



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LOS DERECHOS DE LOS MENORES
ANTE UNA RUPTURA MATRIMONIAL
CONFLICTIVA**

Autor: Sara María Ripoll Tur
4º E-1
Derecho Civil

Tutor: M^a Reyes Corripio Gil-Delgado

Madrid
Junio 2019

RESUMEN

El modelo tradicional de familia ha sufrido grandes cambios en los últimos años existiendo en las últimas décadas un gran incremento de separaciones y divorcios. Es importante garantizar el derecho fundamental de los menores a relacionarse adecuadamente con sus progenitores manteniendo todos sus vínculos. La finalidad de este trabajo final de grado, el cual aborda los derechos de los menores en las rupturas matrimoniales conflictivas, nos ayuda a realizar una aproximación del tema permitiendo entender y aprehender los conceptos básicos relacionados con los derechos de los menores. También nos facilitará aproximarnos y conocer los mecanismos de protección que existen actualmente en materia de menores, introduciéndonos especialmente en la protección de los menores en circunstancias intrafamiliares de las que principalmente devenga un conflicto.

Las rupturas matrimoniales con carácter conflictivo, provocan abundantes daños colaterales, pero en especial afectan considerablemente a los hijos del matrimonio. Analizaremos como padece el menor en estas situaciones y las medidas que se deberían de llevar a cabo para atenuar y apaciguar la duración de esta etapa del proceso. Examinaremos los derechos que ostenta el menor en estos procesos, por un lado durante el proceso, y por otro lado tras él, y los analizaremos para un absoluto entendimiento y cumplimiento de su protección en procesos futuros.

PALABRAS CLAVE: menores, derechos, ruptura, matrimonio, conflicto

ABSTRACT

The traditional model of family has suffered various changes in the last few years, existing in the last decade an increase y the number of separations and divorces. It's important to guarantee the fundamental right of the minors to relate properly with their progenitors, maintaining all of their familiar links. The aim of the present work, which deals with the rights of minors in situations of conflictive ruptures of their parent's relationship, helps us to carry out a comprehensive approach of the issue helping to recognize and understand the basic ideas and concepts associated to the minors rights and its protection. It that will also facilitate us to the alignment and appreciation of protection mechanisms that currently exist in the rules of minor's protection during and after the judicial process

This circumstance, such as marital breakdowns where conflict plays an important role, provokes many collateral damages that the children of the couple suffer considerably. We will evaluate how the minor's suffer in these situations and the measures that should be adopted to attenuate the duration and consequences of this type of process. We will also examine the rights that hold the minors in this type of proceedings for an absolute understanding and accomplishment of their protection in future proceedings.

KEY WORDS: minors, rights, breakdown, marital, conflict

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 5 |
| 1.1. Objeto | 5 |
| 1.2. Justificación | 5 |
| 1.3. Metodología | 7 |
| 1.4. Estructura | 7 |
| 1.5. Sobre la protección del menor..... | 8 |
| | |
| 2. PANORAMA NORMATIVO DEL MENOR Y SUS DERECHOS | 10 |
| 2.1. Introducción. Aproximación al concepto de menor y sus sistemas de protección.... | 10 |
| A. Protección constitucional y Tratados internacionales..... | 12 |
| B. Derechos del menor..... | 13 |
| C. La primacía del interés del menor..... | 17 |
| 2.2. Pluralidad normativa..... | 21 |
| A. Estatal..... | 21 |
| B. Autonómica..... | 23 |
| C. Particularidades forales..... | 24 |
| | |
| 3. EL MENOR EN LAS RUPTURAS MATRIMONIALES..... | 27 |
| 3.1. Introducción. Aproximación al número de rupturas matrimoniales..... | 27 |
| A. Características de los procedimientos de Divorcio, Separación y Nulidad..... | 29 |
| B. El convenio regulador de mutuo acuerdo..... | 30 |
| 3.2. Rupturas matrimoniales conflictivas y menores afectados..... | 33 |
| A. Intervención judicial sin convenio regulador..... | 34 |
| B. El Ministerio Fiscal..... | 35 |
| | |
| 4. LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y SUS DERECHOS EN LAS RUPTURAS MATRIMONIALES CONFLICTIVAS..... | 37 |
| 4.1. Aproximación a los derechos del menor durante el proceso..... | 37 |
| A. El derecho a ser oído y a participar en la toma de decisiones | 37 |
| B. Medidas provisionales..... | 43 |
| 4.2. Aproximación a los derechos del menor tras el proceso..... | 47 |
| A. El derecho a mantener sus relaciones familiares..... | 47 |
| B. El Síndrome de Alienación Parental..... | 50 |
| | |
| 5. CONCLUSIONES | 54 |
| 6. REFERENCIAS | 57 |

Abreviaturas

| | |
|---------|--|
| Art(s). | Artículo(s) |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil español |
| CE | Constitución Española |
| CDN | Convención Derechos del Niño |
| DOCE | Diario Oficial Comunidad Europea |
| DOGV | Diari Oficial de la Generalitat Valenciana |
| Ed. | Editorial |
| LEC | Ley Enjuiciamiento Civil |
| LO | Ley Orgánica |
| LOPJM | Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor |
| Núm. | Número |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| Op.cit. | Obra citada |
| p.(p). | Página(s) |
| Res. | Resolución |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SAP | Síndrome de Alienación Parental |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| S(S)TS | Sentencia(s) del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto

En el presente trabajo que presento como Trabajo Final de Grado realizaremos un análisis de los derechos del menor en general y en el contexto de una ruptura conyugal, conceptuando la noción de menor en aras de determinar cuáles son sus derechos y la importancia del interés superior del menor en la aplicación de los mismos. Se pretende determinar el grado de afectación del menor en los casos de crisis matrimoniales y sus derechos en el proceso, particularmente su derecho a la salud, su derecho a ser oído, a participar en la toma de decisiones en los procesos de ruptura conflictivos y a mantener las relaciones familiares. Este tema se va adaptando a los tiempos modernos y ha sido objeto de cambios legislativos que referenciaremos.

En concreto el objeto del presente trabajo es:

- En términos generales: concepto de menor, conjunto de sus derechos y su protección, la posición del menor ante la ruptura familiar y cómo afecta el proceso a la salud del menor.
- En términos específicos: revisar la legislación y criterios jurisprudenciales sobre los derechos del menor que existe en vigor actualmente a nivel internacional, nacional y ámbito autonómico, con mención al Derecho foral.
- Analizar los diversos procedimientos de rupturas matrimoniales y sus características. El convenio regulador, el proceso de ruptura y el uso de la potestad discrecional en pro de estos superiores intereses.
- Obtener unas conclusiones finales sobre la situación del menor ante la ruptura familiar.

1.2. Justificación

Universalmente, la familia es considerada como la unidad básica de la sociedad, es poseedora de uno de los vínculos afectivos que más poder tiene y parece primordial que aumentemos el grado de concienciación acerca de los temas relacionados con la familia,

aunque el modelo tradicional de familia en los últimos años haya sufrido grandes cambios.

La comunidad internacional otorga importancia a las familias, la ONU¹ reconoce y afirma la importancia de la familia como un lugar privilegiado para la educación. La familia es el lugar de crecimiento, donde encontramos protección y seguridad, no obstante, cuando la situación familiar se torna disfuncional han de aparecer los mecanismos de protección que sirvan para proteger a los más vulnerables de la familia que serán los hijos menores.

En las situaciones de crisis matrimoniales, con los inevitables conflictos que dan lugar a la ruptura matrimonial se ha de pretender que el día a día de los menores se vea mínimamente afectado, que los hijos puedan disfrutar de ambos progenitores y que ellos no los utilicen como instrumentos para pretender ventajas uno sobre el otro.

En la familia, la conexión y el vínculo con los hijos debería ser independiente de la edad, de las necesidades que tengan y de las situaciones que atraviesen como pareja los progenitores. Es en la familia donde se inicia el desarrollo del ser humano como individuo social. La importancia que le doy a la familia me ha servido de base para realizar este trabajo donde he querido efectuar un estudio sobre los derechos de los menores y las consecuencias de las rupturas matrimoniales sobre los hijos.

Los progenitores son los primeros que pueden actuar en nombre del niño y hacer respetar sus derechos, también cumplen sus deberes decidiendo por su hijo menor para protegerlo y darle bienestar. Los padres tienen un derecho y un deber de cuidado del hijo pues su objetivo es protegerlo asegurando su educación, su desarrollo, su seguridad, su salud y su moralidad. Pero qué ocurre cuando la pareja sufre un conflicto matrimonial y en su resolución no son posibles los acuerdos sobre la forma de regular la continuidad de las relaciones con los hijos (o con los bienes), entonces adquiere relevancia el proceso legal, derivan al juez la responsabilidad sobre una decisión.

La ruptura genera sufrimiento en todos los miembros de la familia y la participación de los hijos en el proceso de ruptura de sus padres supone una serie de repercusiones importantes donde debe verse protegido el interés del menor en todos los derechos que le correspondan.

¹ La Organización de las Naciones Unidas (ONU) se creó para mantener la paz y seguridad

1.3. Metodología

El procedimiento desarrollado para la realización de este trabajo y alcanzar los objetivos fijados es el de investigación documental recopilando la información necesaria para realizar el análisis del objeto de estudio.

La investigación se encuadra dentro del tipo descriptivo mediante la técnica de revisión bibliográfica y documental, obteniendo esta información de diversas fuentes tales como revistas y artículos jurídicos, libros y otros trabajos académicos. Principalmente, se ha utilizado el material bibliográfico y artículos académicos facilitados por la tutora que han servido de base para continuar profundizando en el tema elegido y en la búsqueda de distintos autores relevantes para contrastar sus opiniones y poder conformar el trabajo.

Se ha recopilado jurisprudencia accediendo a publicación de las resoluciones de los Tribunales españoles que se realiza a través del Centro de Documentación del Poder Judicial (CENDOJ), órgano técnico del Consejo que se ocupa de la publicación oficial de la jurisprudencia y bases de datos oficiales entre ellas Aranzadi, Thomson Reuters y Dialnet, que nos han proporcionado información actualizada. Se ha realizado un estudio sobre la diferente normativa aplicable, tanto a nivel internacional como nacional efectuando una exploración de fuentes secundarias para el posterior análisis y utilización de su contenido.

1.4. Estructura

El cuerpo del trabajo se divide en cinco capítulos, el sexto capítulo contiene referencias bibliográficas. En el primer capítulo *Introducción*, se detallan los objetivos del presente proyecto de investigación, la justificación del tema que se trata con el detalle de la metodología utilizada y se añade un punto en el que se trata del sistema de protección de los derechos del menor que creemos interesante añadir para contextualizar el tema que vamos a tratar.

El segundo capítulo, *Panorama normativo del menor y sus derechos*, en él se detalla el concepto de menor introduciéndonos en el detalle de los derechos del menor regulados a

nivel internacional como nacional con un enfoque basado en los derechos y la primacía del interés del menor.

En el tercer capítulo, *El menor en las rupturas matrimoniales*, abordamos al menor en los distintos procesos de resolución de matrimonios, los procedimientos que pueden adoptarse, de mutuo acuerdo o contenciosos y el papel del juez y Ministerio Fiscal en ellos.

En el cuarto capítulo, *La protección del menor y sus derechos en las rupturas matrimoniales conflictivas* hacemos un recorrido en los derechos que tiene el menor y cómo se plantean durante el proceso de la ruptura matrimonial conflictiva. Dedicamos unos apartados a tratar concretamente su derecho a ser oído y a participar en la toma de decisiones, estrechamente vinculado con el principio fundamental de que el interés del niño ha de ser entendido como superior; las medidas provisionales y preventivas que pueden adoptarse; el derecho a mantener su identidad y relaciones familiares y veremos cómo afecta el proceso a la salud del menor.

Finalmente, el capítulo, *Conclusiones*, ofrecerá una visión sintética de los principales puntos tratados y se expondrá qué se ha alcanzado tras la investigación efectuada.

El capítulo sexto contiene las referencias bibliográficas utilizadas ordenadas alfabéticamente

1.5. La protección de los derechos del menor.

La protección de los derechos del menor ha evolucionado en la historia de la humanidad, desde las sociedades antiguas en las que no se reconocía a la infancia derecho alguno llegando a nuestros días en los que cada vez más su defensa y protección se ha convertido en un objetivo esencial de las políticas del bienestar, con el fin de favorecer el desarrollo integral del menor y garantizar el nivel de vida adecuado a sus necesidades².

En materia de protección de menores la estructura de la familia y su función en la vida social es fundamental pero hay ocasiones en las que, si no es posible que ésta dispense la correcta asistencia al menor, se necesita de un adecuado sistema público que, a través de políticas de protección de la familia ofrezcan protección de los derechos del menor

² VIDAL CASERO, MARÍA DEL CARMEN, *La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud*, visto el 28 de mayo en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/279733.pdf>. pp. 219

tanto en el ámbito privado como público³. Corresponde a las Administraciones Públicas, en representación de toda la sociedad, adoptar y arbitrar todas las medidas y mecanismos protectores necesarios para prevenir aquellos riesgos que afectan a toda la población infantil.

- En el plano de la legislación estatal, la protección de menores se enmarca en diferentes preceptos, que veremos en los apartados posteriores, recogidos fundamentalmente en el Código Civil (CC). En el articulado de la Carta Magna subyacen los preceptos relativos a la protección y derechos del menor, entre ellos, el art. 39 de la Constitución Española (CE)⁴ prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, y de las madres, independientemente de su estado civil, garantizándose de forma general la protección social, económica y jurídica de la familia.

Este precepto establece una norma de carácter tuitivo de la que deriva una obligación para los poderes públicos de dispensar la protección que precisen los menores de edad cuando sea necesario, señalándose que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad.

- En el plano de las legislaciones autonómicas se entiende por protección del menor, *el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de servicios sociales que la Administración de la Comunidad Autónoma, en su condición de entidad pública, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, así como prevenir y remediar cuantas situaciones de indefensión detecte, atendiendo en todo momento al interés primordial del menor y procurando su integración familiar y social*⁵.

A continuación, revisaremos la legislación sobre la protección de los menores y, fundamentalmente, los derechos de los menores en las situaciones de crisis matrimoniales que van a centrar el presente trabajo.

³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN. *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2017. pp. 71-79.

⁴ Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁵ VIDAL CASERO, MARÍA DEL CARMEN, *La evolución legislativa de la protección del menor...op. cit.* p. 225

2. PANORAMA NORMATIVO DEL MENOR Y SUS DERECHOS

La menor edad es una cuestión jurídica sujeta a variaciones dependiendo del momento histórico y de la sociedad⁶. En nuestro ordenamiento jurídico se utiliza la expresión *menor* e igualmente, como sujeto protegido, en la comunidad internacional se ha regulado un cuerpo legal con derechos específicamente enunciados para la infancia utilizando usualmente el término *niño*, siendo ambos conceptos o términos jurídicos equivalentes, aludiendo a todas las personas físicas que no alcanzan los dieciocho años de edad, y que serán usados indistintamente en el presente trabajo.

2.1. Introducción. Aproximación al concepto de menor y sus sistemas de protección.

En el ser humano, la etapa de la niñez (en sentido amplio pues incluimos la infancia y la adolescencia) es de larga duración y dilatado periodo de aprendizaje, comparándola con otras especies. Ésta es una de las causas que configuran la familia como institución social básica y, siendo que actualmente el menor goza de una especial protección jurídica adaptada a su edad y grado de madurez, ha de garantizarse que el menor en la familia busque su *interés superior* y que éste sea el que contribuya directamente a su aprendizaje y maduración.

Desde el punto de vista formal del Derecho español⁷ cabe definir la menoría de edad como *el estado civil en que se encuentra el ser humano desde que nace hasta que cumple los 18 años (siempre que no sea emancipado)*. El estado civil determina el régimen legal de protección aplicable a los menores de edad, al residir en el menor el fundamento único y exclusivo de inmadurez en el orden físico, psicológico y social que le impide valerse por sí mismo. En función del estado civil que ostente el individuo le serán de aplicación unas normativas u otras, a la menor edad le es aplicable el régimen jurídico homogéneo de tutela y garantía de los estados civiles.

⁶ Independientemente del grado de madurez del sujeto, el art. 12 CE “*Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*”, así, *sensu contrario*, el menor se sitúa por debajo de dicha edad

⁷ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2016). *La persona menor de edad. Aproximación histórica y conceptual. El concepto de menor*. Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia. Martínez García, C (coord.). Madrid. Aranzadi. p. 74

El régimen jurídico aplicable a los menores constituye un auténtico sistema jurídico de protección, conformado por normas y principios, siendo sus rasgos básicos o caracteres la sujeción del menor a la protección y la limitación de su capacidad de obrar. En la definición propuesta, la afección a la protección de las instituciones y la limitación de la capacidad de obrar en los menores emancipados, al disponer ellos de otro estado civil, es moderada por su situación intermedia entre la menor y mayor edad⁸.

El sistema de protección de menores⁹, integra un conjunto de medidas y actuaciones cuyo propósito es prevenir y garantizar las situaciones de desprotección social en las que se puede encontrar cualquier menor de edad. Se consideran medidas de protección de menores aquellas actuaciones encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de riesgo y desamparo y a garantizar el desarrollo integral del menor. En España actualmente se refieren dos modelos o sistemas de protección de los menores¹⁰;

- El *modelo institucional*, formado por el conjunto de instituciones relacionadas entre sí, en las que atendiendo a criterios y previstas todas las situaciones en que se encuentra el menor, se establecen tres niveles: protección prestada por los padres (*patria potestad* o autoridad parental), protección prestada por el tutor (normalmente familiar o allegado a la familia del menor) y protección, subsidiaria y complementaria, prestada por el *defensor judicial*, lo decisivo de este modelo es la perspectiva institucional, el menor es considerado un individuo bajo la protección de las instituciones de protección legal.

- El *modelo funcional*, parte de la situación real del menor en cada caso; en caso de no cumplir su función protectora las instituciones del modelo anterior, el modelo institucional es desplazado por el modelo funcional con los mecanismos asistenciales y de protección previstos.

⁸ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2016). *La persona menor de edad. Aproximación histórica y conceptual. El concepto de menor. ...op.cit.* pp. 80-84. Madrid. Ed Aranzadi.

⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015

¹⁰ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2015). *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Dykinson. Madrid. pp.235-236.

El *interés superior del menor* ha de prevalecer en el ejercicio de estas funciones de protección¹¹.

Los menores de edad, por su condición de personas en formación y destinatarios de posibles conductas de abuso de diferente índole, son objeto de una protección jurídica especial y reforzada, cuyo punto de partida son los Convenios internacionales. La legislación española y la de la mayor parte de los Estados, contiene textos normativos específicos para proteger al menor y preceptos en textos generalistas con idéntica finalidad que vemos a continuación.

A. Protección constitucional y Tratados internacionales

Con la aprobación de la Constitución española de 1978¹², las sucesivas modificaciones del Código Civil y con la adhesión de España en el año 1989 al Convenio de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño¹³, ha tenido lugar una proliferación de normas en el ámbito estatal y autonómico en torno a la protección de los menores.

En el marco de Protección jurídica del menor, el hito decisivo fue la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁴ (LOPJM), la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley son las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección¹⁵.

El menor queda amparado en el articulado del Código Civil, como veremos en el siguiente punto y, tanto por la remisión del art. 39.4 CE¹⁶ en el que se señala la protección por los acuerdos internacionales, por el art. 10.2 CE¹⁷ donde se menciona que se incluye los documentos internacionales que sobre menores suscriba España como, con carácter general, por los acuerdos internacionales referidos a la infancia

¹¹ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2016). *La persona menor de edad. Aproximación histórica y conceptual. El concepto de menor*. Tratado del Menor. La protección jurídica...op.cit. Madrid. Aranzadi. pp. 80-84.

¹² BOE núm. 311, de 29 de dic...op.cit de 1978

¹³ Convenio de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

¹⁴ 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

¹⁵ En el preámbulo de la ley, "(...) esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos (...)".

¹⁶ Art. 39.4 CE "4. Los niños gozarán (...)".

¹⁷ Art. 10.2 CE "2. Las normas relativas a los derechos fundamentales(...)".

ratificados por España, de los que destacamos la Declaración de Derechos del Niño de 1959¹⁸, y la Convención Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁹.

En virtud del mandato constitucional, ambos textos son parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE²⁰ y por tanto, se pueden invocar en orden a exigir su aplicación por las autoridades administrativas y judiciales, así la redacción del art. 39.4 CE reitera la importancia a nivel estatal e internacional de la protección a la infancia²¹. Conforme lo expresado nótese que los menores gozan de los derechos que les reconozcan los documentos internacionales no porque lo señale el art. 39.4 de la Constitución, sino por lo referido en el art. 10 y por el art. 96 ambos del texto constitucional.

B. Derechos del menor

- En nuestra Constitución se proclama una extensa tabla de derechos y libertades aplicables con carácter general a todos los ciudadanos, pero en ellos las referencias a los derechos de la infancia en particular son escasas, en el art. 39 CE se dispone la protección de la familia y de la infancia.

El menor de edad se considera titular de todos los derechos del Título I²², de los derechos en los que se utiliza el término *todos, toda persona, los españoles, los ciudadanos*, etc. en cuanto que el menor es persona y a salvo de los derechos que por su naturaleza excluyan tal posibilidad por estar establecido un titular distinto y concreto²³.

¹⁸ Aprobada por la ONU en 1959. Visto el 14 de abril en <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>

¹⁹ Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

²⁰ Art. 96.1 CE “*1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno(...).*”

²¹ ÁLVAREZ VELEZ, M^a ISABEL (2016). *Sistema normativo español sobre protección de menores. Los derechos de los menores en la Constitución española de 1978*. Tratado del Menor. La protección jurídica... Martínez García, C (coord.) Madrid. Ed Aranzadi. pp. 123-138.

²² CE -Título I. “De los derechos y deberes fundamentales”. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

²³ PÉREZ TREMP, PABLO (1991). *Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales*. López Guerra y otros. Tirant lo Blanch. Valencia, p.128.

En el texto constitucional la protección de la juventud y la infancia actúa como límite²⁴ al ejercicio del derecho al honor, el derecho a la intimidad y a la propia imagen. La integridad de estos derechos es susceptible de sufrir excesos que han de responder a la necesidad de salvar algún interés constitucionalmente legítimo y será el Tribunal Constitucional quien establezca los límites en los casos en que se plantean derechos en conflicto. En la Constitución se dota a los menores de una defensa ya que en ocasiones se ven limitados por otras libertades como podrían ser la libertad de expresión, libertad ideológica y religiosa, etc. El TC refuerza este régimen de protección, traemos a colación la sentencia del Tribunal Constitucional²⁵ en la que el padre había visto como se restringía su régimen de visitas a sus hijos menores por cuestión de sus creencias y, como afirmaba el padre *“su conducta en todo caso resultaba amparada por el ejercicio de la libertad religiosa garantizada en el art. 16 CE. A su juicio, la causa de la ruptura matrimonial estaba en el desafecto entre ambos cónyuges y el deterioro de sus relaciones”*.

- El Código Civil español contiene normas que facultan y obligan por la mera existencia del vínculo de la filiación (De las relaciones paterno-filiales. Libro I: Título VII).

Se dispone, el derecho a ser inscritos en el Registro Civil, al derecho de tener un nombre (art. 109 CC), derecho de alimentos (art. 110 CC), patria potestad (art. 154 CC). El derecho recoge esta relación y la regula, creando una relación jurídica entre padres e hijos. La legislación ha tenido que ir adaptándose a las nuevas realidades familiares y ha tenido que regular las relaciones entre los hijos de padres y madres separados así en el artículo 94 del CC da la posibilidad al progenitor que no disponga de la custodia, en casos de ruptura matrimonial conflictiva, de que pueda visitarlos, comunicarse y tenerlos en su compañía siendo el Juez quien determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho.

- La Ley Orgánica 1/1996 (LOPJM)²⁶ con el objeto de completar y efectuar una regulación exhaustiva al respecto del menor, enumera los derechos del menor (según

²⁴ Art. 20 CE *“4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título(...) especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”*

²⁵ Véase la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000\141)

²⁶ 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

RUIZ JIMENEZ²⁷ se olvidaron de mencionar algunos derechos de gran importancia como son el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la educación, considera que no se sabe si el legislador ha querido destacar los que creía más importantes o aquellos que debían especificar algo) y establece que los menores gozarán de todos los derechos que les reconoce la Constitución y todos aquellos que se garantizan en el resto del ordenamiento jurídico. La tabla de derechos que recoge la LOPJM comienza proclamando para los menores los mismos derechos que reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales al resto de ciudadanos, en los artículos 3 al 9 LOPJM, se relacionan los Derechos del menor:

Art. 3 de la LOPJM, en referencia a los Instrumentos Internacionales, “...*los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte...*”;

Art. 4 “*Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*”;

Art. 5 “*Derecho a la información*”;

Art. 6 “*Derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión*”;

Art. 7 “*Derecho de participación, asociación y reunión.*”;

Art. 8 “*Derecho a la libertad de expresión.*”;

Art.9 “*Derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad (...) tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado*”.

La persona humana es un ser racional en constante evolución, al nacer necesita de atenciones y cuidados para su desarrollo y esta situación perdura hasta que puede valerse por sí misma, presentándose en cada periodo de la vida unas necesidades que conforman su capacidad progresiva y la realización de su autonomía en el ejercicio efectivo de sus derechos y obligaciones.

En el plano jurídico se requiere que las decisiones que tome el menor sean con un grado de madurez suficiente para su eficacia jurídica. Las diferentes reformas legislativas van homogeneizando las posibilidades que tiene el menor de edad en los diferentes ámbitos de su vida pues el ordenamiento jurídico determina la capacidad de

²⁷ RUIZ JIMÉNEZ, JUANA (2017). *Protección jurídica del menor. La capacidad del menor*. Tirant Lo Blanch, pp. 44-46.

obrar según la edad del individuo que nos permite definir situaciones jurídicas generales en función de su edad. Señala el art. 322CC “*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*”.

La capacidad de obrar es la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos de los que se es titular. Toda persona, por el hecho del nacimiento tiene capacidad jurídica, pero no tiene capacidad de obrar, la cual dependerá de la situación personal de cada uno²⁸. Dependerá la edad del individuo o el grado de madurez para que pueda disponer de los derechos plenamente.

Respecto al ejercicio de sus derechos, SANTOS MORÓN²⁹ expresa que cuanto más graves sean las consecuencias que pueden resultar de un acto de ejercicio de derechos de la personalidad, mayor grado de discernimiento y madurez debe exigírsele para adoptar una decisión válida. Pero una vez se concluye que el menor tiene suficiente capacidad natural,³⁰ piensa que ya no cabe que con posterioridad se pueda negar eficacia a su decisión.

En el régimen de la capacidad de obrar del menor de edad, la caracterización³¹:

- *General de la capacidad de obrar del menor* se modificó con la Ley 26/2015³², en los arts. 162.2.1ºCC (que constituye la regla general, en caso de que no haya regla especial que lo regule, de los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad del menor disponiendo el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor maduro); art. 1263.1ºCC (constituye la regla general para los actos patrimoniales, la posibilidad de que existan prohibiciones legales o requisitos especiales de capacidad en normas especiales).

- *Específica de la capacidad de obrar del menor* se efectúa una enumeración de actos jurídicos analizando la capacidad de obrar del menor respecto de los mismos, se

²⁸ Visto el 7 de junio en

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000011777/.../Capacidad-de-obrar>

²⁹ SANTOS MORÓN, M.J. (2011). *Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, p. 68.

³⁰ *que puede ser definida como la capacidad de entendimiento y juicio necesaria para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable*. SANTOS MORÓN, M.J. (2011.....op.cit. p 64.

³¹ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2015). *Manual de Derecho Civil. Parte general*, pp.236-246. Dykinson .Madrid

³² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015

recogen las normas de Derecho estatal pues las de las comunidades autónomas con competencia exclusiva en materia civil, sólo se aplicarán a título supletorio: actos relativos al estado civil (acogimiento familiar, adopción, emancipación, el beneficio de la mayor edad, reconocimiento de la filiación no matrimonial, matrimonio, nacionalidad, vecindad civil; actos relativos a la propia persona del menor (testamento, ejercicio de la patria potestad, ejercicio del derecho a relacionarse con familiares, contratar el propio trabajo, ser testigo en juicio, ejercicio de los derechos de la personalidad); actos patrimoniales (colaboración en la disposición de sus propios bienes, entre otros); actos del menor para su protección (solicitar medidas judiciales de protección, ser oído en aquello que le afecta, actos de conservación y protección de derechos patrimoniales); actos que, en todo caso están vedados al menor (comparecer en juicio y actuar en el proceso, ejercer oficios de Derecho privado, entre otros).

C. La primacía del interés del menor

El principio del interés superior del menor es recogido en la normativa internacional, en disposiciones europeas, nacionales y autonómicas relevantes en la protección y derechos de las personas menores de edad.

El interés del menor aparece actualmente como criterio rector del Derecho de Familia, en la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico español, en el art. 39³³ y diversos preceptos del Código Civil, acordes con el texto constitucional, lo mencionan (cfr. arts. 87, párr. 1º, 103.1ª, arts. 92, párr. 2º, 156, párr. 5º, 159, 161, 170, párr. 2º, 172.4, 173 bis 2º, 176.1 y 216, entre otros)³⁴. En el orden penal la Ley Orgánica 5/2000³⁵, declara como interés prioritario para la sociedad y para el Estado el interés del menor. El principio constitucionalmente declarado del interés del menor también encuentra amplia acogida en normas de orden autonómico que desde muy diversos

³³ Art. 39.4 CE “4. *Los niños gozarán...cit.* Establece el deber de protección a la infancia de acuerdo con los Tratados Internacionales que velan por sus derechos.

³⁴ Visto el 30 de mayo en https://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml#_Toc124768915

³⁵ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

aspectos incorporan menciones al beneficio del menor (véase la Ley 26/2018³⁶, citando en su preámbulo que la ley se centra en la protección de los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes que viven en el territorio valenciano).

En la LOPJM 1/1996, de 15 de enero, el art. 2º señala que se tendrá siempre en cuenta el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (modificado por la Ley Orgánica 8/2015³⁷, en el art. 2.1³⁸ donde, según SÁNCHEZ HERNÁNDEZ³⁹, se incorpora la jurisprudencia del TS de los últimos años y los criterios de la Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013⁴⁰, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño).

En textos internacionales, en la Declaración de los Derechos del Niño⁴¹ (principios 2 y 7.2º); la Convención de los Derechos del Niño⁴², arts. 9.1 y 3⁴³ y arts. 18, 20.1, 21 a), 37 c), 40.2b); o la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño⁴⁴, apdo. 8.13 y 8.14.

En el ámbito supranacional existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵.

En particular, la manifestación del interés del menor dentro de los procesos matrimoniales es una de las situaciones en que la aplicación del interés superior de los

³⁶ Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia. DOGV núm. 8450, de 24 de diciembre de 2018. BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019

³⁷ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889.

³⁸ Ley Orgánica 8/2015, art. 2.1 “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan (...).”

³⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN (2017). *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Tirant Lo Blanch. pp 87-91.

⁴⁰ Visto el 26 de mayo en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

⁴¹ Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959

⁴² adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990

⁴³ Proclama en su art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas (...).”

⁴⁴ Carta Europea de los Derechos del Niño. DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

⁴⁵ STJUE de 1 de julio 2010. Asunto C211/10 PPU. La Ley 141427/2010.

“...uno de los derechos fundamentales del menor es el de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre(...), *Detiček*, C403/09 PPU, Rec. p. I0000, apartado 54). Pues bien, debe señalarse que el traslado ilícito de un menor, como consecuencia de una decisión adoptada unilateralmente por uno de sus progenitores, priva a menudo a dicho menor de la posibilidad de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con el otro progenitor (sentencia *Detiček*, antes citada, apartado 56)”. (TJCE 2010\246)

menores reviste mayor dificultad; en los procesos familiares cobran especial relevancia y son objeto de una protección singular las cuestiones que afecten o puedan afectar a los menores de edad.

La existencia en el ordenamiento jurídico de figuras como la patria potestad, la guardia y custodia, la necesidad de autorización judicial para determinadas actuaciones o la necesaria intervención de la Fiscalía en procesos que afecten a menores junto con la existencia de instituciones encargadas de velar por el bienestar del menor y conformado nuestro sistema jurídico por los jueces y tribunales garantes de que el interés superior del menor se interprete y aplique correctamente, configuran este principio jurídico⁴⁶.

La aplicación de la ponderación por el Tribunal Constitucional en orden a primar el interés superior del menor a los intereses del progenitor, la encontramos en la STC de 1 de febrero de 2016⁴⁷.

Veamos distintas consideraciones de autores, según la profesora CALAZA LÓPEZ, el interés superior del menor constituye un principio general a aplicar, en primer lugar, por el Legislador, en la redacción de las normas materiales y en la paralela construcción de los procesos judiciales, en que se vea comprometida, directa o indirectamente, la seguridad, el libre desarrollo de la personalidad, el equilibrio, la educación, la integración familiar y, en general, la estabilidad de los menores. En segundo lugar, por los Jueces, en la libre interpretación de las normas materiales y procesales, que regulan la variedad y pluralidad de conflictos, desavenencias, confrontaciones o, acaso, mutación de situaciones jurídicas en que puedan encontrarse estos menores a lo largo de su infancia. Este principio general no se encuentra determinado precisamente porque corresponderá a los profesionales del Derecho establecer, caso por caso, qué es lo más adecuado para cada menor, resultando evidente que la multitud de variables a interpretar

⁴⁶ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^o ISABEL (2016). *Sistema normativo español sobre protección de menores*. Tratado del Menor. La protección jurídica ...*cit.* Martínez García, C (coord.) Madrid. Aranzadi. pp. 135-136.

⁴⁷STC de 1 de febrero de 2016 en la que por primera vez el TC dictamina que el interés del menor está por encima de la pugna por la custodia, amparando a una madre que se negó a restituir a su hija al padre, residente en Suiza, imputado por maltrato, por no haberse ponderado adecuadamente el interés superior del menor. (RTC 2016\16)

en cada supuesto, podrían, incluso, justificar que lo más adecuado para un determinado niño resultaría, sin embargo, lo más perjudicial para otro.⁴⁸

FLORIT FERNÁNDEZ⁴⁹, considera que el interés superior del menor ya no es un principio que deba respetarse, sino que es un derecho. Porque el actual art. 2.1 de la LOPJM señala: «*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan (...)*».

Para MARTÍNEZ CALVO, la determinación del interés superior del menor es una de las tareas más complicadas que debe llevar a cabo el juez a la hora de adoptar cualquier decisión en la que se vea implicado un menor de edad pues considera que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado para cuya concreción resultará necesario que el juez valore las diversas circunstancias que concurren en cada supuesto con el inconveniente de la enorme discrecionalidad que se concede al juez, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad. Así señala, que este inconveniente puede paliarse a través del establecimiento de una lista de criterios en los que pueda apoyarse el juez a la hora de concretar el interés superior del menor⁵⁰.

Como indica HUETE NOGUERAS⁵¹, se requiere abordar el principio del interés superior del menor desde distintas perspectivas:

- Desde la perspectiva personal, se han de tener en cuenta sus aspiraciones, deseos y expectativas, de ahí la importancia de su audiencia en los procedimientos judiciales de familia que han de ser valoradas en función de su edad, madurez y contexto en que se expresan cuidando la necesidad de detectar posibles manipulaciones.

⁴⁸ CALAZA LOPEZ, SONIA (2015). *Situación de los menores en juicio*. Revista LA LEY Derecho de familia no 7. Wolters Kluwer. p. 8.

⁴⁹ FLORIT FERNÁNDEZ, CARMEN (2017). *Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio*. Revista Actualidad Civil nº 11. Wolters Kluwer, p. 4.

⁵⁰ MARTÍNEZ CALVO, JAVIER (2015). *La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 200 y ss.

⁵¹ HUETE NOGUERAS, J.JAVIER (2017). *El nuevo régimen jurídico del menor. Capítulo 3*. Aranzadi. pp .90-92

- La perspectiva en el ámbito familiar, para relacionar el interés superior con su mantenimiento en la familia de origen, la unidad de hermanos y el contacto con la familia extensa., mantener la relación con los dos progenitores.
- La perspectiva social, es relevante al hacer referencia a su integración social respetándose sus derechos fundamentales (a la salud, a la educación, a la libertad de pensamiento y expresión, al honor, intimidad y propia imagen) fomentando la tolerancia y solidaridad con prevención de las situaciones de la sociedad actual que puedan representar mayores peligros (droga, violencia juvenil...).
- Institucionalmente, el interés del menor ha de conseguir que la toma de decisiones respecto a él se realice con objetividad, imparcialidad, seguridad jurídica sin generarle costes psicológicos y de forma confidencial, en un entorno adecuado y utilizando las técnicas apropiadas.
- Desde una perspectiva multidisciplinar se ha de evitar la presencia en esa toma de decisiones de personas y organizaciones no profesionalizadas, con ánimo de lucro o pretendiendo la defensa del interés del menor para sus propios fines.

El interés del menor no puede limitarse a la minoría de edad pues no se trata de una parte independiente de su vida por lo que debe contemplarse el desarrollo completo de la persona hasta que alcanza la edad adulta con las decisiones socioeducativas y circunstancias que se le presenten y, según las capacidades individuales con las que cuente cada menor.

2.2. Pluralidad normativa

A. Estatal

Las normas generales a nivel estatal que configuran la legislación de menores⁵² al respecto de la protección y derechos del menor, entre otros, son norma habitual en la legislación española y se regulan en:

- La Constitución española, como norma fundante del Estado y el ordenamiento jurídico, donde la protección del menor es norma habitual en la legislación española.
- La regulación de la menor edad se encuentra principalmente en el Código Civil. El régimen legal de la capacidad de obrar se encuentra disperso en un gran número de

⁵² BOE-286. Legislación de Menores

artículos y las instituciones protectoras del menor en los dos sistemas de protección del menor (citados anteriormente) a saber, modelo institucional y modelo funcional, están reguladas específicamente: la patria potestad, en los arts. 154 a 171CC; la tutela ordinaria, arts. 215, 222 a 285, en especial 259 a 277CC; y el modelo funcional, arts. 172 a 174 o incluyendo la adopción hasta el art. 180CC.

-Como principios rectores de la normativa aplicable al menor⁵³, la LOPJM (modificado por la Ley Orgánica 8/2015) en el art. 2.2 “*A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor...*” establece unos criterios generales⁵⁴; en el art. 2.3 pondera esos criterios teniendo en cuenta unos elementos generales⁵⁵; en el art. 2.4 señala que en el ejercicio de los derechos fundamentales, los conflictos que puedan surgir han de resolverse caso a caso en función de las circunstancias particulares del mismo, siempre que no supongan la limitación de los derechos fundamentales de otros (salvo el derecho de expresión, señalado anteriormente) y, en el caso de que el conflicto afecte a menores, el criterio utilizado ha de ser el interés superior del menor.

Como señala el preámbulo de la Ley 26/2015⁵⁶, la Ley Orgánica 1/1996⁵⁷, LOPJM, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituye, junto a las previsiones del Código Civil en esta materia, el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Esta ley ha sido el referente de las legislaciones que las Comunidades Autónomas han ido aprobando posteriormente, de acuerdo con sus competencias en esta materia y tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Además, y de modo recíproco, esta ley ha incorporado algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas desde hace algunos años.

⁵³ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^o ISABEL (2016). *Sistema normativo español sobre protección n de menores*. Tratado del Menor. La protección jurídica...*op.cit.*. Aranzadi. Madrid. pp. 136-138

⁵⁴ a) *La protección del derecho a la vida(...)*

⁵⁵ a) *La edad y madurez del menor.* b) *La necesidad de garantizar su igualdad (...)*

⁵⁶ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015

⁵⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ...*op.cit.*

-La Ley Orgánica 1/1982⁵⁸ (y sus posteriores modificaciones) de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 3.1º.

B. Autonómica

En el estudio de las fuentes relativas al menor en España, la legislación autonómica ocupa un lugar preeminente.

Las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos de Autonomía la temática de la atención y protección a la infancia y la adolescencia desde perspectivas dispares, que responden, a su vez, a títulos competenciales de igual modo diversos. El art. 148.1.20ª CE (relativo a la “asistencia social”) prevé que las Comunidades Autónomas puedan asumir diversas competencias y éstas, en base a sus Estatutos de Autonomía disponen de competencias para legislar sobre la protección de menores concretamente y otros temas de familia. En general todas las Comunidades han regulado esa materia amparándose en ese artículo pero no tantas lo han regulado con carácter particular, tan solo un grupo de ellas lo ha hecho en virtud de las competencias asumidas específicamente en materia de protección de menores que se caracteriza por incorporar una mención expresa al área de la protección a la infancia y la adolescencia⁵⁹.

Las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas, han asumido en sus Estatutos de Autonomía diversas competencias sobre las que se ha dictado la legislación autonómica actualmente vigente en materia de protección del menor y asistencia social. Pionera en esta materia fue la Comunidad Autónoma de Cataluña que aprobó la Ley 11/1985⁶⁰, de Protección de Menores, hoy derogada.

⁵⁸ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982. Art.3.Uno. *El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*

⁵⁹ RATVELLAT BALLESTÉ, ISAAC. Visto el 25 de mayo en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5093727.pdf>

⁶⁰ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. BOE núm. 80, de 03 de abril de 1985

La Ley 7/1985⁶¹, otorga a los Municipios competencias en materia asistencial existiendo en el ámbito local una importante red de asistencia social que incluye programas relativos a los menores.

Las normas autonómicas refieren en sus artículos a la Convención del Niño y a la LOPJM desarrollando los procedimientos ante las administraciones públicas pero limitándose a reproducir el contenido de la LOPJM con mención expresa al principio de interés del menor.

Actualmente, las competencias sobre atención al menor están atribuidas a los servicios sociales comunitarios, quienes desarrollan la legislación específica, los planes administrativos de actuación y, además, tienen encomendadas por las normas estatales de Derecho Civil, la guarda y tutela de los niños en situación de desamparo.

Todas las Comunidades Autónomas han establecido un órgano gestor para los asuntos relacionados con los servicios sociales de atención a la infancia, integrando en su legislación un contenido más amplio, con medidas de diverso tipo, sanitarias, educativas, de servicios sociales, de integración social, laboral, etc., tanto preventivas, como rehabilitadoras y de intervención social con los niños, adolescentes y sus familias.

C. Particularidades forales

Los derechos civiles autonómicos son derechos civiles propios en la respectiva Comunidad Autónoma que, bajo el amparo del art.149.1.8 CE⁶² tienen competencia legislativa para modificar y desarrollar sus derechos civiles forales de origen. Las Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio se rigen por el Código Civil común.

En concordancia con la existencia de un derecho civil foral o especial en sus territorios, diversas Comunidades Autónomas del estado proceden a regular las cuestiones

⁶¹ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. BOE núm. 80, de 03 de abril de 1985.

⁶² Art. 149 CE “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

relacionadas con la adopción. La citada regulación puede encontrarse bien en leyes específicas de protección a la infancia, bien en las leyes "generales" de derecho civil propio. Algunas Comunidades Autónomas con derecho civil propio regularon la custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de sus padres con su propia ley autonómica.

- En el País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia⁶³ modificada por la Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

- En la Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 18/2010⁶⁴, de 8 de noviembre, por la que se modifica la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, también ha aprobado la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que entró en vigor el 28 de junio de 2011.

- En Aragón, Ley 5/2016⁶⁵, de 2 de junio, de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón..

- En Cataluña, Ley 14/2010⁶⁶, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

- En la Comunidad Valenciana, Ley 26/2018⁶⁷, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.

- En Illes Balears, Ley 9/2019⁶⁸, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.

⁶³ Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. modificada por BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2010

⁶⁴ Ley Foral 18/2010, de 8 de noviembre, por la que se modifica la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre

⁶⁵ Ley 5/2016, de 2 de junio, de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón y 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁶⁶ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

⁶⁷ Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia. DOGV núm. 8450, de 24 de diciembre de 2018.

- Galicia, Ley 3/2011⁶⁹, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

- Extremadura, es un Derecho foral que se aplica únicamente a zonas de la Comunidad extremeña⁷⁰.

⁶⁸ Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.

⁶⁹ Ley 3/2011 de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

⁷⁰ CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a REYES; RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2015). Manual de Derecho Civil. Parte general. Estudio sumario de los derechos civiles autonómicos. Dykinson. Madrid. pp.150-158

3. EL MENOR EN LAS RUPTURAS MATRIMONIALES

La ruptura de una pareja provoca un conflicto familiar, personal y a veces económico pero todo esto se ve agravado cuando la pareja tiene hijos y estos son menores de edad.

Si la ruptura es en una pareja sin hijos en común se disolverá su vínculo matrimonial, si existe, se liquidarán sus posibles relaciones patrimoniales y económicas, viéndose finalmente esta pareja desligada totalmente de su vida en común.

No es tan sencillo si de la unión de estas personas, en sus relaciones familiares, existen hijos con los que mantendrán para toda la vida un vínculo indisoluble: la filiación de los hijos en común. En esta situación de pareja con hijos menores, sus relaciones familiares no podrán disolverse de igual forma, tendrán que reorganizarse y adaptarlas a la nueva situación de la familia, buscando el interés superior del menor junto con los derechos y obligaciones de cada uno de los progenitores con sus hijos.

Cualquier ruptura conlleva una situación de cambios en el entorno afectivo y material que afectarán en mayor o menor medida a los hijos menores, dependiendo de si ésta ruptura es o no amistosa; si es conflictiva implicará problemas jurídicos, sociales, económicos que podrán afectar al desarrollo psicológico y afectivo de los hijos menores de edad⁷¹.

3.1. Introducción. Aproximación al número de rupturas matrimoniales.

Una crisis o ruptura matrimonial se manifiesta en una separación, de hecho o judicial, divorcio o una declaración de nulidad del matrimonio. Denominamos a estas crisis matrimoniales como conflictivas cuando existen disputas sin resolver y una o ambas partes llevan la situación de una forma problemática que incide directamente sobre los propios hijos y, en esa situación, los hijos menores de edad serán particularmente vulnerables.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)⁷², en el año 2017 la tendencia en

⁷¹ GARCÍA GARNICA, M^a DEL CARMEN (2009). *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*. Aranzadi. Madrid. pp.19-22.

⁷² INE. Notas de prensa publicado el 24 de septiembre de 2019. Visto el 11 de abril de 2019 en http://www.inees/prensa/ensd_2017.pdf

el número de rupturas matrimoniales respecto a la última década ha sido descendente y la duración media de los matrimonios hasta la fecha de la resolución fue de 16,6 años, cifra ligeramente superior a la de 2016. El año 2017 los divorcios, separaciones y nulidades matrimoniales subieron un 1% interanual, según el Instituto Nacional de Estadística que contabilizó 102.342 casos en total.

La estadística realizada por el INE y publicada el 24 de septiembre de 2018, nos da la cifra de nulidades, separaciones y divorcios que se produjeron en el año 2017, un total de 102.341 de procesos realizados en España (el número de divorcios aumentó un 1,2% respecto al año anterior, mientras el de separaciones disminuyó un 1,7% y el de nulidades un 14,5%).

Por tipo de proceso, se produjeron 97.960 divorcios, 4.280 separaciones y 100 nulidades.

Por tipo de resolución, 65.799 casos se resolvieron por sentencia y 36.542 por decreto o escritura pública.

El 46,0% tenían solo hijos menores de edad, el 5,4% solo hijos mayores de edad que también eran dependientes económicamente y el 5,3% hijos menores de edad y mayores dependientes económicamente. El 26,3% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente económicamente).

La custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 65,0% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (66,2%). En el 4,4% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5,0% de 2016), en el 30,2% fue compartida (28,3% del año anterior) y en el 0,4% se otorgó a otras instituciones o familiares.

Estos son los datos que nos acercan a la realidad de la sociedad actual.

A. Características de los procedimientos de Divorcio, Separación y Nulidad

En nuestro ordenamiento hay reguladas⁷³ tres categorías de crisis matrimoniales que a través de la acción procesal serán puestas en conocimiento de los tribunales, finalizando el proceso con la resolución del juez, estas son:

- Separación, en esta situación los cónyuges no rompen el vínculo matrimonial pero a partir de la sentencia de separación han de cumplir las normas que atienden la nueva situación de la familia causada por la interrupción de la vida en común.
- Divorcio, es una de las formas de disolución del matrimonio donde se pone fin al vínculo matrimonial, a partir de la sentencia de divorcio el matrimonio deja de existir.
- Nulidad matrimonial, siempre que concurra alguna de las causas justas previstas en el Código Civil, a partir de la sentencia de nulidad se va a considerar que debido a la existencia de algún defecto esencial en el momento de la celebración, el matrimonio realmente nunca existió, aunque debe ser protegido por haber existido una apariencia de matrimonio desde su celebración.

Las causas y las motivaciones personales que subyacen detrás de cada uno de estos procesos son distintas pero en cualquiera de estas crisis se van a ver enfrentadas unas personas que deberán mantener sus relaciones en el futuro si comparten hijos en común. Cuando toman la decisión de cesar en la convivencia han de afrontar los problemas que se derivan de esta situación y las primeras cuestiones a resolver serán, entre otras, quien va a convivir con los hijos, si la custodia será compartida, cómo se elaboran las normas de convivencia, quien va a permanecer en el que era el domicilio familiar, a qué acuerdo económico respecto a los alimentos, educación de los hijos, etc. En caso de situación de conflicto, los hijos menores de edad participan de las disputas legales y familiares y si estas situaciones se alargan en el tiempo las consecuencias también se agravan, pudiendo aparecer otras problemáticas asociadas.

⁷³ Regulados en los art. 73 a 107 CC.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, incide también en ciertas situaciones englobadas en las llamadas "crisis del matrimonio", realizando modificaciones en los art. 82, art. 83, art. 87 CC cabe la posibilidad de la separación o divorcio de mutuo acuerdo ante Notario, siempre que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

El efecto que una ruptura matrimonial tiene sobre los hijos no debe ser entendido únicamente en el momento en que los padres toman la decisión de separarse o a cómo se les comunicó a los hijos y de qué forma se produjo el divorcio o de qué manera se está gestionando esta ruptura, sino debemos retrotraernos a tiempos anteriores y observar cómo afectaba la relación entre padres e hijos, si se han visto involucrados en el conflicto matrimonial y cómo se estaba gestando la estructura familiar desde el inicio del conflicto pues una ruptura matrimonial no suele ser un fenómeno repentino y aislado, más bien es un proceso que se prolonga en el tiempo, a veces incluso años⁷⁴.

Según OROZCO GONZÁLEZ⁷⁵, de entre los efectos de la disolución matrimonial, resulta muy controvertido aquel derivado del comportamiento de uno de los progenitores con el objetivo de influir en la opinión y trato con el otro, pudiendo llegar a causar una desafección con el afectado y con ello el consecuente conflicto.

B. El convenio regulador de mutuo acuerdo

Son dos los modos en que pueden adoptarse las medidas derivadas del cese de los progenitores: el acuerdo de los progenitores y, a falta de éste, la decisión judicial.

El mutuo acuerdo de los padres sin duda es el modo más ventajoso en que pueden establecerse las consecuencias que se derivan de la ruptura de la pareja y del cese de la convivencia de todos los miembros de la familia⁷⁶.

El convenio regulador es un negocio jurídico de Derecho de familia celebrado entre los cónyuges para poner fin a la convivencia matrimonial regulando a la vez los efectos comunes derivados de la ruptura matrimonial⁷⁷.

El artículo 90 CC determina el contenido mínimo de cualquier convenio regulador, que incluye:

- Respecto a los hijos, los regímenes de patria potestad, custodia, visitas y

⁷⁴ BEYEBACH, MARK (2009). *Custodia compartida y protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2009. José Jaime Tapia Parreño, Director. pp. 297-304.

⁷⁵ OROZCO GONZÁLEZ, MARGARITA (2018). *La «influencia negativa» del progenitor y custodia: reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente*. Revista LA LEY Derecho de familia no 18, abril-junio 2018, Jurisdicción Voluntaria de Familia. Wolters Kluwer. p. 2.

⁷⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, LAURA (Coordinadora) y varios autores (2002). *El menor en las situaciones de crisis familiar*. Los menores en el derecho español. Tecnos. Madrid. pp.220 y ss.

⁷⁷ CRUZ GALLARDO, BERNARDO (2012). *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. La Ley. Madrid. pp.113-117.

comunicaciones. Importante será también que se regule las visitas con los abuelos, este derecho debe reconocerse y regularse en el convenio.

- Respecto del patrimonio común, la distribución de cargas y, en su caso, la liquidación del régimen económico-matrimonial. La vivienda y el ajuar familiar es otro de los puntos de conflicto en la separación de cualquier pareja. Deberán tener en cuenta que si hay hijos en común, el uso de la vivienda será para estos y para el progenitor que se quede con la custodia, con independencia de que sea o no el dueño de la propiedad.
- Respecto de otros efectos económicos es importante destacar que este es el documento donde se regularán la pensión compensatoria y la pensión de alimentos, en su caso.

Cuando una pareja toma la decisión de cesar en su convivencia, si existen hijos menores habrá de tomar importantes decisiones con respecto a ellos: responsabilidad parental, acordar el régimen de visitas y estancia con los hijos, uso y ocupación de la vivienda familiar y estipulación sobre la contribución de cada progenitor a los alimentos de los hijos menores. Estas cuestiones se verán según el punto de vista de cada miembro de la pareja y en el beneficio o interés del menor. Será importante reconocer la diversidad de las personas, las circunstancias que les rodean, en todos los puntos de vista tanto de la pareja que ve truncada su relación como en los familiares y allegados, pero ante las decisiones que se tomen respecto a los hijos por encima de todo debe prevalecer el principio del interés superior de los menores de edad⁷⁸.

En caso de llegar a unos acuerdos que regulen la futura convivencia de los progenitores separados con el menor de edad, estos podrán ser formalizados legalmente o no:

-Si no se llega a formalizar el acuerdo, éste no tendrá eficacia frente a terceras personas, podrían ser otros familiares, ni podrán solicitar la ejecución para su cumplimiento ante la autoridad judicial aunque hay que resaltar que el convenio regulador suscrito y firmado por ambos progenitores es eficaz aunque no sea aprobado judicialmente; se otorga gran valor a la autonomía de la voluntad de los cónyuges siempre y cuando lo que se acuerde no sea contrario al interés del menor con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre

⁷⁸ SERRANO MOLINA, ALBERTO (2016). *Los menores en situaciones de crisis*. Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia. Martínez García, Clara (Coordinadora). Aranzadi. pp. 287-306.

los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores, siempre se ha de respetar el interés del menor.

Es válido y eficaz el convenio regulador suscrito por los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial, no aprobado judicialmente, en el que se pactan los alimentos del hijo siempre respetando el principio de interés del menor. La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia TS⁷⁹ entre otras otorga un gran valor a la autonomía de la voluntad de los cónyuges a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal “... los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez”, véase en este mismo sentido la sentencia TS⁸⁰.

-Si el acuerdo sobre la nueva situación familiar llega a formalizarse legalmente, es decir, la homologación judicial del convenio regulador quedando integrado en la sentencia, el juez establecerá las medidas oportunas en la separación de una pareja de hecho con hijos menores y si entre los progenitores no se llega a un acuerdo, igualmente será el juez quien establecerá quién tiene la custodia, o si esta es compartida, el régimen de visitas y la pensión alimenticia, además de otro tipo de gastos. La sentencia, auto o convenio regulador debe contener en todo caso las medidas relativas a los hijos menores, buscando siempre favorecer los intereses del menor, que podrán ser modificadas con posterioridad en caso de existir modificaciones sustanciales en la circunstancias, art. 90.3CC⁸¹ y también véase la sentencia TS⁸² donde señala que las medidas que hayan sido convenidas ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

Hasta que pueda quedar formalizado el acuerdo, los padres deben tener en cuenta el bienestar de sus hijos y tomar las medidas necesarias para garantizarlo. Cuando haya hijos en común, se velará por sus intereses.

⁷⁹ STS 572/2015, de 19 de octubre. (RJ 2015\4869)

⁸⁰ STS 3485/2018, de 15 de octubre. (RJ 2018\4295)

⁸¹ Art. 90.3 CC, 3. *Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.*

⁸² STS 1411/2019 de 5 de abril. (RJ 2019\1866)

3.2. Rupturas matrimoniales conflictivas y menores afectados

Cuando las partes no se ponen de acuerdo entramos en un proceso de ruptura conflictiva los hijos generalmente están desinformados, no han sido preparados por sus progenitores para lo que va a suceder y seguramente intentarán que sus progenitores arreglen su situación, tal vez lleguen a pensar que ellos tienen parte de culpa en esa ruptura y les produzca ansiedad el tener que decidir con cuál de los progenitores convivir. El miedo al rechazo afectivo de sus progenitores les puede hacer actuar de distintas maneras, asegurándose el afecto al menos de uno de ellos, mantenerse neutrales para mantener la autoestima de los padres evitando conflictos que les garantice no ser abandonados o alejarse de uno de los padres para demostrar lealtad al otro progenitor.

Todo este proceso repercute en los hijos menores generándoles respuestas emocionales que dependerán de distintas circunstancias en las que se encuentre el menor, si tiene más hermanos, edad, sexo, situación económica de los padres, etc. aunque determinante será la relación que mantengan sus padres en la situación de ruptura familiar⁸³.

Al respecto consideramos el trabajo⁸⁴ efectuado por Gemma Pons-Salvador y Victoria del Barrio sobre el nivel de ansiedad en dos grupos de niños repartidos en familias divorciadas (96) y no (97), en total 188 sujetos entre niños y niñas menores de edad (entre 8 y 14 años) pertenecientes al mismo colegio y aulas. Se parte de la hipótesis de que son las condiciones particulares de la separación y no la separación misma las responsables de la aparición de ansiedad en los niños.

Después del análisis, los datos obtenidos apuntan a que lo que más afecta a la elevación de la ansiedad de los niños de padres separados o divorciados es que sus padres se lleven mal después de la separación (discutiendo delante de los niños o criticándose mutuamente). Los resultados de esta investigación muestran que la estructura familiar por sí misma no es lo que determina la aparición de la ansiedad en los niños sino una serie de circunstancias que rodean al mismo, al menos después del primer año transcurrido desde la separación parental, la manifestación de la ansiedad en los niños

⁸³ BLANCO CARRASCO, MARTA y otros (2007). *Los menores en protección*. Serrano Ruiz-Calderón, Manuel (Coord.). Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. pp. 277-282.

⁸⁴ PONS-SALVADOR, GEMMA y DEL BARRIO, VICTORIA (1995), *El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos*. Universidad de Valencia. *Psicothema* Vol. 7, nº 3. pp. 489-497

de padres separados está más bien en función del tipo de interacción que tienen los padres entre sí y de la frecuencia de visitas del padre no custodio.

Cualquier niño, independientemente de su edad, puede experimentar las secuelas de la separación de sus padres transitorios (en la mayoría de los casos, en las familias que atraviesan un proceso de divorcio los menores pueden presentar una variedad de síntomas emocionales, desde ansiedad y depresión hasta trastornos del sueño o de la alimentación), bien por ser tan pequeños que dependan de ellos por lo que en los casos de rupturas conflictivas sentirán del progenitor cuidador la tensión que causa esta situación y la falta del otro progenitor, bien porque al ser más mayores son más conscientes de las causas y consecuencias de la separación de sus progenitores, siendo también más probable que tomen partido en los conflictos parentales.

A. Intervención judicial sin convenio regulador

El beneficio o interés del menor dentro de los procesos de ruptura matrimonial y de litigio entre sus progenitores es una pauta directiva del hacer jurídico en el orden familiar. Las modificaciones en el sistema de protección mediante la Ley Orgánica 8/2015 y Ley 26/2015 han relegado el papel del Juez a unos asuntos concretos.

El CC en los art. 91 a 96 impone al Juez con carácter imperativo la obligación de pronunciarse sobre el cuidado y educación de los hijos, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona⁸⁵ que dispone que es al Juez, en último término, a quien le corresponde la labor de determinar cuál es el interés del menor en el caso concreto, valorando la situación concurrente teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que se dan en cada supuesto, por tanto si las partes no llegan a alcanzar un acuerdo para el ejercicio de las funciones que integran la patria potestad, a fijar un régimen de visitas, a establecer una pensión de alimentos a favor de los menores, a atribuir el uso del domicilio familiar, etc., será el Juez quien lo determinará.

En el sistema de protección de menores juega un papel importante la Administración Pública y el reconocimiento de funciones del Ministerio Fiscal, el Juez puede conocer

⁸⁵ SAP Barcelona 4625/2016 de 18 de mayo. (JUR 2016\177664)

de la efectividad e idoneidad de las medidas tomadas cuando exista oposición a las mismas.

B. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales y de menores, desarrolla una labor protectora del interés del menor de edad.

El art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁸⁶, señala la obligación de intervenir en los procesos civiles en las que se vean afectados entre otros, las personas menores de edad mientras se les facilitan los mecanismos ordinarios de representación. El Ministerio Fiscal actúa como parte en el proceso matrimonial en defensa del interés público colaborando en la práctica de la audiencia de los menores con el Juez.

El acto procesal del Ministerio Fiscal es la emisión de un informe, cobrando especial relevancia su intervención en materia de guarda y custodia de los hijos, después de la reforma elaborada por la Ley 15/2005⁸⁷ al Código Civil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁸ dispone varios artículos donde se regula la Intervención del Ministerio Fiscal, el art. 749 LEC regula la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre la capacidad de las personas en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación; el art. 777.5 LEC señala la necesidad de que el Ministerio Fiscal emita un informe sobre los términos del convenio relativos a los hijos.

Estos artículos citados establecen la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento civil en defensa y protección de los menores de edad, por tanto comparece siempre que se vean involucrados en tal procedimiento menores de edad, incapacitados o quienes estén en situación de ausencia legal para procurar la defensa de sus intereses⁸⁹.

⁸⁶ Aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y reformado por Ley 14/2003, de 26 de mayo. BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982

⁸⁷ 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 núm. 163, de 9 de julio de 2005

⁸⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000

⁸⁹ CRUZ GALLARDO, BERNARDO (2012). *La guarda y...cit.*. La Ley. Madrid. pp. 103-108

En el proceso matrimonial en el que se dispute la guarda y custodia de los hijos, por no haber llegado a un acuerdo en el convenio regulador, será causa de nulidad de las actuaciones procesales la ausencia del Ministerio Fiscal pues se prescinde de las normas básicas del procedimiento señala el art. 90.6 y 8 CC que el Juez deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal. No obstante se trata de un defecto subsanable si no ha causado efectos jurídicos graves a alguna de las partes, véase la sentencia del TS⁹⁰ en la que se califica este defecto como subsanable.

⁹⁰ STS 8070/1999, de 15 de diciembre (RJ 1999\8230)

4. LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y SUS DERECHOS EN LAS RUPTURAS MATRIMONIALES CONFLICTIVAS

La protección que ha de dispensarse a los menores de edad se hace especialmente necesaria cuando sus progenitores, primeros llamados a procurar tal protección, se encuentran inmersos en una situación de crisis personal como es la ruptura de la pareja, de la que derivan consecuencias directas y graves sobre la vida de los hijos⁹¹.

En la ruptura matrimonial, las parejas con hijos menores han de intentar salvaguardar tanto el interés de los menores que se ven envueltos en la crisis de pareja de sus progenitores, como salvaguardar los derechos y obligaciones de ambos progenitores con respecto a sus hijos.

4.1. Aproximación a los derechos del menor durante el proceso

A. El derecho a ser oído y a participar en la toma de decisiones

El menor puede intervenir en los procesos judiciales, bien como testigo, objeto de una pericial o en el ejercicio del derecho a ser oído.

Con respecto a la participación como parte, hay que decir que en el art. 61.1 LEC se recoge la posibilidad que se pueda ser parte en un proceso al serlo todas las personas físicas. No obstante aquellos que no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, habrán de comparecer mediante sus representantes legales o en su caso del defensor judicial.

Es diferente definir este derecho como el de ser oído o por el contrario derecho a ser escuchado. El derecho a ser oído, implica que un tercero, en este caso puede ser el Juez o los progenitores, pide el derecho a escuchar la opinión del menor, para adoptar una decisión con la mayor información posible. Por el contrario, si hablamos de derecho a ser escuchado, es el propio menor quien reclama ser oído por la persona que tendrá que decidir sobre una cuestión que le afecta, porque le interesa transmitir su parecer con la finalidad de que influya de alguna manera en la persona que toma la decisión.

⁹¹ LÁZARO GONZÁLEZ, LAURA (Coordinadora) y varios autores (2002). *El menor en.....*op. cit. pp.215 y ss.

Entre las situaciones en las que la ley aconseja que el menor sea oído están los procedimientos matrimoniales en los que se declara que en las medidas que se adopten sobre la custodia el cuidado y la educación de los hijos, el Juez tiene que velar por el cumplimiento de su derecho a ser oído⁹².

La participación del menor en el proceso de toma de decisiones que le afectan (audiencias, consentimientos) ha de realizarse sin causarle mayores costes psicológicos, con confidencialidad, en un entorno adecuado y con una técnica correcta.

De este modo y, de acuerdo con DÍEZ RIAZA⁹³, la necesidad de conciliar el interés del menor con los derechos de las partes, que pueden alegar indefensión al no poder acceder al contenido de la exploración, obliga a mantener un equilibrio en el que lo fundamental será la valoración individualizada del riesgo que para el menor implica que se conozcan sus declaraciones pues se advierte de que coexisten prácticas diversas en la forma en que se documenta el trámite en el que el menor ha sido oído, imposibilitando el garantizar al menor una total confidencialidad de sus declaraciones.

El hijo menor de edad cuando tenga madurez suficiente podrá ejercer el derecho a ser oído y escuchado por él mismo o por medio de persona que la represente, siendo la madurez un elemento que deberá ser valorado por expertos. Se considera, generalmente, que el menor de edad tiene madurez suficiente a partir de los 12 años.

En España este derecho se consagra en el art. 9 LOPJM al reconocer al menor el derecho a ser oído no sólo en el ámbito procedimental administrativo y judicial, sino incluso también en el ámbito familiar, lo que supone un correlativo deber de los padres de escucharlo. Se trata de un derecho que reconoce la Ley al menor, pero que no es, evidentemente, un derecho fundamental. Tal y como indica LÓPEZ JARA⁹⁴, el artículo 9.2 LOPJM establece la presunción *iuris et de iure* de que el menor mayor de doce años, en todo caso, tiene suficiente madurez a los efectos de ser oído y escuchado en la

⁹² Art. 92.6 del Código Civil : " *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar ...*".

⁹³ DÍEZ RIAZA, SARA (2016). *El derecho del menor a ser oído en el proceso*. Tratado....op.cit. pp.561 y ss.

⁹⁴ MANUEL LÓPEZ JARA (2018). *La diligencia de exploración del menor en los procesos de familia*. Revista LA LEY Derecho de familia nº 20. Wolters Kluwer. p. 8.

toma de decisiones que le afecten. No obstante, y como toda actuación que afecte al menor, la propia norma prevé la posibilidad excepcional de que el menor, mayor de doce años, no sea escuchado si ello fuese contrario a sus intereses, que son los que priman, debiendo así acordarse por el juez en resolución motivada.

Asimismo en relación al derecho de ser oído se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona⁹⁵ que nos señala la necesidad de audiencia a los menores al respecto de lo que parece una contradicción existente entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el derecho de los menores a ser oídos por el Juez: El Código Civil afirma que *" en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá (...) oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición (...) del propio menor (...)*.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que *"Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años"*. En la sentencia el TS considera que esta aparente contradicción resulta aclarada *en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que éste tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, éstos deber ser oídos en los procedimientos judiciales(...)*⁹⁶.

El TC también se ha pronunciado al respecto de la audiencia al menor, STC⁹⁷ donde se afirma que el decidir no practicar la audiencia en aras del interés del menor, el juez o tribunal habrá de resolverlo de forma motivada.

⁹⁵ SAP Barcelona 1161/2018 de 23 de febrero. (JUR 2018\265591)

⁹⁶ ZAERA NAVARRETE, JUAN (2015). *La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial: comentario a la STS núm. 413/2014*, de 20 de octubre (rec. 1229/2013). Actualidad Jurídica iberoamericana, N.º. 3 pp. 796-797.

⁹⁷ STC 152/2005, de 6 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2005). En su Fallo: *"4.º.Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse las citadas Sentencias para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad"*. (RTC 2005\152)

Para la constatación del beneficio o perjuicio del menor, hay normas que determinan la intervención del menor en los procesos encaminados a adoptar prescripciones que le puedan afectar:

- Art. 92.6 del CC: el juez debe recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor
- Art. 770.1.4ª de la LEC en caso de procedimiento contencioso si se estima necesario se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.
- Art. 777.5 de la LEC: en los procedimientos de Mutuo Acuerdo en caso de hijos menores, el Tribunal recabará el informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio.
- Art. 12 de la CDN consagra el derecho de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta (...). La confirmación de esta idea se confirma cuando el art. 13.1 CDN consagra el derecho del niño a *“buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo”*.
- Art. 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales: *“Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar(...)”*.

Como ya hemos señalado, se impone al juez la obligación de velar por que se cumpla y garantice el derecho de los menores a ser oídos cuando se vaya a adoptar alguna medida que les pueda afectar. Se establece que esa audición no es obligatoria en los supuestos de mutuo acuerdo, sino que sólo se realizará cuando sea necesaria. Siendo el Juez, las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor el que puede invocar y acreditar esa necesidad y provocar la audición del menor, es decir, no debe bastar con una simple petición. Estas exploraciones, que no testimonios, deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible, recabando si es necesario el auxilio de especialistas (art. 770.4.ª LEC) y respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad⁹⁸.

La doctrina del TC ha establecido de manera clara la nulidad de resoluciones judiciales

⁹⁸ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, CONSUELO (Coordinadora) y varios autores (2013). *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad*. Guía práctica.

relativas a hijos menores de edad, donde jueces han dictado en procesos de familia, sin haber practicado la previa exploración de los hijos menores cuando hubieren cumplido la edad de 12 años, si tuvieran suficiente juicio, se citan algunas sentencias al respecto:

La primera sentencia que toma en consideración la regulación del derecho de audiencia en los procesos matrimoniales contenida en el art. 92.6 CC, en la redacción por la Ley 15/2005 es la **STC 163/2009**⁹⁹: Se presenta un recurso de amparo promovido por doña Cristina S.P. y su hijo menor de edad frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Valladolid que modificaron el régimen de visitas del padre que había solicitado que aun cuando se mantuviera la custodia del menor en la persona de su madre, se modificara el régimen de visitas con él para que la relación de éste con el menor fuera restableciéndose paulatinamente. La demandada sostenía que en el presente caso el menor tenía juicio suficiente para ser oído, pero ya consta en las manifestaciones que el menor lo hizo ante el equipo psicosocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor. Esta argumentación —expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición— es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC).

En el presente asunto nada permite determinar ni el daño ni el peligro potencial para la integridad moral del menor, máxime cuando la Sentencia prevé que la comunicación con el padre tendrá lugar en un punto de encuentro, bajo la vigilancia y observación de profesionales y con posibilidad de revisión de la medida en el supuesto de peligro y daño efectivo en el menor. Se desestima la demanda de amparo presentado por la madre doña Cristina P.

⁹⁹ STC 163/2009, de 29 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2009) - Recurso de amparo 273-2008 (RTC 2009/193)

STC 22/2008¹⁰⁰, se presenta recurso de amparo promovido por doña Monserrat R. M. La recurrente en amparo interpuso demanda de adopción de medidas paterno filiales contra don José Manuel E. B, solicitando entre ellas, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que se le atribuyese la guarda y custodia de la hija común de menor edad, llamada Paola. La demandante de amparo estima que ha resultado lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haber sido oída la menor por el órgano judicial. Argumenta al respecto que en este caso la menor nunca ha sido oída o explorada, ni durante la tramitación de las medidas provisionales, ni en el procedimiento principal sobre adopción de medidas paterno filiales, ni con ocasión de la tramitación del recurso de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia, ni, en fin, en los autos de ejecución provisional de la Sentencia de apelación.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación de este motivo de amparo, argumentando al respecto, en síntesis, que la menor contaba en este caso con cinco o seis años en el momento del proceso de ejecución, por lo que se duda que pudiera ser considerada como persona con el suficiente criterio para ser oída. A su juicio, ésta es seguramente la razón por la que los Jueces no han considerado necesaria la exploración de la menor, máxime cuando constaba como prueba documental un informe psicológico que podía suplir la exploración judicial.

Se desestima la demanda de amparo sobre la posible incidencia que la audiencia o exploración de la menor pudiera haber tenido en la apreciación por el órgano judicial de la concurrencia de la causa legal invocada por la recurrente en amparo para oponerse a la ejecución provisional.

STC 17/2006¹⁰¹: se presenta recurso de amparo promovido por el Ministerio Fiscal frente a los Autos de la Audiencia Provincial de Tarragona por la no intervención del Fiscal en el acto de exploración de menores en pleito de familia. Se trata de un proceso matrimonial que afectaba indiscutiblemente a la esfera personal y familiar de dos menores, las cuales fueron oídas por la Audiencia Provincial no autorizándose la presencia del Ministerio Fiscal. En la sentencia se dispone que no basta, como hizo la

¹⁰⁰ STC 22/2008, de 31 de enero (BOE núm. 52 de 29 de febrero de 2008) - Recurso de amparo 10216-2006 (RTC 2008\22)

¹⁰¹ STC 17/2006, de 30 de enero (BOE núm. 51 de 01 de marzo de 2006) -Recurso de amparo 6707-200 (RTC 2006\17)

Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.

La cuestión planteada en el momento del fallo es que las dos menores afectadas en su momento por la exploración en el proceso matrimonial entablado entre sus padres ya son mayores de edad, por lo que carece de sentido retrotraer las actuaciones que es lo que pide el Ministerio Fiscal. Se otorga el amparo solicitado por el Ministerio Fiscal.

A nivel internacional, hay también que tener presente lo dispuesto en el art. 23 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que establece que las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: (...) *b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido.*

B. Medidas provisionales

Las medidas personales que deben tratar los progenitores tras una ruptura matrimonial pueden ser pactadas entre ellos o establecidas por el Juez, en defecto de pacto, como medidas de futuro y deben estar adaptadas a las necesidades, posibilidades o carencias de la familia y su efectiva viabilidad práctica. El capítulo X del CC refiere de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio. El art. 102 CC nos indica los efectos de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio y el art. 103 CC se refiere a la adopción de medidas provisionales en los litigios matrimoniales e incluye como primera medida la facultad del Juez de determinar con cuál de los progenitores han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y cómo podrán ejercer sus derechos y a su vez deberes de comunicarse con ellos,

siempre teniendo en cuenta el interés del niño.

Estas medidas tratarán sobre la patria potestad, sobre la guarda y custodia, sobre alimentos de hijos menores, sobre las cargas familiares y sobre el derecho de comunicación, visitas y estancias que se establecerán en el convenio regulador en caso de acuerdo entre los progenitores o en la sentencia que el Juez dicta cuando existen hijos menores de edad, en caso de proceso contencioso¹⁰².

El artículo 91 del CC establece que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

Las normas civiles y procesales configuran una serie de procesos, agrupados en la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el epígrafe «de los procesos matrimoniales y de menores» (arts. 769 a 781), dedicados a regular los sistemas de solución judicial de crisis familiares. En concreto: el proceso contencioso de nulidad, separación y divorcio (art. 770 LEC); el proceso de mutuo acuerdo de separación y divorcio (art. 777 LEC); la determinación, que puede realizarse en diversos momentos procesales, de medidas relativas a los hijos (arts. 771 a 776 LEC). El art. 771 LEC dispone las Medidas provisionales previas a la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio y el art. 773 LEC las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

Como ejemplo de las medidas provisionales que son reguladas en un proceso de ruptura conflictiva, citamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander¹⁰³ donde se recurre la sentencia que acuerda el divorcio de los litigantes y se impugna los pronunciamientos relativos a la custodia compartida y régimen de visitas, a la alternancia en el uso de la vivienda familiar, y a la contribución a los alimentos y gastos

¹⁰² PÉREZ SALAZAR RESANO, MARGARITA, (2009). *Custodia compartida y protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial II. José Jaime Tapia Parreño, Director. pp. 246-248.

¹⁰³ SAP Santander 178/2019 de 6 de febrero (JUR 2019\146389)

extraordinarios de los hijos. Se pretende el establecimiento de una custodia exclusivamente materna y la atribución en exclusiva de la vivienda familiar para la madre, y el establecimiento con cargo al padre de una pensión de alimentos y una contribución en proporción de los gastos extraordinarios.

Respecto a la obligación de los progenitores de velar por el cuidado de los hijos:

- Art. 92 CC establece que en los casos de rupturas matrimoniales, separación, nulidad y divorcio, no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos y se le impone al juez en el art. 93 CC que determine de la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y la adopción de las medidas convenientes (...). El TS también se ha pronunciado al respecto¹⁰⁴ estableciendo que la obligación de prestar alimentos a los hijos menores es una obligación legal basada en un principio de solidaridad familiar, con fundamento constitucional y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico. Para su cuantificación habrá que atender a las posibilidades del obligado a prestar los alimentos y las necesidades de quien tiene derecho a recibirlos.

- Otra medida provisional que puede adoptarse es al respecto del secuestro parento-filial o sustracción parental (la conducta que ejerce un progenitor cuando retiene a un menor y le priva del contacto con el otro progenitor). La finalidad de estas medidas preventivas entronca con la protección al menor frente a los daños que pueden derivarse de un traslado ilegal, con la salvaguarda de su derecho a relacionarse con ambos progenitores y con la defensa también del derecho del progenitor a relacionarse con su hijo.

El secuestro puede tener una dimensión interna, sin generar una salida del país de residencia habitual.

En el art. 103 CC se establecen las medidas provisionales que podrán adoptarse en caso de riesgo de sustracción del menor (*...Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias...*).

El art. 158 CC además deja la puerta abierta (*numerus apertus*) a la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas tendentes a neutralizar el *periculum* de sustracción. En este artículo se contemplan algunas de las medidas de protección del interés de los menores que podrá dictar el Juez, en caso de que un menor se encuentre en peligro o perjudicado

¹⁰⁴ STS 3024/2017 de 20 de julio (RJ 2017\3385)

por su entorno familiar o por terceras personas.

El matrimonio de parejas de diferentes nacionalidades es un hecho frecuente, no coinciden las nacionalidades de los progenitores y de los hijos o los Estados de residencia de cada uno de los miembros de la familia, el problema aparece cuando estas relaciones transfronterizas devienen en cuestiones litigiosas, como es el caso de una ruptura matrimonial conflictiva donde la pareja y su relación familiar tiene vínculos en diferentes Estados. La sustracción internacional de los menores puede afectar a menores que son trasladados de forma ilícita a nuestro país, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid¹⁰⁵, donde el Abogado del Estado, actuando en representación del Ministerio de Justicia, promovió procedimiento para la restitución de los hijos menores, contra el padre, al amparo de lo previsto en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, al no haber devuelto a la vivienda familiar con la madre a los hijos después de finalizar el periodo de vacaciones. Se solicitaba la restitución de ambos menores a su madre.

Al contrario también puede cometerse, es decir, sobre menores con residencia habitual en España que son trasladados a otro país sin la voluntad de su progenitor custodio o por este para evitar que tenga contacto con el otro progenitor, véase el auto de la Audiencia Provincial de Álava¹⁰⁶ donde dispone que para que proceda la adopción de una medida cautelar de prohibición de salida debe entenderse acreditada la existencia de un riesgo de sustracción internacional del menor por parte de un progenitor, algo que tiene una íntima relación con el arraigo familiar, social o económico que tenga en España el progenitor de que se trate, a menor arraigo mayor será el riesgo de salida sin retorno y, en el aspecto ejecutivo, si el país al que podría viajar con el menor ha suscrito, o no, el Convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores y la eficacia de la medida en el espacio Schengen, especialmente en cuanto a la regulación de las fronteras exteriores.

La consecuencia inmediata del hecho de que una decisión judicial en este ámbito afecte a menores es la intervención, de carácter preceptivo, del Ministerio Fiscal, conforme a lo previsto en el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fiscal es llamado al

¹⁰⁵ SAP Madrid 6348/2018 de 27 de abril (JUR 2018\190614)

¹⁰⁶ Auto AP de Álava 89/2018 de 18 de abril (JUR 2018\193513)

proceso desde el momento en que se advierte que existen menores afectados, incluso ante la solicitud de medidas previas a la presentación de una demanda (las conocidas como «provisionalísimas»).

Finalmente, las medidas definitivas vienen reguladas en el art. 774 LEC y son las solicitadas en el procedimiento principal de nulidad, separación o divorcio y acordadas como definitivas por el juez mediante sentencia dictada.

4.2. Aproximación a los derechos del menor tras el proceso

A. El derecho a mantener sus relaciones familiares

Respecto a las relaciones de los hijos con sus familiares la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁰⁷ nos describe que el interés del menor vertebraba un conjunto de normas de protección imprescindibles cuando en la estructura familiar aparecen disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores.

En el caso de la fijación de regímenes de visitas, estancia y de comunicación a favor del progenitor no custodio se ha de preservar y garantizar la integridad física y psíquica del menor. Éste es su objetivo y finalidad inmediata, dirigida a intentar una normalización de las relaciones paterno-filiales con el propósito de alcanzar el desarrollo integral del menor, centrándose toda la dinámica de recuperación en el interés de éste.

La intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el art. 39 CE, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia. Se regula en el art. 160CC¹⁰⁸

VELA SÁNCHEZ apunta que en la sociedad actual dentro de la familia los abuelos desempeñan un papel fundamental en su desenvolvimiento y cohesión y,

¹⁰⁷ SAP Barcelona 4815/2017 de 03 de mayo (JUR 2017\198341)

¹⁰⁸ “1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores (...) 2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.”

principalmente, en el cuidado de los nietos que en muchas ocasiones viene derivado del hecho de que los progenitores atienden a actividades profesionales y son los abuelos quienes cubren esas ausencias participando en la crianza del menor. El legislador no puede olvidar que la familia no se reduce sólo a las relaciones paterno-filiales por tanto no puede aislarse del resto de relaciones familiares, sobre todo las existentes entre nietos y abuelos. La ley pretende, por un lado, favorecer las relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en el caso de ruptura familiar, como en el supuesto de obstrucción al contacto por parte de los progenitores; de otro atribuir a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad¹⁰⁹.

En la sentencia TS¹¹⁰, el objeto del recurso era la relación entre nietos y abuelos, dispone que: La guía de la interpretación jurisprudencial deriva de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que *«Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos [...] Las relaciones familiares de conformidad con la Ley [...]»*.

Visto el papel fundamental de los abuelos en la familia, las relaciones familiares se regulan en la Ley 42/2003¹¹¹, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Esta Ley tiene presente el interés del menor que vertebra un conjunto de normas de protección imprescindibles cuando las estructuras familiares están en crisis, bien sea por abandono de relaciones familiares o por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores

Como indica BERROCAL LANZAROT, si los progenitores no han previsto en el convenio regulador el derecho de visita de los abuelos, o si se ha previsto no haya sido aprobado, o si el proceso entablado era de nulidad matrimonial o de separación o divorcio sin mutuo acuerdo, y, por tanto, no se presentó convenio regulador, en estos

¹⁰⁹ VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J., GARCÍA GARNICA, M^aCARMEN (directora) y otros autores (2009). *Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja*. La protección del menor en las rupturas de pareja. Aranzadi. pp. 321 y ss.

¹¹⁰ STS 90/2015, de 20 de febrero (RJ 2015\583)

¹¹¹ Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

supuestos el Juez, tal como dispone el art. 94 del CC, “podrá” adoptar como medida, si lo considera beneficioso para los intereses del menor, el régimen de relaciones personales con sus abuelos, determinando las condiciones en que se desarrollará el mismo¹¹².

También está regulado en las legislaciones autonómicas, a saber:

i) Aragón. Código de Derecho foral de Aragón. »Artículo 60. Relación personal del hijo menor: »1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja». Art. 75. Objeto y finalidad: “2. La finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas”.

ii) Cataluña. Libro II del Código Civil. Art. 236-4: »2. Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos éstos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y sólo pueden impedirlos si existe una justa causa». »- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, de Cataluña. Art. 38. Derechos de relación y convivencia: »1. “Los niños y los Adolescentes tienen derecho a vivir con sus progenitores salvo en los casos en los que la separación es necesaria. Tienen también derecho a convivir y a relacionarse con otros parientes próximos, especialmente con los abuelos”.

iii) Navarra. »- Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (SP/LEG/3051) Art. 44. Convivencia y derecho a la relación entre padres, madres e hijos: »Los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte

¹¹² BERROCAL LANZAROT, ANA I (2005). *Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre*. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 6. pp.12 y ss.

necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Así mismo, tienen derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil y en particular, con los abuelos». »

iv) Comunidad Valenciana. »Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia (SP/LEG/3590) Art. 22. Derecho a las relaciones familiares:» «(...) Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados (...)»Ley de Relaciones Familiares.

B. El Síndrome de Alienación Parental

Entre los trastornos que pueden afectar a los hijos están lo que se conoce como interferencias parentales o en su versión más extrema el Síndrome de Alienación Parental (SAP) que podría describirse como una alteración que ocurre en algunas rupturas conyugales muy conflictivas. En ella, los hijos están preocupados en censurar, criticar y rechazar a uno de sus progenitores, descalificación que es injustificada y/o exagerada. Otras manifestaciones sintomáticas del síndrome son¹¹³: justificaciones para el desprecio débiles y absurdas, presencia de argumentos impuestos por el otro progenitor, etc.

Como apunta ARCH MARÍN¹¹⁴, las interferencias parentales que se producen de forma sistemática implican un proceso de mediatización del menor que propicia el alejamiento físico y emocional del menor respecto al progenitor que resulta alienado. No se puede realizar el diagnóstico del SAP partiendo únicamente de la observación de “rechazo” por parte del menor. Un abordaje adecuado habría de contemplar un adecuado diagnóstico diferencial de otras problemáticas que pueden propiciar la aparición de las conductas y actitudes de rechazo del menor. En especial, debe prestarse atención a la posibilidad de que se produzca como consecuencia de situaciones de maltrato, abuso o

¹¹³ MIGUEL COLUMNA, LUIS (2009). *Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental*. La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja. Aranzadi. pp. 103-107

¹¹⁴ ARCH MARÍN, MILA (2009). *El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense*. La protección del menor en las rupturas de pareja. Aranzadi. pp.125-126.

negligencia. Por ello, es necesario conocer y determinar de forma adecuada la presencia de la problemática a fin de abordarla convenientemente.

También señala TEJEDOR HUERTA¹¹⁵ que el tipo de conflicto que surge por la crisis dentro de una pareja no es un problema legal (que en muchas ocasiones es donde acaban para solucionar este conflicto) sino un problema de relaciones interpersonales y por lo tanto para solucionarlo debieran buscar la forma de reestructurar su vida y la de sus hijos. Además, el tipo de conflicto puede ser más nocivo que su frecuencia. Las interferencias en las visitas por parte del progenitor custodio constituyen un problema muy grave. En una pareja con altos niveles de conflicto la visita supone una nueva oportunidad para el conflicto, por lo que las visitas frecuentes pueden incrementar el conflicto y situar a los hijos en el medio de la batalla. Los padres pueden añadir problemas a los ya experimentados por los hijos en el divorcio de distintas maneras, en el SAP un progenitor programa al hijo para que rechace al otro y este rechazo es un proceso complejo en el que intervienen tanto ambos padres como los hijos.

Al respecto dispone la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante¹¹⁶ que este fenómeno puede generar importantes trastornos en el desarrollo evolutivo de los hijos afectados, sobre todo cuando un progenitor sin custodia se queja de que el progenitor con custodia dificulta o impide las visitas a los hijos, bajo las más variadas alegaciones, en la mayoría de los casos, según los psicólogos forenses infundadas y absurdas.

En la sentencia se señala que el fenómeno es frecuente en las separaciones en lo concerniente a las visitas, sobre la pensión alimenticia y custodia de los hijos, es un proceso que consiste en programar un niño para que odie a uno de los progenitores (el progenitor sin custodia) sin justificación, bajo la influencia del otro progenitor (el progenitor con custodia), con el que el niño mantiene un vínculo de dependencia afectiva y establece un pacto de lealtad inconsciente. Finalmente, en su versión más extrema, se llegaría a destruir el vínculo con el progenitor que no tiene la custodia.

El progenitor debe ser consciente que ha de procurar que exista un acercamiento del otro progenitor con los hijos así pues existe la necesidad de que modifique su

¹¹⁵ TEJEDOR HUERTA, ASUNCIÓN (2007). *Intervención ante el síndrome de alienación parental*. Anuario de Psicología Jurídica, volumen 17.pp.79-89

¹¹⁶ SAP Alicante 3629/2007 de 25 de junio (JUR 2008\157869)

comportamiento en relación con los procesos de alienación parental, utilizando mecanismos que posibiliten una sana relación de los hijos con el padre.

Por otro lado, la utilización del llamado SAP, o la de una denominación alternativa (interferencias parentales, instrumentalización de los hijos o lavado de cerebro) con la misma virtualidad, para explicar y tratar de solucionar los problemas de relación entre padres e hijos tras una situación de crisis matrimonial se convierte en una preocupante realidad cada vez más común.

Como se señala en la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a pesar de la difusión y popularización de este pretendido síndrome en nuestro país, el SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en los dos grandes sistemas diagnósticos de salud mental utilizados en todo el mundo, el DSM-V de la Asociación Americana y el de Psiquiatría ICE-10 de la Organización Mundial de la Salud. Según una declaración de 1.996 de la Asociación Americana de Psicología, no existe evidencia científica que avale el SAP, criticando dicha institución el mal uso que de dicho término se hace y estos síntomas pueden deberse bien a la ansiedad normal del menor tras la separación de sus padres, bien a la inquietud ante la ausencia del progenitor custodio durante la visita, bien al comportamiento inapropiado de uno de los progenitores, etc. Conforme a lo anteriormente expuesto, no ha de poder fundamentarse un cambio de custodia en favor del progenitor investigado o condenado por violencia de género en el llamado SAP, debiendo en todo caso presidir la decisión judicial el interés de los menores, valorando en particular la prueba pericial y debiendo en todo caso entrar a resolver sobre dicha cuestión la Sentencia para no incurrir en un vicio de incongruencia omisiva cuando haya sido alegado por una de las partes en su demanda o contestación¹¹⁷.

En el sentido expuesto la Sentencia 399/2015 de la Audiencia Provincial de Málaga¹¹⁸, rechaza el citado síndrome cuando señala que “*el denominado síndrome de alienación parental, conocido como el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual*

¹¹⁷ Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2016). Aprobada por el grupo de expertas y expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, en la reunión celebrada el día 13 de octubre de 2016. Consejo General del Poder Judicial. Madrid

¹¹⁸ SAP Málaga 2416/2018 de 20 de junio (Roj: SAP MA 2416/2018)

un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se esperaría de su condición, logrando provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina "lavado de cerebro", desarrollando los hijos que sufren este síndrome un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado". En los fundamentos de derecho dispone que la Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia de ese síndrome, y, en su caso, sus causas, consecuencias y soluciones, no obstante, sin entrar en dicho debate, pero teniendo en cuenta que el padre sostiene que los hijos están mediatizados por la madre, debe indicarse que no ha quedado acreditado que las menores puedan estar condicionadas por lo que su madre les haya dicho, sino más bien por las vivencias experimentadas con su padre, incluso en las visitas en el Punto de Encuentro Familiar. Por tal razón, la pericial del Gabinete Psicosocial, deberá analizar si el rechazo de los menores a la figura del padre está directamente relacionado con el clima de violencia que han podido vivir aquellos, o si existe algún tipo de interferencia por parte de la madre obstativa al cumplimiento del régimen de visitas. Concluye que no se puede atribuir la existencia de un síndrome de alienación parental sobre el cual la comunidad científica alberga serias dudas sobre su existencia, dudas que se comparten por esta Sala.

De actualidad con los temas que hemos tratado es el proceso a Juana Rivas por la tutela de sus hijos menores, de 12 y 4 años que ha quedado visto para sentencia en los tribunales italianos. Este proceso en Italia está fundamentado en un informe elaborado por una perito oficial, Ludovica Iesu, que defiende abiertamente la existencia del SAP y sostiene que Juana manipula a sus hijos para que rechacen a su progenitor. Además de este informe, en la decisión final tendrá también peso la sentencia condenatoria de un tribunal español¹¹⁹, que han aportado a la causa, y que condena a Rivas a cinco años de prisión por dos delitos de sustracción de menores y a la retirada de la patria potestad durante otros seis años tras huir a España y ocultarse durante un mes para evitar entregar a los niños a su padre.

¹¹⁹ SJP de Granada 51/2018, de 18 de julio (JUR 2018\204233)

5. CONCLUSIONES

En el ámbito del Derecho de familia queda afectado el individuo como sujeto de derechos y va más allá al disponer éste de libertad de movimientos y ser portador de una voluntad que ha de respetarse jurídicamente, no sólo en el Estado en el que resida sino también internacionalmente.

Dentro del marco jurídico hemos hecho mención a la normativa internacional que protege los derechos del menor y a nivel estatal contamos también con una amplia protección jurídica del menor que fue objeto de regulación en la Ley 1/1996, de 15 de enero. Desde entonces se ha aprobado profusa normativa que conforma un marco normativo completo y abierto a que el legislador pueda regular conforme a los cambios en la sociedad. En especial referencia a nivel estatal: esta Ley se ha visto modificada por dos leyes, se publican en 2015, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio que introduce nuevos artículos ampliando la rúbrica de Deberes del menor y una ley ordinaria, la Ley 26/2015, de 28 de julio y en ella se introducen los cambios necesarios en la legislación española que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

La protección del menor y sus derechos se han visto reforzados con las regulaciones efectuadas en las normativas territoriales. Se trata de un tema en constante cambio que se ve respaldado por leyes que regulan su cumplimiento y plantean actuaciones específicas en la búsqueda de la protección integral del menor y en su propio interés.

Debido a que estamos en una sociedad de continuos cambios sociales que inciden en la situación de los menores, estas leyes tienen como objeto introducir cambios jurídicos procesales en los derechos fundamentales. El principio del interés del menor es un principio fundamental que carecía de suficiente determinación antes de la publicación de estas leyes y va cobrando cada vez mayor protagonismo en todos los ámbitos en que se ven afectados los derechos del menor.

En relación al menor en las rupturas matrimoniales, el significativo incremento de la tasa de rupturas conlleva a que el número de menores afectados también se vea incrementado. La representación de los padres es fundamental para llevar bien el

proceso pero en caso de fallar contamos con la protección que el legislador ha ampliado. También contamos con los derechos que el legislador, atendiendo a la realidad social, garantiza a los menores:

En referencia a los derechos del menor durante el proceso, es preciso hacer una especial mención al derecho del menor a ser oído, éste es un derecho básico del que se debe hacer uso siempre y cuando se considere que el menor tiene suficiente capacidad natural, como hemos visto ésta se presume a partir de los 12 años, aunque la doctrina mayoritaria ha concluido que la obligatoria audiencia, sin excepciones, del menor mayor de 12 años, o de inferior edad pero con suficiente juicio, en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, en la mayoría de los casos, podría considerarse contraproducente y perjudicial para el menor, pues se obliga al menor a una mayor implicación dentro del conflicto matrimonial pudiendo tener el menor la percepción de haber sido su voluntad un factor relevante para la decisión adoptada sobre el mismo.

En referencia a los derechos del menor tras el proceso, son muy interesantes algunas resoluciones respecto al Síndrome de Alienación Parental de tribunales españoles, su estudio guarda una enorme importancia debido a que la figura del SAP se enmarca en los límites del derecho con otras ramas del conocimiento humano como la psicología y la psiquiatría. El asunto se considera en nuestro Derecho una figura delicada puesto que puede utilizarse para perjudicar al progenitor que tiene la custodia.

Cómo hemos expuesto los niños tienen derecho a ser escuchados, pero eso no significa que los jueces dicten una sentencia de conformidad con la voluntad manifestada por el menor, voluntad que en todo caso deberá ser fundamentada y libre de presiones externas, así pues los juzgados de familia deberán valorar si el rechazo que pueda mostrar el menor ante el otro progenitor tiene causa razonable que lo justifique o no y todo ello debe efectuarse con base a informes psicológicos y finalmente será el tribunal el que aprecie si la influencia del progenitor custodio llega a tal extremo.

En resumen, las rupturas de pareja y su incidencia en los hijos menores confluyen aspectos tanto jurídicos como psicológicos, sociológicos y económicos por lo que es importante que el Derecho junto con el legislador y demás sujetos intervinientes en su aplicación no desconozcan los principales aspectos que subyacen tras la realidad

familiar, teniendo presente en la reestructuración de las relaciones familiares y con los parientes cercanos, los derechos y obligaciones de cada uno de los progenitores y siempre supeditados al beneficio o interés superior del menor. Los jueces y tribunales han de contar con la mejor asistencia de un equipo psicosocial que sea adecuado y con los medios materiales oportunos a las circunstancias para poder tratar cada asunto y obtener una respuesta judicial eficaz en un tiempo prudencial.

6. REFERENCIAS

LEGISLACIÓN

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010

Ley 5/2016, de 2 de junio, de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón y 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón. BOE núm. 156, de 29 de junio de 2016

Ley 3/2011 de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011

Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011 modificada por BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2010

Convenio de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990

Ley Foral 18/2010, de 8 de noviembre, por la que se modifica la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre. BOE núm. 315, de 28 de diciembre de 2010

Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears. BOE núm. 89, de 13 de abril de 2019

BOE núm. 286. Legislación de Menores

Carta Europea de los Derechos del Niño. DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000.

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 núm. 163, de 9 de julio de 2005

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015

Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia. DOGV núm. 8450, de 24 de diciembre de 2018. BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y reformado por Ley 14/2003, de 26 de mayo. BOE núm. 11, de 13 de enero de 1981

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. BOE núm. 80, de 03 de abril de 1985.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

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 Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889.

JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Provincial, núm. 89/2018, de 18 de abril (JUR 2018\193513)

Sentencia de la Audiencia Provincial, núm. 6348/2018, de 27 de abril (JUR 2018\190614)

Sentencia de la Audiencia Provincial, núm. 1161/2018, de 19 de julio (JUR 2018\265591)

Sentencia Audiencia Provincial, núm. 178/2019, de 6 de febrero (JUR 2019\146389)

Sentencia Audiencia Provincial, núm. 3629/2007, de 25 de junio (JUR 2008\157869)

Sentencia Audiencia Provincial 4625/2016 de 18 de mayo (JUR 2016/177664)

Sentencia Audiencia Provincial, núm. 4815/2017, de 03 de mayo (JUR 2017\198341)

SAP Málaga, núm. 2416/2018, de 20 de junio de 2018 (Roj: SAP MA 2416/2018)

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000\141)

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005/152)

Sentencia Tribunal Constitucional, núm. 163/2009, de 29 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2009)- Recurso de amparo 273-2008 (RTC 2009/193)

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 17/2006, de 30 de enero (BOE núm. 51 de 01 de marzo de 2006) -Recurso de amparo 6707-200 (RTC 2006/17)

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 22/2008, de 31 de enero (BOE núm. 52 de 29 de febrero de 2008) - Recurso de amparo 10216-2006 (RTC 2008/22)

SJP de Granada, núm. 51/2018, de 18 de julio de 2018 (JUR 2018\204233)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de julio 2010. Asunto C211/10 PPU. La Ley 141427/2010 (TJCE 2010\246)

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1411/2019, de 5 de abril (RJ 2019\1866)

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 3024/2017, de 20 de julio (RJ 2017\3385)

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 3485/2018 de 15 de octubre (RJ 2018\4295)

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 572/2015 de 19 de octubre (RJ 2015/4869)

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 8070/1999 de 15 de diciembre (RJ 1999\8230)

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 90/2015 de 20 de febrero (RJ 2015\583)

OBRAS DOCTRINALES

ÁLVAREZ VELEZ, M^a ISABEL (2016). *Sistema normativo español sobre protección de menores. Los derechos de los menores en la Constitución española de 1978. Tratado del Menor. La protección jurídica...* Martínez García, C (coord.). Madrid. Aranzadi.) pp. 123-138.

ARCH MARÍN, MILA (2009). *El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense. La protección del menor en las rupturas de pareja.* Aranzadi. pp.125-126.

BERROCAL LANZAROT, ANA I (2005). *Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre.* Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 6. pp.12 y ss.

BEYEBACH, MARK (2009). *Custodia compartida y protección de menores.* Cuadernos de Derecho Judicial II-2009. José Jaime Tapia Parreño, Director. pp. 297-304.

BLANCO CARRASCO, MARTA (2007) y otros. *Los menores en protección.* Serrano Ruiz-Calderón, Manuel (Coord.). Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. pp. 277-282.

- CALAZA LOPEZ, SONIA (2015). *Situación de los menores en juicio*. Revista LA LEY Derecho de familia no 7. Wolters Kluwer. p.8.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a REYES. RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2015). Manual de Derecho Civil. Parte general. Estudio sumario de los derechos civiles autonómicos. Dykinson. Madrid. pp.150-158
- CRUZ GALLARDO, BERNARDO (2012). *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. La Ley. Madrid.
- DÍEZ RIAZA, SARA (2016). *El derecho del menor a ser oído en el proceso*. Tratado del menor....op.cit. pp.561 y ss.
- FLORIT FERNÁNDEZ, CARMEN (2017). *Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio*. Revista Actualidad Civil nº 11. Wolters Kluwer. p.4.
- GARCÍA GARNICA, M^a DEL CARMEN (2009). *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*. Aranzadi. Madrid. pp.19-22.
- HUETE NOGUERAS, J.JAVIER (2017). *El nuevo régimen jurídico del menor. Capítulo 3*. Aranzadi. pp.90-92
- LÁZARO GONZÁLEZ, LAURA (Coordinadora) y varios autores (2002). *El menor en las situaciones de crisis familiar*. Los menores en el derecho español. Tecnos. Madrid.
- LÓPEZ JARA, MANUEL (2018). La diligencia de exploración del menor en los procesos de familia. Revista LA LEY Derecho de familia n^a 20, Wolters Kluwer. p. 8.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, CONSUELO (Coordinadora) y varios autores (2013). *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad*. Guía práctica.
- MARTÍNEZ CALVO, JAVIER (2015). *La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3er, diciembre, pp. 200 y ss.

- MIGUEL COLUMNA, LUIS (2009). *Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental*. La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja. Aranzadi. pp. 103-107
- OROZCO GONZÁLEZ, MARGARITA (2018). *La «influencia negativa» del progenitor y custodia: reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente*. Revista LA LEY Derecho de familia no 18, abril-junio 2018, Jurisdicción Voluntaria de Familia. Wolters Kluwer. p. 2.
- PÉREZ SALAZAR RESANO, MARGARITA, (2009). *Custodia compartida y protección de menores*, pp. 246-248. Cuadernos de Derecho Judicial II. José Jaime Tapia Parreño, Director.
- PÉREZ TREMPES, PABLO (1991). *Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales*. López Guerra y otros. Tirant lo Blanch. Valencia, p.128.
- PONS-SALVADOR, GEMMA y DEL BARRIO, VICTORIA (1995), *El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos*, pp. 489-497. Universidad de Valencia. Psicothema Vol. 7, nº 3.
- RATVELLAT BALLESTÉ, ISAAC. Visto el 25 de mayo en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5093727.pdf>
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2015). *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Dykinson. Madrid. pp.236-246
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, JOSÉ MARÍA (2016). *La persona menor de edad. Aproximación histórica y conceptual. El concepto de menor*. ...op.cit. Aranzadi. Madrid. pp. 70-84
- RUIZ JIMÉNEZ, JUANA (2017). *Protección jurídica del menor. La capacidad del menor*. Ed. Tirant Lo Blanch. pp. 44-46.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN (2017). *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Tirant Lo Blanch. pp. 71-91.
- SANTOS MORÓN, M.J. (2011). *Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. p. 68.

SERRANO MOLINA, ALBERTO, Martínez García, Clara (Coordinadora) (2016). *Los menores en situaciones de crisis familiares*. Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia. Aranzadi. Madrid. pp. 287-306.

TEJEDOR HUERTA, ASUNCIÓN (2007). *Intervención ante el síndrome de alienación parental*. Anuario de Psicología Jurídica, volumen 17. pp.79-89

VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J., GARCÍA GARNICA, M^a CARMEN (directora) y otros autores (2009). *Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja*. La protección del menor en las rupturas de pareja. Aranzadi. pp. 321 y ss.

VIDAL CASERO, MARÍA DEL CARMEN, *La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud*, visto el 28 de mayo en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/279733.pdf>. pp. 219-225

Páginas Web

Página Web *El interés del Menor como criterio prevalente en la Mediación Familiar*

Visto el 30 de mayo en https://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml#_Toc124768915

Página Web *INE. Notas de prensa publicado el 24 de septiembre de 2019*. Visto el 11 de abril de 2019 en http://www.inees/prensa/ensd_2017.pdf

Página Web *Unicef* Visto el 26 de mayo en

http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf