá la custodia de los menores, siendo 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 menor⁴²). 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. Es importante destacar, que, el artículo 94 del Código Civil, establece que en casos de violencia intrafamiliar, se podrá suspender o restringir las visitas si existe riesgo bien para los hijos, bien para el progenitor custodio. También se fijarán las pensiones alimenticias para cubrir las necesidades de los hijos y la atribución de la vivienda familiar. Todas estas medidas provisionales han de considerar el bienestar integral del menor, teniendo en cuenta la perspectiva emocional como material, además, deben ser dinámicas, adaptándose a las circunstancias cambiantes de la familia (STS 887/2005⁴³), y teniendo en cuenta el derecho de audiencia del menor (STS 185/2012⁴⁴).

2.3. Divorcio

Por último, el divorcio, 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

Comentado [Lz16]: Podríamos meter también la Ley 15/2015 y la Ley 8/2021

LEY 15/2015: La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, con las modificaciones realizadas sobre el Código Civil, reconoce la posibilidad de separación o divorcio de mutuo acuerdo ante el Letrado de la Administración de Justicia y ante notario, siempre que no existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

Comentado [Lz17]: ¿Comentarlo ahora o lo dejamos para el punto 4 cuando hablemos de todas las medidas?

⁴² Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (2013, 29 de abril). *Sentencia 257/2013*. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1/2013/257/2013>

⁴³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (2005, 27 de septiembre). *Sentencia 887/2005*. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1/2005/887/2005>

⁴⁴ Tribunal Constitucional. (2012, 17 de octubre). *Sentencia 185/2012*. Recuperado de <https://hjt.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23092>

tiempo de su celebración por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio⁴⁵. Su regulación alcanza hasta el 107 del Código Civil, donde se especifican desde los requisitos hasta las consecuencias legales. Como ya ha sido comentado reiteradamente, 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, esta reforma supuso una nueva concepción del matrimonio centrada en la libertad individual y la autonomía de la voluntad⁴⁶.

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 guardia y custodia, el régimen de visitas y la atribución del domicilio familiar. Autores como Aguilar Cavallo⁴⁷ o Ana María Martín López⁴⁸ 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 busca resolver los conflictos que han derivado de una ruptura del vínculo matrimonial, de manera que las decisiones adoptadas respeten los derechos de las partes implicadas y, especialmente de los menores. En estos casos, el principio del interés superior del niño se erige como el eje central del proceso judicial, orientando la toma de decisiones para asegurar su bienestar físico, emocional y social. Así, el sistema judicial actúa no solo como árbitro del conflicto, sino como garante de la protección integral de los menores en situaciones de especial vulnerabilidad.

3.1. Vías de acceso al procedimiento

⁴⁵ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nulidad, la separación y el divorcio. Cit. Pág. 95.

⁴⁶ Díez-Picazo, L. (2019). *Derecho Civil Español. Común y Foral* (15ª ed.). Civitas.

⁴⁷ Aguilar Cavallo, H. (2016). *El interés superior del niño en el Derecho Internacional y Comparado*. Thomson Reuters Aranzadi.

⁴⁸ Martín López, A. M. (2020). *Protección jurídica del menor en España*. Editorial Jurídica Civitas.

Comentado [Lz18]: ¿Queremos entrar en las fases?

→ - Antes de la interposición de la demanda

→ - Tramitación del proceso

→ - Sentencia judicial

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

- Vía consensual: en el que las partes llegan a un acuerdo sobre las condiciones de la separación del divorcio de manera dialogada, evitando un proceso judicial, lo que podría reducir el impacto emocional en los hijos. Esta modalidad solo cabría en los casos de separación y divorcio y la encontramos en el artículo 82 del Código Civil. Este artículo dispone que el convenio regulador es el documento esencial que recoge todos los aspectos fundamentales como la guardia 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 innovación, permitiendo que tales procesos se puedan tramitar mediante escritura pública ante notario.
- Vía contenciosa: utilizada cuando no se logra un acuerdo entre las partes, por tanto, siendo un proceso más largo y complicado. Estos procedimientos también caben para los casos de nulidad, así como los de separación y divorcio y comenzará con la demanda de uno de los cónyuges. En estos casos el tribunal tiene un papel activo en la resolución de los conflictos, aplicando las medidas que se consideren necesarias para proteger al menor. Se regula en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo complementada por la jurisprudencia como la STS 257/2013, que subraya la importancia de priorizar la estabilidad emocional de los hijos en este tipo de procedimientos⁴⁹.

Comentado [Lz19]: ¿Queremos hablar más del convenio regulador?

3.2. Audiencia del menor

- **Ámbito internacional**

Como se mencionaba en la introducción, dentro de los cuatro principios generales de la Convención, nos encontramos con el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio, junto con el derecho a 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 el menor tiene el derecho, no la obligación, de expresar su opinión en aquellos asuntos que le afecten y por ello también

⁴⁹ Tribunal Supremo. (2013). *Sentencia 257/2013, de 29 de abril*. Recuperado de <https://vlex.es/vid/guarda-custodia-compartida-jurisprudencial-438316050>

a que esas opiniones se tengan en cuenta, en función de la madurez y edad del niño. Por tanto, los Estados Parte tienen la obligación de reconocer, garantizar e integrar tal derecho⁵⁰ como guía transversal para del resto recogido en la Convención⁵¹.

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*". Este concepto debe entenderse de manera amplia, incluyendo al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Esto no solo contribuye a aumentar la calidad de las soluciones, sino que refuerza su integración y participación activa en la vida social. Por esta razón, el Comité rechazó una propuesta para definir una lista que limitara los asuntos que afectan al niño⁵².

No obstante, el Comité de los derechos del niño observó que, en la mayoría de las sociedades, la posibilidad de que el niño exprese su opinión está seriamente limitada. Por esta razón, elaboraron la Observación General número 12, con el objetivo de profundizar en la comprensión del significado del artículo 12 de la Convención. 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.⁵³

Sumado a esto, el Comité es muy claro respecto a cómo debe funcionar el proceso en el que se escuche al niño enumerando una serie de requisitos: transparentes e informativos,

⁵⁰ 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 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

⁵¹ Véase la Observación general Nº 5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/5).

⁵² Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado*, p.11. Naciones Unidas. CRC/C/GC/12. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

⁵³ Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado*, p. 7. Naciones Unidas. CRC/C/GC/12.

voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, apoyados en la formación, seguros y atentos al riesgo y responsables⁵⁴. De esta manera se protege al menor en la mayor medida posible y se reduce el impacto que el proceso, en este caso, de la crisis matrimonial, vaya a tener en el niño. Es la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la que establece los requisitos de cómo serán las audiencias de los menores 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.

Estas disposiciones buscan asegurar que la participación del menor sea efectiva y respetuosa, mientras se equilibra su derecho a ser escuchado con la necesidad de proteger su bienestar emocional y psicológico.

- **Ámbito nacional**

A nivel nacional, es el artículo 9 LOPJM el que recoge este principio, reafirmando el criterio de la edad y madurez, y añadiendo que el menor deberá recibir toda la información necesaria para poder ejercer tal derecho (artículo 17 de la Convención). Asimismo, dispone que, cuando sea necesario, dicha audiencia se hará con la asistencia de profesionales cualificados o expertos preservando su intimidad.

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,

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado*, p. 31-33. Naciones Unidas. CRC/C/GC/12. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

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.

Previa a la reforma la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la LEC 1/2000 y el Código Civil contemplaban que los menores tenían derecho a ser escuchados en procedimientos judiciales que les afectaban, siendo obligatorio escuchar a los menores de 12 años con suficiente juicio y a todos los mayores de 12 años en los procesos de familia, tal y como recogía la antigua redacción del artículo 92 CC. 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, introdujo 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 donde se estableció que la audiencia del menor solo se realizaría si el juez lo consideraba necesario, ya fuera por solicitud de las partes, el fiscal, los miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. Por tanto, ambos artículos consiguieron ir en un mismo sentido. 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. Así, la STS 670/2011, de 4 de noviembre⁵⁵, destacó la necesidad de garantizar la participación del menor en dichos procesos, evaluando su madurez y capacidad de juicio de forma individual. En este sentido, la sentencia subraya una insuficiencia en la redacción del artículo, al no asegurar que la voz del menor sea siempre tenida en cuenta, en línea con los principios establecidos por la Convención.

No obstante, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ha cambiado la regla cuarta del artículo 770 de la LEC, 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

⁵⁵ Tribunal Supremo. (2011). *Sentencia 670/2011, de 4 de noviembre*. Recuperado de <https://ecli.eu/es/es/ts/2011/7263>

consensuales y contenciosos. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 28 de octubre 200814 y SSTC 29 junio 200915) afirma que la audiencia del menor no es esencial en todos los casos y solo se realizará si se considera necesaria para proteger los intereses del menor.

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.

Y el artículo 9.3⁵⁶ LO/1996, de 15 de enero, establece que cuando se deniegue la audiencia del menor, la resolución ha de ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor, y, en su caso a su representante, con expresa indicación de los recursos que proceden contra tal decisión.

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 de conflictos

En la resolución de conflictos de las crisis matrimoniales 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

⁵⁶ 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.* Ref. BOE-A-2015-8222.

conflicto entre los intereses de los progenitores, debe prevalecer siempre el interés superior del niño⁵⁷. 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 visitas⁵⁸. 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 familiar⁵⁹.

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 Mercantiles⁶⁰, 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 prioritaria⁶¹. 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. **En el contexto judicial, la mediación también es recomendada por los jueces tal y como se manifiesta en la Sentencia del Tribunal Supremo 887/2005, de 27 de septiembre, que establece que la mediación debe ser considerada como una alternativa preferente⁶².**

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

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Díez-Picazo, L. (2019). *Derecho Civil Español, Común y Foral* (15ª ed.). Civitas.

⁶⁰ Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 162, de 7 de julio de 2012. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/07/06/5/con>

⁶¹ Aguilar Cavallo, G. (2017). *Derechos de los niños en contextos familiares*. Editorial Jurídica, pp. 55-65.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 887/2005, de 27 de septiembre. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es> (última consulta: 27 de enero de 2025).

Comentado [Iz20]: Además, la jurisprudencia reciente ha destacado la importancia de la mediación en casos complejos de guarda y custodia. Por ejemplo, en un caso analizado por la Audiencia Provincial de Madrid, se recomendó la mediación para establecer un régimen de visitas progresivo en una situación de alta conflictividad parental. Los resultados mostraron que la mediación permitió a las partes alcanzar acuerdos más flexibles y centrados en las necesidades emocionales y sociales del menor

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 del menor⁶³. 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 judicial⁶⁴.

****Críticas y desafíos?**

Comentado [Iz21]: Críticas y desafíos de la mediación
A pesar de sus múltiples beneficios, la mediación enfrenta ciertos desafíos, especialmente en casos donde existe una alta conflictividad o desequilibrios de poder entre las partes, como en situaciones de violencia intrafamiliar. En estos contextos, es fundamental garantizar que el proceso de mediación sea supervisado por profesionales cualificados y que las medidas adoptadas prioricen siempre la seguridad del menor. La Ley 5/2012, en su artículo 8, subraya la necesidad de que los mediadores cuenten con formación específica en resolución de conflictos familiares y tengan en cuenta las particularidades de cada caso para evitar decisiones que puedan ser perjudiciales para alguna de las partes implicadas⁸. (Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, art. 8. (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012))

⁶³ Fundación ATYME. (2020). *Estudio sobre mediación familiar en España*. Recuperado de <https://www.atyme.org> (última consulta: 27 de enero de 2025).

⁶⁴ López Martínez, A. (2019). "Innovaciones en mediación familiar: Uso de tecnologías para garantizar el interés superior del menor". *Revista Española de Derecho Familiar*, 34(2), 45-62.

APARTADOS TODAVÍA NO ABORDADOS:

4. ACUERDOS CON RELACION A LOS HIJOS EN MOMENTO DE CRISIS MATRIMONIAL

4.1. Relaciones paternofiliales

4.1.1. Patria Potestad

4.1.1.1. Concepto

4.1.1.2. Titularidad y ejercicio

4.1.1.3. Modalidades

4.1.2. Custodia

4.1.2.1. Concepto

4.1.2.2. Tipos

4.1.2.3. ¿Custodia compartida o exclusiva en España? Tendencia jurisprudencial

4.1.3. Régimen de visitas y comunicación

4.1.3.1.1. Concepto y determinación

4.1.3.1.2. Derecho de terceros: relación del menor con abuelos y allegados

4.2. Atribución de la vivienda familiar

4.3. Alimentos y cargas familiares

5. SITUACIONES EXCEPCIONALES Y MENORES CON NECESIDADES ESPECIALES

5.1. Niños con discapacidad o necesidades especiales

5.2. Alta conflictividad

6. IMPACTO EMOCIONAL Y PSICOLÓGICO EN LOS MENORES

6.1. Efectos psicológicos de las crisis matrimoniales

6.2. Cómo la normativa protege el bienestar emocional de los menores en estos procesos

