



FACULTAD DE DERECHO

LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Autora: María Flavia Sampedro Menéndez

4º E-1 (JGP)

Área de Derecho Civil

Tutor: Prof. Alberto Serrano Molina

Madrid

Junio, 2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS JUDICIALES	7
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	7
2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	7
3. EL DERECHO DE AUDIENCIA DEL MENOR.....	10
CAPÍTULO II. LOS PROCESOS JUDICIALES DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.	13
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	13
2. LAS FASES DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES	17
2.1. Consideraciones generales.....	17
2.2. Primera fase: antes de la interposición de la demanda.	19
2.3. Segunda fase: Durante la tramitación del proceso	20
2.4. Tercera fase: La sentencia judicial.	23
CAPÍTULO III. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.	25
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	25
2. LA PATRIA POTESTAD Y EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.	25
3. EL DERECHO DE VISITA Y COMUNICACIÓN.....	30
4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	35
4.1 Atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.	38
4.2 Atribución del uso de la vivienda familiar cuando algunos de los hijos quedan en la compañía de uno y los restantes en la de otro.	38
4.3. Atribución del uso del domicilio familiar a los hijos o a ambos cónyuges por periodos alternos.	39
5. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.	40
CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CC	Código Civil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Ídem.	Misma obra
Op. Cit.	Opus Citatum
Ss	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La protección jurídica del menor en los supuestos de crisis matrimoniales ha sido una de las grandes materias objeto de investigación por parte de la doctrina civilista. Dada su repercusión en relación a múltiples disciplinas que involucran al Derecho, y que trascienden del mismo, una gran discusión tanto doctrinal como jurisprudencial se ha suscitado en busca de lograr la mayor protección para el hijo en cada caso concreto.

Es evidente que este debate va más allá de meramente articular un tratamiento jurídico, pues los factores sociales, políticos pedagógicos y psicológicos cuentan con un gran bagaje en la regulación de su protección y responsabilidad. En el aspecto psicológico el menor se ve de por sí afectado ante la crisis matrimonial de sus padres, determinando esta situación en mayor o menor medida su vida. Ante este hecho inevitable, la función del Derecho como garante de una protección a los ciudadanos tiene como fin superior el intento de provocar en la figura del menor cuanto menos daño sea posible en todo lo que legalmente respecta en una situación complicada ya de por sí en determinados ámbitos. Se trata, en definitiva, que dentro del sufrimiento que entraña una crisis matrimonial se encuentren las medidas más beneficiosas para el menor.

Ante esta posición cabe plantearse desde el inicio del proceso judicial de una crisis matrimonial cuál puede ser la situación que más proteja al menor desde el principio. Esto plantea diversas preguntas al respecto, como cuál es el alcance del concepto «interés del menor» y si debe ser obligatoria o no la audiencia del menor de doce años teniendo en cuenta el impacto emocional que para él puede suponer. Durante las fases de los procesos matrimoniales se analizarán las medidas a adoptar en cada ocasión y ya sean tomadas por los cónyuges o por el juez qué situaciones son las que resultan más beneficiosas para el menor, hasta que se tomen las medidas definitivas que regirán la manera en la que se organizará la familia una vez el proceso haya finalizado. Cuando se producen los efectos, se abordará respecto al cuidado de los hijos qué modelo de guarda y custodia es más aconsejable dentro de las circunstancias de cada caso concreto con el fin de que el hijo vea lo menos afectada su vida, tratando en profundidad la guarda y custodia compartida como situación más favorable para ellos, así como el derecho de visitas, incluido el de los abuelos, en tales casos.

Respecto a la atribución de la vivienda familiar se estudiarán las opciones existentes y cuál de ellas puede garantizar una mejor protección para el menor, y de igual forma la pensión de alimentos, donde se ofrecerá una medida de determinación que servirá de baremo para asegurar de manera proporcional la cantidad que el menor debe recibir en base a los recursos de sus padres.

Para lograr respuestas a estas preguntas se acudirá de manera principal a la legislación, especialmente a la Constitución Española, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también a la jurisprudencia, que ha ido evolucionando los últimos años en torno a varias cuestiones como por ejemplo la audiencia del menor en los procesos de crisis matrimoniales y el cuidado de los hijos. Este trabajo buscará encontrar la forma de proporcionar la mayor protección de los hijos menores de edad frente a las crisis matrimoniales, a través de diferentes propuestas que tienen como eje el interés del estos. La intención es examinar la protección de los hijos con la minoría de edad en los procesos judiciales de nulidad, separación y divorcio, analizando en un principio las crisis matrimoniales y la protección del hijo menor durante todo el proceso judicial que entraña. De igual modo, se tratarán finalmente los efectos de estas crisis matrimoniales en lo que respecta los niños y en cada uno de ellos se propondrá una posible forma de obtener la máxima protección para el hijo.

En este trabajo me refiero principalmente a las crisis matrimoniales, la figura del hijo menor de edad, su regulación en el Derecho español, su protección jurídica y la posible respuesta frente a los efectos que estas producen. La razón por la que he escogido este tema deviene de la triste realidad que he podido comprobar en las relaciones humanas que he establecido, numerosas personas que conozco vivieron la crisis matrimonial de sus padres y el proceso legal que devenía. Eso les cambió la vida. Confío en el Derecho como mecanismo para garantizar la mayor protección al menor y lograr que a pesar de lo difícil que es una situación así, este tenga la posibilidad más beneficiosa para su desarrollo y su crecimiento dentro de las circunstancias.

Esta confianza deviene en el hecho de que el Derecho de Familia ha ido evolucionando hacia otorgar mayor poder de disposición a los padres para autorregular sus intereses evitando la conflictividad al amparo del principio de la autonomía de la voluntad como refleja el art 1255 CC dejando en muchos supuestos las decisiones en manos de los

progenitores, como se observa en la posibilidad que tienen de pactar en los pactos prematrimoniales lo que ocurrirá en caso de que se produzca una crisis matrimonial. Una vez que esta se ha producido, se da la posibilidad a los padres de decidir las medidas que tomarán en relación a los hijos en tal crisis matrimonial bajo la previsión de que nadie conoce más a su hijo que un padre o un madre, como se observa a la hora de presentar el Convenio Regulador, donde se da un amplio margen de determinación a los progenitores, estableciendo únicamente como límites a las medidas que decidan que estas no resulten dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. El juez por tanto toma una posición subsidiaria salvo los dos supuestos mencionados y aprobará lo decidido por los cónyuges si no vulnera los dos límites. En defecto de pacto o superados tales límites, el juez decidirá en base al interés del menor. Esta postura del Derecho de Familia permite adaptar la norma a las circunstancias concretas de cada caso.

CAPÍTULO I. LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS JUDICIALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La protección de los hijos menores de edad en los procesos judiciales de nulidad, separación y divorcio resulta esencial al ser, a nuestro juicio, una de las partes más vulnerables de todo el procedimiento. La legislación recoge esta realidad tanto en los artículos que se mencionarán a continuación como en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor¹ y la Convención del 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas². El fin superior de esta protección radica en el intento de evitar en la figura del menor el mayor daño posible en todo lo que legalmente respecta a una situación difícil en muchos aspectos. Se trata, en definitiva, de encontrar las medidas mas beneficiosas para el menor.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del niño se configura como un principio de gran importancia en el Derecho con la consagración de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 donde se establece en el artículo 3 el principio del interés superior del niño como base a la hora de adoptar cualquier tipo de medida por parte de las instituciones. De esta forma, el interés del menor se convierte en un bien jurídico que defiende el ordenamiento jurídico, y que se utilizará como el criterio principal que regirá la toma de decisiones que involucren a los menores de edad. Una de las manifestaciones del protegido interés del niño es el derecho que este tiene a ser oído en los procesos judiciales de nulidad, separación y divorcio. También se manifiesta en el momento de la guardia y custodia. En este sentido las medidas relativas tanto a la guarda y custodia como a la fijación del régimen de visitas, comunicación y estancia, atienden a la necesidad y al derecho de los niños de crecer en un entorno familiar saludable y a recibir el apoyo y asistencia que necesite en su educación y desarrollo, contando para ello con ambos progenitores, siempre que no sea perjudicial para el interés superior del niño³.

¹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf> Fecha de última consulta: 15 marzo de 2020.

² <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312> Fecha de última consulta: 15 marzo de 2020

³ Ortega Guerrero, I “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada con el ámbito de la Unión Europea”. *Psicopatología clínica, legal y forense*. Vol.

En España encuentra protección en el art 39 de la CE en su apartado 4, donde se establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Sin embargo, no existe una doctrina concreta sobre lo que engloba el interés del menor. En este sentido Cárdenas Miranda señala que más que una norma jurídica, el interés superior del menor podría ser similar a un paradigma social, ya que cuenta con una gran imprecisión, y se pregunta cómo se puede especificar este concepto sin suposiciones derivadas de un contexto moral basado de una cultura determinada⁴. Respecto a este punto es conveniente mencionar que diversos han sido los autores que han tratado de definir este concepto. Un ejemplo de ellos es Zermatten, que define el interés superior del menor como «Un instrumento jurídico cuyo fin es garantizar el bienestar del niño en el marco físico, psíquico y moral»⁵. El impacto de este instrumento jurídico se observa en lo destacado por Aguilar Cavallo, quien entiende que el interés significa decidir sobre los derechos humanos del niño, optando por lo que sea más conveniente o lo que el juez crea mejor para él y descartando lo que no sea así, bajo la consideración del niño como un ser humano y un sujeto que posee derechos que deben ser respetados⁶.

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

2, núm. 3, Madrid, 2002 p. 89 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2516711> Fecha de última consulta: 3 de junio de 2020.

⁴ Cárdenas Miranda, E. L. “El interés superior del niño”. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, núm. 23, 307-323. 2011, p. 6. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/23/18a.pdf> fecha de última consulta: 18 marzo de 2020.

⁵ Zermatten, J. “El Interés Superior del Niño: Del análisis literal al alcance filosófico”. *Instit international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch*. 2003, p. 15. Disponible en https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf Fecha de última consulta: 3 de junio de 2020.

⁶ Aguilar Cavallo, G. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” *Estudios Constitucionales Vol. 6, núm. 1*, Madrid, 2008 pp 229-230. Disponible en <http://www.redalyc.org/html/820/82060110/> Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

concurrir»⁷. Otra manifestación de la importancia del interés superior del niño se observa en lo dictado en el Comité de los Derechos del Niño, Comentario General n.º. 14, referido al interés superior del menor, donde se considera un derecho, un principio y una norma de procedimiento⁸ y donde se explican diversas situaciones donde el interés del menor deberá ser considerado como primordial, en casos como la educación y el mantenimiento de las relaciones familiares tras una crisis matrimonial.

Sin embargo, como expresa De Torres Perea, en lo que respecta a la jurisprudencia se han añadido una serie de criterios que se repiten en las sentencias y que son los siguientes: La voluntad del niño, la estabilidad del menor, la edad, sexo y características personales y la protección adecuada⁹. En base a estos criterios el juez determinará atendiendo al caso concreto lo que estime mas beneficioso para el menor y su desarrollo dentro de una situación que de por si es complicada.

Por tanto, en lo relativo al interés superior del menor si bien no está completamente definido doctrinalmente sí se encuentran diversos métodos para tratar garantizarlo jurisprudencialmente, siendo el último de ellos el tratamiento de cada caso concreto.

El interés del menor no se reduce aún así a la actuación de los jueces y tribunales, como se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 septiembre 1996¹⁰, donde en un supuesto en el que unos abuelos querían poder mantener una relación con su nieto frente a la oposición del padre del menor y del Ministerio Fiscal, este último alegó que se debía tener en cuenta el interés del menor. El tribunal finalmente se pronunció afirmando que el interés superior del menor debe tenerse en cuenta en todos los ámbitos posibles y que no solo vincula a los órganos judiciales, si no también a los poderes públicos, a los padres y a todos los ciudadanos, ya que el niño es individuo titular de derechos y tiene una

⁷ Art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Última fecha de consulta: 2 de junio de 2020.

⁸ Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 Mayo 2013, CRC /C/GC/14, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> Último acceso el 12 Junio 2020.

⁹ DE TORRES PEREA, J.M (2011). “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”. *Revista para el Análisis del Derecho InDret* núm. 4, Barcelona, p.6-7 Disponible en http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf Última fecha de consulta: 20 de mayo de 2020

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil sección 1 núm. 713/1996 de 18 de mayo de 2011 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 1996(6722). Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

capacidad progresiva para ejercerlos teniendo en cuenta su edad para que las medidas adoptadas sean las más beneficiosas en su integración familiar y social (FJ segundo)¹¹. Esta STS, finalmente, establece que el interés superior del menor no solo está relacionado con los jueces y tribunales sino también con los poderes públicos, los padres, así como con cualquier ciudadano y, por otro lado, junto a su titularidad de derechos y su capacidad progresiva para ejercerlos, estableciendo estos mismos criterios la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM)¹².

3. EL DERECHO DE AUDIENCIA DEL MENOR.

El derecho de audiencia del menor lo encontramos en el art. 9 LOPJM según el cual: *«Todos los menores tienen derecho a ser oídos en los procedimientos en los que se traten asuntos de su interés»*. En este sentido, la audiencia del hijo menor de edad ha sufrido una serie de transformaciones a lo largo del tiempo con la idea de lograr una protección cada vez mayor y evitar que el niño tenga que presenciar determinados momentos emocionalmente difíciles para él que se dan en una crisis matrimonial.

Estas situaciones afectan al hijo y es *“evidente que obstaculizar y no garantizar el mantenimiento de los afectos y vínculos emocionales y afectivos del menor con sus progenitores y familiares entraña una situación de riesgo para su bienestar y normal desarrollo psico-afectivo, ante la que es preciso intervenir”*¹³.

La regulación de esta protección se encuentra contenida en la LEC 1/2000 y en el Código Civil con la idea de poder escuchar a los hijos mayores de 12 años o menores de esa edad, pero con suficiente juicio antes de decidir en cualquier proceso de familia sobre asuntos que les afectan. Esto se indicaba en el artículo 92 párrafo 2 del CC antes de la reforma que lo cambió realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹¹ Id.

¹² Ravetllat Ballesté, I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio siglo XXI*, 30(2). 2012 p.101-102. Disponible en <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701> Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

¹³ Art. 19.1 del Convenio de Derechos del Niño marca que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para *proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*”.

Estos preceptos se sustentaban además en la LOPJM previamente mencionada que sostenía que debía practicarse la exploración de la opinión del hijo de doce años y del menor de esa edad con suficiente juicio antes de resolver cualquier asunto que vaya a afectarlos de cualquier manera.

Por lo enunciado anteriormente acerca de los daños que producía en los niños el verse implicados e inmersos en la ruptura de sus padres e influenciados en ocasiones por ellos se llegó a la conclusión por parte de la doctrina reflejada en la Ley 15/2005, de 8 julio que para los procesos de mutuo acuerdo la audiencia de los menores de mas de doce años o con suficiente juicio solo se realizase si el juez, ya fuera por petición de las partes o de oficio lo creyese necesario al tener dudas sobre si lo establecido por los padres fuese beneficioso o no para el menor.

Por esta razón se modificó el art 777.5 LEC a través de la ley 15/2005 estableciendo que la posibilidad de escuchar al menor se daría en caso de que se estimara necesario por el fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del mismo menor. Además, también se añadieron al artículo 92 del CC los apartados 2 y 6 en donde se establece que el juez debe velar por el derecho de cada menor a ser oído cuando se deban adoptar medidas sobre su custodia, cuidado y educación. A raíz de estos cambios queda claro que en los procedimientos consensuales no es necesario oír a los menores con suficiente juicio. Sin embargo, se crea un problema al haber sido retocados los preceptos anteriores, pero no el inciso final del párrafo 2º de la regla 4ª del art. 770 LEC, que establece 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»*. Para alinearlos con el cambio del art. 92.2 y 6 CC, y lograr que subsista la obligación de oír en todo caso a los hijos menores mayores de 12 años, sería natural preguntarse si en el ámbito de los procesos de familia contenciosos, resulta obligatorio o no oír siempre a los menores de 12 años antes de adoptar decisiones que les afecten.

A este respecto la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial ha cambiado la regla cuarta del artículo 770 de la LEC, creando un plazo de treinta días para las pruebas que quieran practicarse en la vista. El fin de esta reforma es concordar el régimen de audiencia de los menores de forma que sea el mismo que en los supuestos de mutuo acuerdo. Sobre esta cuestión, el

Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias como SSTC 28 de octubre 2008¹⁴ y SSTC 29 junio 2009¹⁵ afirmando que la audiencia del menor ya no se concibe con carácter esencial y solo se entenderá como necesario cuando así se estime de oficio o a petición del fiscal, de las partes, de los miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor como marca el artículo 92.6 del CC.¹⁶

Teniendo en cuenta los actuales cambios me atrevo a afirmar que queda mas que claro que la audiencia del menor no es obligatoria. En cambio, sí resulta un mecanismo para el Juez por si tiene dudas respecto a la opinión del menor con la idea de alcanzar la mejor solución que sea conforme a los intereses de este.

La interpretación práctica realizada por los jueces actualmente en los juzgados españoles así como la que se ha llevado a cabo en el ámbito jurisprudencial (como muestra la STS 4 de noviembre de 2011¹⁷ y SAP Barcelona de 6 de mayo de 2014¹⁸) reflejan que dicha audiencia del menor es prescindible en los procesos de familia cuando la opinión del mismo ya se conozca (los dos artículos 770 LEC y 92 CC., establecen que se realizará únicamente «...si se estima necesario...») por medio del informe del perito psicosocial escrito por el Equipo Técnico Judicial, basadas en sus propias declaraciones.

La audiencia del hijo de 12 años o menor de esa edad en los procesos de crisis matrimoniales por tanto sólo se debería celebrar en los supuestos en los que éste desee ser escuchado por la autoridad judicial o el propio juez lo estime necesario conforme a los informes que ha recibido y exista controversia entre las partes, cuando lo solicite el Ministerio Fiscal justificando la necesidad de escuchar al menor a través del trámite

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Sala Pleno núm. 139/2008 de 28 de octubre de 2018 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RTC 2008\139). Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Sala Pleno núm. 163/2009 de 29 de junio de 2009 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RTC 2009\163). Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

¹⁶ Art 92.6 CC: «*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 las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*»

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 663/2013 de 4 de noviembre de 2013. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2013/7074). Fecha de última consulta: 1 de abril 2020.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2015 de 28 de abril de 2015. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2015\156561). Fecha de última consulta: 1 de abril 2020

judicial o cuando lo solicite alguna de las partes o el equipo técnico y la solicitud se encuentre bien justificada.

En todo caso y, existiendo la posibilidad de que el Juez es quien tiene la potestad para estimar o no necesaria la solicitud, el trámite de audiencia del menor en los procesos de familia ya no será de obligado cumplimiento y se convertirá en facultativo para el Juez, que debería mantener siempre presente que hacer pasar a un menor por la audiencia puede resultar traumático y aumentar la brecha emocional que está viviendo.

CAPÍTULO II. LOS PROCESOS JUDICIALES DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La protección de los hijos menores de edad en los procesos judiciales de nulidad, separación y divorcio resulta verdaderamente importante al ser ellos una de las partes que más se ven afectadas durante el procedimiento. El fin último de esta protección reside en alcanzar, teniendo en cuenta cada caso concreto, las medidas mas beneficiosas para el menor.

Castán Tobeñas define el matrimonio como «*la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de vida*»¹⁹. Los caracteres de esta definición son²⁰: La plena comunidad de vida, que debe ponerse en relación con el derecho fundamental a la intimidad personal, ya que es su límite, proclamado en el artículo 18.1 de la CE "*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*"²¹ la igualdad (art. 14 CE, art. 66 CC), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y la libertad individual (art. 16). También así la perpetua comunidad de vida, cuya tradicional vocación a la perpetuidad del vínculo viene, en nuestro ordenamiento jurídico, a

¹⁹ Castán Tobeñas J. *Derecho civil español, común y foral TV. Derecho de Familia, relaciones conyugales* V.1 12 ed. Ed. Reus, Madrid, 1994, p. 34.

²⁰ Id.

²¹ Art 18.1 Constitución Española.

difuminarse con la introducción del divorcio como causa de disolución del vínculo con la Ley de 7 de julio de 1981.²²

De esta forma la ley de 8 de julio de 2005²³ ha considerado la separación y el divorcio como dos opciones independientes y autónomas para las situaciones de crisis matrimonial, bastando la voluntad de uno de los cónyuges para iniciar el proceso.

Por otra parte, la institución matrimonial se había entendido siempre como la unión entre el hombre y la mujer. La orientación heterosexual del vínculo había sido tradicionalmente presupuesto natural y esencia para el reconocimiento por el Derecho²⁴. Esto, no obstante, cambia con la Ley de 1 de julio de 2005²⁵ cuando se reconoce la plena igualdad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual se encuentra apoyado además en el artículo 32 de la Constitución Española. La regulación del matrimonio se encuentra en el CC, concretamente en el Capítulo II del Título IV del Libro I, comenzando en el artículo 42 y siguientes, y los artículos 66 al 68 del CC.

Antes de comenzar con las crisis matrimoniales, debo mencionar que este trabajo se centrará de forma mayoritaria en el divorcio y la separación judiciales, ya que al ser el objeto del mismo la protección del menor, no se puede incluir en el estudio ni la vía notarial ni la del letrado de la administración de justicia como dicta el artículo 82 del CC.

Se entienden por crisis matrimoniales el *«conjunto de supuestos en los que el matrimonio deviene ineficaz, por una u otra causa, quebrando la unidad de vida y convivencia que en principio supone»*²⁶. Se consideran como tales la nulidad, la separación y el divorcio. Si bien cada una de ellas es diferente, los efectos que provocan en muchas ocasiones son los mismos. Se analizarán en las páginas siguientes.

²² Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (1981). Publicada en el «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 1981. Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

²³ 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. (2005). Publicada «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864> Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

²⁴ Lasarte Álvarez, C. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, p.16.

²⁵ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio publicada en «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364> Fecha de última consulta: 5 de mayo de 2020.

²⁶ Lasarte Álvarez, C. Op, cit p.79

1.1.1. La nulidad.

Respecto a la nulidad nos encontramos ante el supuesto que más ineficacia de la relación matrimonial provoca²⁷. Supone la desaparición de los efectos del matrimonio por causas o defectos previos o coetáneos a su celebración, y se caracteriza porque se produce una causa previa coetánea a la celebración del matrimonio, a diferencia de la separación y disolución en que la causa es sobrevenida. Por tanto, la declaración conlleva la inexistencia de un vínculo matrimonial entre los interesados y, en consecuencia, que no se haya producido ningún efecto, salvo el caso del matrimonio putativo. Para que esta se produzca, debe ser declarada judicialmente.

Las causas de nulidad vienen determinadas en el artículo 73²⁸ del CC. Cabe mencionar en este apartado el matrimonio putativo, definido por Sancho Rebullida, como “*un matrimonio nulo que no se convalida o sana, confirma o convierte, siquiera sea ad tempus, por la ley; sino un matrimonio ya inicialmente nulo y que nulo permanece; pero al que, en virtud de la investidura formal que lo presta la celebración, la ley reconoce efectos, como si fuese válido, hasta la declaración de nulidad, con las limitaciones consecuentes a la mala fe que, lógicamente, es incompatible con la apariencia protegida; por eso produce siempre efectos en cuanto a los hijos*”²⁹, es decir que siendo un enlace nulo a causa de la buena fe de por lo menos uno de los cónyuges, se reputa válido para el pasado en relación con ese cónyuge.

1.1.2. La separación

La separación judicial supone el cese de la vida común de los casados manteniendo el vínculo conyugal y está regulada en el art 83 del CC. La separación se puede tomar por

27 Id.

28 Artículo 73 del Código Civil: «Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.
2. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47 salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
3. El que se contraiga sin la intervención del Juez, alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. El contraído por coacción o miedo grave.»

29 Sancho Rebullida, F, *Elementos del Derecho Civil*, IV, Familia, Ed Bosch, Barcelona, 1984 p. 79

decisión de uno o de los dos cónyuges sin acudir a un proceso judicial que lo determine, como es el caso de la separación de hecho, que existe por decisión de uno o los dos cónyuges sin que haya mediado sentencia judicial, vía notarial o la vía del letrado de la administración de justicia. Aunque no se acuda estrictamente a una vía jurídica, esto no significa que no conlleve en si misma diversos efectos jurídicos, y concretamente en lo relativo a los hijos que la patria potestad de los menores se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, como se indica en el artículo 156 del CC, efecto que comparte con la separación judicial. La otra posibilidad es la separación judicial, que se realiza por medio de una sentencia judicial que así lo determina, o a través de la vía notarial y la del Letrado de la Administración de Justicia, aunque no vaya a profundizarse en estos dos últimos supuestos ya que no pueden darse si existen menores. Como expresa Lasarte: «*En algunos casos la duración temporal de la separación se prolonga durante décadas y en supuestos mas raros, toda la vida del primero de los cónyuges que fallece, porque los cónyuges deciden vivir en solitario o constituyen una nueva relación de pareja sin llegar al matrimonio*»³⁰. En los efectos de la separación que pueden afectar a los hijos es necesario conocer que respecto a lo dictado en el artículo 156 del CC la patria potestad sobre los hijos comunes será ejercida por el progenitor con quien conviva el hijo, independientemente de que sea una separación judicial o de hecho.

1.1.3. El divorcio

El divorcio, sin embargo, supone la disolución total del matrimonio, sea cual fuera su forma o tiempo de celebración como indica el artículo 85 del CC. A través del divorcio los divorciados dejan de estar ligados por el vínculo matrimonial, por lo que tienen plena libertad para volver a contraer matrimonio³¹.

1.1.4. Diferencias entre las crisis matrimoniales

La separación matrimonial provoca únicamente la suspensión de la vida común de los casados como se observa en el art 83 CC previamente mencionado. Se diferencia con la

³⁰ Lasarte, Álvarez, C. Op cit, p.86.

³¹ Lasarte, Álvarez, C. Op, cit, p.11.

nulidad en que la primera representa la falta de eficacia de un matrimonio en razón de sus vicios estructurales, mientras que la separación por su parte no supone la extinción del matrimonio si no el cese de convivencia. En este sentido, el divorcio supone la extinción del matrimonio sin que exista uno de esos vicios. Para que se produzca esta disolución cuando hay menores de por medio debe existir una sentencia que así lo declare y que desde el momento de su firmeza producirá efectos, como indica el artículo 92 del CC. Respecto a los hijos conviene saber que *«la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos»*³².

Estas crisis matrimoniales conllevan una serie de efectos que inciden en los menores de edad y que se tratarán en el proceso. Estos son el cuidado de los hijos menores de edad, en donde se encuentran la patria potestad y el régimen de guarda y custodia, el derecho de visita y comunicación, la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos.

2. LAS FASES DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES

2.1. Consideraciones generales

Para abordar el tema de la protección del menor, es necesario comenzar a hablar de los diferentes procesos que pueden darse en las crisis matrimoniales, en los que, si bien cuentan con elementos comunes los tres supuestos, estos varían dependiendo de si se trata de un proceso consensual (no entrando en esta hipótesis la nulidad, ya que nunca es consensual) en donde se cuenta con un convenio regulador o un procedimiento contencioso en donde las propuestas sobre las medidas y la respuesta a ellas se dan en las contestaciones a la demanda.

La primera figura a explicar es la de la separación judicial. Trataremos en un principio la separación de mutuo acuerdo. Viene regulada en el artículo 81 del CC que establece que se presentará la demanda de separación a partir de los tres meses de la celebración del matrimonio a petición de los dos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro. En la demanda se debe incluir una propuesta de convenio regulador que se redactará como es indicado en el artículo 90 del CC. Si por el contrario los cónyuges no están de acuerdo, se procede al procedimiento contencioso donde uno de ellos sin el consentimiento del

³² Artículo 92.1 del Código Civil.

otro presenta la demanda. En este caso se debe iniciar dentro del mismo plazo que la consensual salvo que se acredite *«la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio»* como se dicta en el artículo 81.2 del CC. A la demanda se incluirá una propuesta fundada de medidas que tendrán como propósito regular los efectos producidos de tal separación. Como ya es sabido la separación acarrea el cese de la convivencia entre los cónyuges, pero no la disolución del vínculo matrimonial entre ellos.

A continuación, conviene tratar la crisis matrimonial que, si supone la disolución del vínculo matrimonial, el divorcio. En el mismo sentido que la separación, puede iniciarse de mutuo acuerdo o de forma contenciosa. Los dos procedimientos cuentan con las mismas características que la separación. Los efectos que el divorcio produce nacen *«desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87»*³³ como indica el artículo 89 CC. Respecto a los terceros de buena fe la regla a seguir es que no serán perjudicados antes de la inscripción en el Registro Civil, como se observa en el artículo 1322 del CC. Además, entre los efectos que se producen personalmente se encuentra en virtud del artículo 85 CC la disolución del matrimonio y del régimen matrimonial y el cese de los efectos personales. En todo lo relativo a los hijos no cesarán las obligaciones para con ellos como dicta el artículo 92 del CC.

Respecto a la nulidad es necesario mencionar que el proceso siempre es contencioso, conforme a lo establecido en el art. 74 CC en donde se recogen los sujetos que están legitimados por iniciar la acción de nulidad, que son los cónyuges el Ministerio Fiscal y cualquier persona tenga interés directo y legítimo con ella. La acción no está sometida a ningún plazo. Sin embargo, esta regla general se mantiene sin incluir dos supuestos que se recogen en los artículos siguientes. El primero de ellos reside en la hipótesis de que la nulidad esté relacionada con la falta de edad de uno de los cónyuges, en cuyo caso los legitimados serán los padres, tutores o guardadores y en todo caso el Ministerio Fiscal como se observa en el artículo 75.1 CC.

³³ Art 89 del CC.

En los casos de *«error, coacción o miedo grave solo podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio»* como dispone el artículo 76.1 CC. Además, *«caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo»* como continua el artículo. En lo relativo a los efectos de la nulidad cabe recordar que en virtud del artículo 79 del CC: *«La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto a los hijos»*, lo cual supone que tal nulidad no afecta en nada a la filiación de los hijos y que estos podrán frente a sus progenitores hacer valer los derechos derivados de la filiación determinada.

Una vez se ha producido una de las tres crisis matrimoniales previamente mencionadas se generan una serie de efectos tanto de carácter personal como patrimonial, que afectarán tanto a los cónyuges como a los hijos existentes entre ambos. Estos pueden clasificarse entre los que suceden antes de la interposición de la demanda, una vez esta ha sido admitida y los que se producen cuando se ha dictado sentencia.

2.2. Primera fase: antes de la interposición de la demanda.

Antes de la interposición de la demanda existe la posibilidad para las cónyuges de presentar unas determinadas medidas enfocadas a organizar estos efectos que se producirán debido a la crisis matrimonial existente hasta que se determinen las medidas definitivas una vez dictada sentencia.

Es la LEC la que permite esta presentación en el art. 771 donde se autoriza al cónyuge que se disponga a presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio de su matrimonio que pueda solicitar los efectos o medidas a los que hacen referencia tanto el artículo 102 y 103 del CC. Entre ellos se encuentra la posibilidad de los cónyuges de vivir separados y el cese de la presunción de convivencia, así como la revocación de los consentimientos y poderes que se hubieran otorgado los cónyuges entre ellos. En lo que respecta a los menores de edad, es conveniente atender al apartado 1 del artículo 103 del CC, donde se establece la determinación de con cuál de los padres los hijos deben quedar sujetos a la patria potestad en base a las disposiciones apropiadas conforme al CC y de forma particular la manera en la que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos puede cumplir con el deber de velar por ellos y el tiempo modo y manera de

comunicarse con ellos así como tenerlos en su compañía. De manera excepcional pueden encomendarse los menores a abuelos, parientes u otras personas que se consideren y en caso de que no los haya, a una institución idónea.

Si existe riesgo de sustracción del menor por los padres o por terceras personas se da la posibilidad de adoptar medidas para evitarlo, como la prohibición de salida de territorio nacional sin autorización judicial previa, la prohibición de expedición del pasaporte al menor, la retirada del mismo si ya se hubiere expedido o la necesidad de autorización judicial para cambiar de domicilio al menor. Una vez se ha realizado la solicitud, los cónyuges y los hijos si existieran serán llamados por el Letrado de la Administración de Justicia junto al Ministerio Fiscal para llegar a un acuerdo, como indica el apartado 2 del artículo citado de la LEC. Conviene recordar que conforme al apartado cinco, los efectos y medidas acordados solo podrán mantenerse si se presenta la demanda en un plazo de treinta días.

2.3. Segunda fase: Durante la tramitación del proceso

2.3.1. Consideraciones generales

Cuando ha sido admitida la demanda las medidas y efectos que se producen *ope legis*, de manera automática por mandato legal son los siguientes.

Si se han adoptado medidas previas a la presentación a la demanda, estas se convertirán en medidas provisionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 772 de la LEC. Esta conversión se produce de forma automática. Si la situación familiar ha variado y tales medidas adoptadas previamente desean los cónyuges que sean cambiadas, en el apartado dos del citado artículo se prevé la posibilidad de que modifiquen o completen, solicitándose al tribunal en el momento de admisión de la demanda. Si no existieron, por el contrario, medidas previas a la interposición de la demanda en virtud del artículo 773 de la LEC se permite a los dos cónyuges involucrados en el proceso de nulidad, separación, o divorcio la posibilidad de solicitar en la demanda lo que consideren sobre las medidas de carácter provisional a adoptar, siempre y cuando no se hubiesen adoptado antes.

Puede darse el caso de que los cónyuges presenten a la aprobación del tribunal el acuerdo al que llegaran sobre esas cuestiones, aunque tal pacto no será vinculante para las pretensiones de las partes ni la decisión que debe tomar el tribunal sobre las medidas definitivas. Tras la admisión de la demanda, el tribunal resolverá sobre lo pedido y en caso de que se hayan presentado las medidas de mutuo acuerdo las aceptarán siempre y cuando no vulneren los derechos del niño. A falta de acuerdo, las partes presentarán sus posturas y el juez resolverá teniendo como eje principal el interés del niño.

Además de las medidas, por ministerio de la ley se producen una serie de efectos que tienen sobretodo repercusión en el régimen matrimonial existente entre ambos cónyuges previamente y en su posterior situación. Estos vienen regulados en el artículo 102 del CC. Se tratan en este artículo la posibilidad de vida independiente de los cónyuges, la revocación automática de los consentimientos y poderes de representación, así como el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Respecto a la protección que se dota al hijo no nacido viene regulada en el artículo 116 del CC³⁴ para determinar la importancia del cese de convivencia, que se tratará posteriormente.

Como indica el artículo 103 CC si no existe acuerdo entre las partes aprobado judicialmente, o el juez no está de acuerdo con ellas adoptará con audiencia de estos las medidas. En lo que respecta a los hijos se tomarán en base a su interés. Estas son las siguientes.

2.3.2. El cuidado de los hijos. la patria potestad y el régimen de guarda y custodia.

El juez determinará con qué progenitor se quedan, y el que es apartado de ellos de qué manera puede verlos mediante el régimen de visitas y estancias y cómo cumplirá el deber de velar por ellos. En casos excepcionales también y ante riesgo de sustracción de los menores por los progenitores o quien pueda estar a su cargo se puede determinar la

³⁴ Artículo 116 del Código Civil: «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

prohibición de salir del territorio nacional salvo que se haya pedido autorización judicial antes.

2.3.3. El uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico.

Respecto a las medidas relativas a la vivienda familiar y al ajuar doméstico, se establecerá qué cónyuge va a continuar con el uso de la vivienda familiar (sin que esto afecte a la titularidad de la misma). En lo que respecta el uso de la vivienda familiar contenido en el artículo 103.2 CC conviene determinar en cuenta del interés de los menores, como personas necesitadas de más protección, cuál de los cónyuges debe continuar con el uso de la vivienda familiar y la titularidad de los objetos y el ajuar que se encuentra en la misma. Por regla general suele quedarse a habitar en la vivienda familiar el cónyuge al que ha sido atribuida la guardia y custodia de los hijos, salvo que en las medidas presentadas por las partes hayan pactado otra cosa o el juez considere otra opción. El progenitor no custodio puede solicitar el cambio de esta medida en diferentes situaciones, cuando la vivienda se encuentre desocupada porque los hijos y el progenitor custodio no la utiliza, porque se ha producido un cambio en la guardia y custodia, o porque hay un cambio en el progenitor que necesita mas protección. En este aspecto la jurisprudencia ha determinado en numerosas ocasiones que no se atribuya la vivienda familiar de forma exclusiva si se puede seguir manteniendo de forma adecuada a los hijos a través de la venta de la vivienda como marca la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015.³⁵

2.3.4. La contribución de las cargas del matrimonio.

Las cargas del matrimonio vienen definidas en el artículo 1.362 del CC donde se establece que son: *“El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, la administración*

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil sección 1 núm. 282/2015 de 18 de mayo de 2011 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2015\1919). Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges y la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.”³⁶. Estas medidas versarán sobre la contribución a las cargas del matrimonio por parte de cada cónyuge, en donde se considera también como carga el tiempo que uno de los cónyuges dedica al cuidado de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

2.4. Tercera fase: La sentencia judicial.

2.4.1. Consideraciones generales

Finalmente, todas estas medidas provisionales serán sustituidas por las medidas definitivas en virtud del art 106 del CC donde se establece que los efectos y medidas previstas en el artículo serán sustituidos por las medidas definitivas que se incluirán en la sentencia estimatoria o en la que finalice el procedimiento de otro modo.

Es el artículo 91 del CC el que determina que el juez en las sentencias de nulidad, separación y divorcio a falta de acuerdo de los cónyuges o en caso de que no haya aprobación del mismo, decidirá las medidas que sustituirán las ya adoptadas previamente relativas a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, lo relativo al régimen económico y las cautelas y garantías respectivas. A pesar de su carácter definitivo pueden ser modificadas si se produce un cambio en las circunstancias que impulsaron su toma. El art 774 de la LEC establecerá el procedimiento a seguir para la adopción de ellas, manteniendo como prioridad el acuerdo entre los cónyuges como mecanismo de regulación de la nueva situación que vivirán. Este acuerdo recibe el nombre de Convenio Regulador.

Esta figura surge con la reforma introducida por la ley 30/1981 de 1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En ella se crea el concepto de convenio regulador para nombrar el documento que contiene los acuerdos o pactos que los cónyuges deciden en su crisis matrimonial. Como indica el artículo 90 del CC debe contener regulados aspectos tales como lo respectivo al cuidado de los hijos que

³⁶ Art.1362 CC

se encuentran bajo la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta, y el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el padre que habitualmente no viva con ellos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución de cargas del matrimonio y la liquidación cuando proceda del régimen económico del matrimonio. Como dictan los artículos 81 y 86 del CC el convenio es uno de los elementos esenciales para que sea admitida la demanda en los casos de separación y divorcio que hayan sido impulsados de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Una vez propuesto el convenio, pueden darse varias hipótesis en función de lo que dicte el juez al respecto. La primera de ellas viene regulada en el art 90.2 CC e indica que este convenio será aprobado por el juez salvo si resulta dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. También puede darse el caso de que la autoridad judicial no apruebe el convenio, tras la explicación previa del juez (debe estar motivada). Frente a esa circunstancia, los cónyuges cuentan con un tiempo de 10 días para presentar una nueva propuesta como rige el artículo 777.7 LEC. Una vez se ha presentado la propuesta el juez dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo que considere. Si esta propuesta tampoco es aceptada por el juez o no se presenta en el plazo correspondiente, el artículo 91 del CC establece que el juez determinará las medidas conforme a lo establecido en los artículos siguientes que sustituirán a las que se adoptaron anteriormente en lo relativo a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio y el régimen económico del matrimonio, sin que esto suponga que frente a una posible alteración de circunstancias estas puedan someterse a cambio.

Una vez superada esta fase se seguirá lo determinado en el artículo 95 del CC, donde se establece que una vez dictada sentencia firme que formalice el convenio regulador se producirá la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y se aprobará su liquidación si los cónyuges están de acuerdo, salvo si se ha obrado de mala fe. Como afirma el artículo 83 CC, la sentencia o decreto de separación de convenio regulador que la determine provocará la suspensión de la vida conyugal y el cese de poder vincular bienes del otro cónyuge al ejercicio de la potestad doméstica.

CAPÍTULO III. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Los efectos que derivan de las crisis matrimoniales se observan en las medidas judiciales y su contenido. Este contenido coincide con el del Convenio regulador y las materias a tratar son las mencionadas previamente. Si las partes no han conseguido llegar a un acuerdo, o han llegado parcialmente, habrá sido el juez el que las haya determinado en ausencia de convenio conforme a lo establecido en el art 93 CC ya referido supra teniendo siempre en cuenta lo mejor para el menor y evitando desequilibrios entre los cónyuges.

2. LA PATRIA POTESTAD Y EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.

Para comenzar a abordar el tema de la patria potestad y el régimen de guarda y custodia es necesario mencionar como dispone el artículo 92.1 y 91.2 del CC que la separación, nulidad, y divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones con los hijos, y que estos tienen derecho a ser oídos.

Respecto a la patria potestad viene regulada en el artículo 154 CC y siguientes y es entendida según Castán Vázquez como *“el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos menores no emancipados como medio de realizar la función natural que les incumbe, de proteger y educar a la prole”*³⁷. Si se pone en comunión la definición con el artículo, se entiende que conforma la guarda, representación y la administración de sus bienes. Por guarda y custodia se entiende *“una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos”*³⁸. Se puede atribuir a uno de los progenitores, ser compartida entre los dos o a un tercero. De esta forma la patria potestad, en los casos en los que los padres ya no conviven juntos, será ejercida por el cónyuge con el que el hijo conviva, aunque si el Juez recibe una solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo atribuir al solicitante la guarda y

³⁷Castán Vázquez, J.M.^a, “La patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*. Madrid. 1960, p. 10.

³⁸ Ragel Sánchez, L.F: “La Guarda y Custodia de los Hijos”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001, p. 289.

custodia para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

Respecto a la guarda y custodia cabe mencionar que los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que esta sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges como indica el artículo 92.4 del CC siempre buscando el interés del menor como base fundamental. Ahora bien, solo en casos extremos nuestra ley prevé la privación de la patria potestad a uno de los progenitores como aparece regulado en el artículo 170 CC donde el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de esta posibilidad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

El tema de la guarda y custodia es mas controvertido. Sin duda es una cuestión de gran relevancia pues determinará con quien vivirán los hijos. Es uno de los puntos mas delicados a la hora de enfrentarse a una crisis matrimonial y más en los supuestos en los que los cónyuges mantienen tensiones internas que indudablemente llegan a perjudicar al menor.

La guardia y custodia puede ser de dos tipos, según a quién se atribuye, siendo o custodia monoparental, ejercida por uno de los progenitores, en la que habitualmente el otro progenitor tiene derecho a una relación personal con el hijo, o la custodia compartida por ambas partes, adquiriendo los dos cónyuges los mismos derechos y deberes.

Con carácter general, la guardia y custodia en sus dos posibilidades tiene un papel importante para evitar futuros conflictos y una ruptura definitiva de las relaciones paterno- filiales. Un primer paso para ello podría ser tratar de cambiar las decisiones judiciales que de entrada establece, si no hay acuerdo entre los cónyuges, que *“la guarda y custodia de los hijos menores corresponde a la madre, atribuyendo al padre un régimen de fines de semana alternos y la mitad de los periodos vacacionales”*³⁹.

³⁹ García Garnica, M.C., “La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales.” *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009 pp. 201-248. Obtenida el 5 de marzo de 2020, de http://www.ase mip.org/system/files/5627/original/Interes_del_menor.pdf?1416836391 .

Un ejemplo de esto es el estudio del El Instituto Nacional de Estadística que en septiembre de 2019 determinó que en 2018 se produjeron 99.444 disoluciones, de las cuales 95.254 fueron divorcios, separaciones 4098 y 92 nulidades. En estos casos la atribución de la custodia de los hijos menores a la madre fue de un 61.6%⁴⁰.

De no ser así se evitarían muchas tensiones si la atribución de la guarda y custodia, se hiciera atendiendo al caso en cuestión y por encima de eso a lo que realmente sea mejor para los hijos en cada caso concreto. Asimismo, la ley en la actualidad está apostando por la selección de la custodia compartida, tras la reforma con la Ley 15/2005, de 8 de julio dónde se incluyó de manera expresa la custodia compartida en nuestro Derecho Civil. Esto supondría romper *“con la consideración que implícita e inconscientemente late bajo la atribución de la guarda y custodia en exclusiva a un progenitor de que hay un progenitor “ganador” y otro “perdedor”*⁴¹.

La reforma del Código Civil de 2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio instaura los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Esto puede observarse en el Anteproyecto de la Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que refleja en su Exposición de Motivos que:

*“La introducción de un artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto regular los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental”, pero “sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro”*⁴². Por tanto el impulso del ejercicio de la custodia compartida se empezó a dictar jurisprudencialmente desde la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 donde dispuso que *“no permite concluir que se trate de una medida excepcional, si no que al contrario debería considerarse lo más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en*

⁴⁰ Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) Año 2018 del INE. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf Última consulta: 15 de junio

⁴¹ García Garnica, M.C., Op. Cit, pp 201-248.

⁴² Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Núm. 438/2014, 2014, promulgada el 24/07/2014, Madrid.

cuanto en tanto lo sea.”⁴³, lo que supone que frente a cualquier caso primará el interés del menor frente a otra circunstancia. Además, la sentencia de 29 de abril del Tribunal Supremo de 2013⁴⁴ marca una serie de criterios jurisprudenciales para determinar en cada caso concreto qué resulta más favorable para el menor, teniendo en cuenta factores como la relación anterior al divorcio de los padres con los menores y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el número de hijos, los resultados de los informes que se han exigido legalmente y cualquier otra circunstancia que afecte directamente a esta cuestión. Si no se cumplen estos criterios de manera favorable para el menor o no benefician a su interés en cada caso particular no se determinará la guarda y custodia compartida, aunque la doctrina la impulse, como se observa en las SSTs 2840/2017 de 13 de julio⁴⁵ y 2508/2017 de 21 de junio⁴⁶.

A pesar de lo dictado jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo no existe a mi juicio todavía una doctrina unificada al respecto, a pesar del impulso que se intenta proporcionar a esta solución. Un ejemplo de esto es la sentencia 194/2016 de 29 de marzo del Tribunal Supremo⁴⁷ en la que se realiza una fuerte llamada de atención a la Audiencia Provincial de Madrid por no conceder el régimen de guarda y custodia compartida en un supuesto con características que deberían suponer otro régimen distinto. En este supuesto el Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 24 de febrero de 2015 en la que se niega al progenitor la guarda y custodia compartida de su hijo menor, remarcando a este órgano judicial que es esencial continuar con la doctrina marcada por el Tribunal Supremo como se observa a continuación: *“La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por*

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil sección 1 núm. 496/2011 de 7 de julio de 2011 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2011\5008). Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil sección 1 núm. 257/2013 de 29 de abril de 2013 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ:2013/3269). Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 442/2017 de 13 de julio 2016, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2017/3622. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 393/2017 de 21 de junio 2017, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2017/3039. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 194/2016 de 29 de marzo 2016, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2016/995. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020.

*parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida (...) La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan”.*⁴⁸

Es necesario mencionar que deben cumplirse, para que se establezca el régimen de custodia compartida, los criterios establecidos jurisprudencialmente antes mencionados, aunque antes de tomar cualquier decisión el juez tendrá en cuenta por encima de todo el interés del menor como marca la ley.

Otro criterio jurisprudencial dentro del interés del menor que sirve de gran peso a la hora de determinar la guarda y custodia es la unidad entre hermanos salvo que exista una circunstancia excepcional que lo desaconseje, como se observa en numerosas sentencias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de mayo de 2015⁴⁹. Sin embargo, sirve la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre⁵⁰ como ejemplo del caso contrario, donde se separan a varios hermanos por considerar que es lo más beneficioso para los menores.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 194/2016 de 29 de marzo 2016, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2016\995. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala de lo Civil Sección 12a núm. 341/2015 de 20 de mayo 2015, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 341/2015. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 495/2019 de 25 de septiembre 2019, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ:2019/3769. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020

3. EL DERECHO DE VISITA Y COMUNICACIÓN

El régimen de visitas y de comunicación es un derecho reconocido en el artículo 94 del CC donde se establece que *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”* y en el artículo 160 del CC que fue cambiado por la ley 26/2015 en donde se dicta que *“Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161.”*

Este derecho nace con la idea de proteger el derecho del progenitor no custodio y de otros familiares y allegados de un menor y se puntualiza tanto en la sentencia de separación, nulidad, divorcio como en los procesos que traten sobre medidas para menores de edad tras la ruptura.

Está presidido por el principio de interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, por lo que, aunque a priori se entiende como un derecho del progenitor su fin último es satisfacer las necesidades materiales y emocionales del hijo menor de edad, por lo que las visitas están condicionadas en todo momento a que su realización sea beneficiosa para él quedando todo lo demás subordinado a su bienestar⁵¹. El pleno equilibrio afectivo y emocional del niño exige una comunicación lo más fluida posible con su progenitor no custodio. Así se refleja en el párrafo segundo del artículo 94 del Código Civil donde se establece que *“el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*⁵². Esta posibilidad se encuentra sustentada además con la sentencia 26 noviembre 2015 del Tribunal Supremo en donde se establece que el juez si valora los riesgos, puede suspender el régimen de visitas del menor cuando el progenitor esté condenado por delito de maltrato a su cónyuge, al menor o a otro hijo⁵³.

⁵¹ Esquiza Juango, B *Dificultades derivadas de la implementación práctica del régimen de visitas con los hijos*, Trabajo de fin de máster, Universidad pública de Navarra, Navarra. 2014. p.6 Disponible en: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10145/TFM-Beatriz%20Equiza.pdf?sequence=1> Última consulta: 10 de mayo de 2020.

⁵² Art. 94 CC

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 5153/2015 de 26 de noviembre de 2015. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015\5624). Fecha de última consulta: 1 de abril 2020.

A la hora de determinar el régimen de visitas la jurisprudencia toma en cuenta determinados factores que regirán el número de ellas, como las condiciones personales, el trabajo y la situación familiar de ambos padres, la capacidad adquisitiva de los mismos, la distancia a la que se encuentra el progenitor para las visitas y estancia y la edad de los hijos, como se observa en múltiples sentencias, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2020⁵⁴, La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 23 de enero⁵⁵, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de noviembre⁵⁶. Este último criterio, el de la distancia, resulta de vital importancia ya que el desarrollo afectivo e íntegro del menor durante su infancia y adolescencia debe en la medida de lo posible ser acompañado por los dos progenitores. Por lo tanto, en la edad preescolar y hasta su adolescencia lo ideal es que la duración de las visitas y la estancia sea mayor para que ambos progenitores puedan participar de forma más activa en el desarrollo del menor.

Respecto a la pernocta en niños en edad preescolar es necesario matizar que si nos encontramos ante un supuesto donde los hijos no han pasado la noche antes con el progenitor no custodio o no se han encontrado de forma general cuando el menor se iba a dormir, resultará conveniente que éstas se establezcan gradualmente.⁵⁷

Como ejemplo de una alternativa que garantizará el interés y beneficio de los hijos podría ser buena medida que se iniciaran al principio en fines de semana y no en vacaciones de entrada para proporcionar al niño la posibilidad de adaptarse poco a poco a su nueva situación familiar surgida después de la ruptura. La jurisprudencia a este respecto no se muestra del todo clara, y se encuentran tanto sentencias donde se autoriza la pernocta al progenitor no custodio cuando el niño tiene un año⁵⁸ como la imposibilidad de esto hasta

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil Sección 22a núm. 151/2020 de 14 de febrero de 2020, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2020\103471. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020.

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sala de lo Civil Sección 5a núm. 15/2020 de 23 de enero de 2020, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2020\104872. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sala de lo Civil Sección 6a núm. 991/2019 de 5 de noviembre de 2019, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2020\64390. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020.

⁵⁷ Esquiza Juango, B., Op. Cit, p.33.

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria núm. 191/2002 de 21 octubre de 2002 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2003/17826). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) núm. 592/2008 de 17 de diciembre de 2008

que el menor no cumpla tres⁵⁹. Una vez el hijo es adolescente a la hora de establecer las visitas, primará la flexibilidad para que este pueda desarrollar también su ámbito social relacionándose con amigos o realizando actividades deportivas y demás⁶⁰.

En caso de que el progenitor no custodio se encuentre en otro país diferente al de los hijos suele ser mas favorable para el menor restringir las visitas y estancias semanales para evitar que tenga que realizar viajes largos en un margen corto de tiempo. Esta carencia se equilibra con el aumento de la permanencia con el progenitor no custodio durante los periodos de vacaciones de los hijos. Sin embargo, no existe una previsión legal determinada al respecto.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017: *“No existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso... en países que se encuentran en distintos continentes. (FJ tercero)”*⁶¹

Resulta necesario mencionar en este supuesto en el que los cónyuges viven con una gran distancia física de por medio, que cuando la relación paterno-filial no se ha mantenido durante un tiempo o no ha sido beneficiosa para el menor, no es aconsejable que desde el primer momento el menor empiece a convivir y pernoctar con su progenitor una gran cantidad de tiempo como la mitad de las vacaciones, habitando en diferentes lugares de primeras, si no que debería ser una opción a valorar la posibilidad de dejar el establecimiento del régimen de vacaciones a disposición del progenitor para que, una vez se constate una comunicación fluida y estable entre padre e hijo/a sea posible la separación del otro progenitor sin afectar a su estabilidad emocional.⁶²

(texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2009/59714). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) núm. 638/2005 de 28 de junio de 2005 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2005\240183). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 465/2007 de 4 de septiembre de 2007 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2007\335639). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020), Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) núm. 247/2009 de 7 de julio de 2009 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2009\425654). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020).

⁶⁰ Esquinza Juango, B., Op. cit, p. 17.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 301/2017 de 21 septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2017\2219). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020.

⁶² Esquinza Juango, B., Op. Cit. p.6.

Si la situación es que los progenitores viven en distintas ciudades del mismo país, el Tribunal Supremo marca su doctrina en la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de 19 de noviembre de 2015⁶³ donde muestra cuáles son los criterios que se deben seguir tales casos, recoge de nuevo los principios básicos que deberán tomarse si se da la situación y pone a disposición diferentes alternativas para los distintos supuestos. Además, añade como posible solución la posibilidad de que los menores viajen solos siendo acompañados por el servicio de acompañamiento con el que cuentan los trenes y las compañías aéreas.

Estos principios son los siguientes: El interés del menor, ya que lo primordial ante todo resulta que este mantenga en la medida de lo posible una buena relación con sus dos progenitores, el reparto equitativo de cargas de forma que los dos padres se hagan cargo de los gastos de traslado de forma semejante a su capacidad económica teniendo en consideración las circunstancias que envuelven a cada uno. Como en múltiples situaciones la realidad familiar no es ni blanca ni negra en esta sentencia el Tribunal trata de ofrecer diferentes soluciones que puedan adaptarse a cada caso. De tal forma, para determinar quien debe trasladar al menor al domicilio de cada progenitor se establece un sistema prioritario y otro de forma subsidiaria.

El primero es el pactado por los padres siempre y cuando no suponga un perjuicio para el menor. Este es el más deseable como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014⁶⁴. Si no se llega a un acuerdo entre las partes se entenderá como sistema a regir que cada progenitor recogerá al menor del domicilio en el que se encuentre el padre que tiene la custodia para disponer y ejercer el derecho de visita y de tal forma el custodio lo retornará a su domicilio. En el caso de que las circunstancias personales del caso no se adecuen a este sistema, de forma subsidiaria el juez podrá atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los padres a cambio de que a este se le compense económica siempre y cuando medie una resolución judicial de por medio.⁶⁵

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 664/2015 de 19 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015\5495). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 289/2014 de 26 mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2014\3172). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 685/2014 de 19 noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2014\5724). Fecha de última consulta: 7 de abril 2020.

Cabe finalmente preguntarse si los abuelos tienen derecho de visitas. El artículo 160.2 del CC indica que: *“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.”*

Además, en la Exposición de motivos de la 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 abuelos⁶⁶ se establece que: *“Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil”*⁶⁷. Como se indica en lo expuesto, los abuelos tienen derecho a ver a sus nietos independientemente de la situación en la que se vean envueltos los progenitores. Los abuelos pueden hacer valer este derecho ya sea presentando una demanda solicitando un régimen de visitas con los nietos en el supuesto en el que los progenitores no se encuentren frente a una crisis matrimonial, y si lo han hecho existe la posibilidad de incluir tal régimen de visitas con los abuelos en el propio Convenio Regulador. Esta posibilidad se protege en el art 90.1 apartado b del CC⁶⁸ donde se indica que si se considera como necesidad el convenio regulador puede incluir el régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, teniendo en cuenta como interés primordial el de los niños. Si se inicia judicialmente por separado, el art 94 del CC establece que: *“Podrá determinar (el juez), previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, teniendo siempre presente el interés del menor.”*⁶⁹. Los criterios que tendrá en cuenta el juez a la hora de tomar la decisión serán la edad del menor, la relación del niño con sus abuelos, si los nietos han dormido ya fuera de su casa y en el caso de que estén divorciados el régimen de visitas que ostenta el progenitor no custodio. Se atenderá en todo caso a las

⁶⁶ Exposición de Motivos de la 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. 2003. Publicado en BOE núm. 280 de 22 de noviembre de 2003.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Art 90.1 b CC: «Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.»

⁶⁹ Art 94 CC.

circunstancias concretas de cada caso y se tendrá como objetivo primordial el interés del menor como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, con fecha 28 de junio de 2004.⁷⁰

Si por alguna razón se observa un entorno hostil entre el nieto y los abuelos no se les autorizará el derecho de visita, como refleja por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019⁷¹ donde se dicta que es aconsejable no establecer ningún sistema de visitas entre los nietos y los abuelos mientras se mantengan conflictos y tensiones entre las partes, los progenitores y los abuelos. Esta decisión es un claro ejemplo de cómo el interés del menor prevalece ante cualquier circunstancia. Respecto a la posibilidad de que el régimen de visitas establezca que los menores pernocten en casa de sus abuelos, la jurisprudencia se muestra parcialmente negativa al respecto, como se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2013 que determina que: «La pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente (FJ tercero)»⁷² El régimen de los abuelos sin embargo no es comparable en su extensión con el de los padres, por lo que se establecerá atendiendo caso por caso como regla general que sea de un fin de semana al mes y algunos días en los periodos vacacionales.⁷³

En resumen, resulta de notado interés que los menores sigan manteniendo contacto con sus abuelos y que estos tengan derecho a un régimen de visitas, y así lo marca la legislación, sin embargo, la jurisprudencia observará las circunstancias de cada caso para garantizar la protección del menor y lo mejor para él por encima de el derecho de los abuelos al régimen de visitas.

4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La regulación sobre la atribución del uso de la vivienda familiar viene recogida en el art. 96 del CC que dispone que a falta de pacto creado por los cónyuges y aprobado por el

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 632/2004 de 28 de junio de 2004, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2004\4321. Fecha de última consulta: 28 de abril de 2020.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 638/2019 de 25 de noviembre de 2019, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2019\4972. Fecha de última consulta: 28 de abril de 2020.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 723/2013 de 14 de noviembre de 2013, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2013\7264. Fecha de última consulta: 28 de abril de 2020.

⁷³ Roca i Trías, E. *Especialidades de Derecho de Familia*. Dickynson. Madrid 2014 pp. 180 y ss.

juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponderá al cónyuge con el que los hijos vayan a vivir. Como indica el artículo, todo se produce a falta de acuerdo de los cónyuges. Si por el contrario entre ellos se ponen de acuerdo, como enuncia Rivero Hernández, la voluntad de los cónyuges manifestada en la comparecencia correspondiente o en un acuerdo formal debe ser tomada en cuenta⁷⁴, aunque esto no significa que deba ser aceptado por el juez. Puede ser rechazado a través de resolución motivada si resulta dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges. A falta de acuerdo, si viven algunos hijos con un cónyuge y otros hijos con el otro el juez resolverá lo procedente.

Para que el cónyuge no titular use la vivienda y los bienes indicados será necesario el consentimiento de ambas partes o en su caso, autorización judicial.

Con carácter general determina en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2011, “*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 Código Civil (FJ quinto)*”⁷⁵. En esta misma se interpreta el artículo 96 del CC de manera estricta, hasta el punto de que es el propio juez quien examinará el pacto de los cónyuges para evitar que se produzca cualquier perjuicio, quedando subordinado el pacto al interés del menor que debe ser atendido en sus necesidades por el cónyuge que ostente su patria potestad, y entre esas necesidades se encuentra la habitación. En este sentido el juez tiene poder para decidir la adjudicación del uso de la vivienda, y tendrá en cuenta el conjunto de intereses de la familia como núcleo, los hijos menores, y la falta de recursos propios⁷⁶. Respecto al daño que puede producir en los menores esta situación el juez en su decisión tendrá en cuenta que ni el convenio ni lo que él decida pueden afectar al contenido esencial de la patria potestad, es decir, en el supuesto de la vivienda, el juez no puede admitir un convenio u acuerdo que prive a los hijos de un alojamiento digno y seguro⁷⁷.

⁷⁴ Rivero Hernández, F. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, I*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 701.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 221/2011 de 1 de abril de 2011. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2011\3139). Fecha de última consulta: 29 de mayo 2020.

⁷⁶ López Alarcón, M, *El nuevo sistema matrimonial español*, Ed. Tecnos, Madrid 1983 p. 393.

⁷⁷ Cobacho Gómez, J.A., “El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos”. *Anales del derecho*. Núm. 8 1985. P 146. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=53025> Fecha de última consulta: 21 de mayo de 2020.

Una vez no se ha producido acuerdo o pacto entre las partes el juez decidirá las medidas definitivas que serán la sustitución de las tomadas con anterioridad. Como se indicado anteriormente, pueden darse varios supuestos en virtud del artículo 96 del CC. Por tanto, el art. 96.I CC parte de la premisa de que, en los supuestos de crisis matrimoniales, el régimen de custodia sobre los hijos menores debe ser individual y, por tanto, el uso de la vivienda familiar se atribuirá a uno de los progenitores, procurando no separar a los hermanos. Sin embargo, la aplicación literal de este precepto ha generado en ocasiones situaciones nocivas, como refleja Gil Membrado⁷⁸. De esta forma, se ha atribuido la vivienda familiar en determinados casos al cónyuge custodio de los hijos y no al titular del inmueble, a pesar de que ese cónyuge custodio tuviese otra vivienda igualmente apta y adecuada para satisfacer sus necesidades y las de los hijos a su cargo. Por tanto, esta interpretación tomada en aras de cumplir con el interés de los hijos, ha producido para ellos todo lo contrario, como se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de enero de 2002⁷⁹. Debido a esta realidad, se considera que el artículo 96.1 del CC incluye una predisposición para atribuir el uso de la vivienda de los hijos al cónyuge en cuya compañía se queden como manifestación del principio del *favor filii*⁸⁰.

Conocida la situación actual se analizarán los supuestos que derivan del artículo ya mencionado.

⁷⁸ Gil Membrado, C., *La vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid 2013, p. 110.

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sala de lo Civil Sección 4a núm. 12/2003 de 10 de enero de 2002, texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2003\24348. Fecha de última consulta: 20 de abril de 2020.

⁸⁰ Salazar Bort, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 pp. 17-20.

4.1 Atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

La atribución de la vivienda a los hijos y al cónyuge con el que estos se queden ostenta un carácter asistencial, ya que se busca en tal decisión el mantenimiento en la medida de lo posible de las mismas condiciones familiares existentes antes de la ruptura.⁸¹ Por tanto tal atribución se hace en favor de los hijos, lo que supone que cuando los estos alcanzan la mayoría de edad, contraen matrimonio o han perdido la guardia y custodia, no se atenderá a lo dispuesto en tal caso y puede cambiarse la atribución de la vivienda familiar. Si el cónyuge no titular de derechos sobre la vivienda de la familia cuyo uso lo tiene en razón del cuidado de los hijos contrae nuevo matrimonio, la situación puede variar como se observa en la STS de 20 de noviembre de 2018,⁸² donde el Tribunal Supremo afirma que en tal caso la vivienda pierde su carácter familiar y afecta al interés del menor. La pérdida de tal carácter de la vivienda subyace en la definición que el propio tribunal hace de la vivienda familiar: “*Residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (FJ primero)*”.⁸³ Conociendo esta definición que dota la sentencia que estamos abordando se determina que la introducción de una tercera persona en la vivienda con el cónyuge no titular de derechos sobre la vivienda de la familia cuyo uso lo tiene en razón del cuidado de los hijos y se beneficia del uso de tal vivienda, produce un cambio en el estatus familiar que la vivienda puede tener. Respecto al interés del menor, la decisión de la atribución de la vivienda familiar a él tiene como epicentro no desestabilizarlo más, intentando que mantenga una situación lo más similar posible a la que tenía antes de la crisis matrimonial, lo cual incluye seguir habitando en la vivienda en la que se encontraba antes. Al entrar un tercero en la vivienda familiar, el interés del menor basado en su estabilidad quedaría desprotegido.

4.2 Atribución del uso de la vivienda familiar cuando algunos de los hijos quedan en la compañía de uno y los restantes en la de otro.

⁸¹ Roca Trías, E., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, I, Ed. Tecnos, Madrid. 1980 p. 608.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 641/2018 de 20 de noviembre de 2018. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2018/5086). Fecha de última consulta: 29 de mayo 2020.

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 641/2018 de 20 de noviembre de 2018. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2018/5086). Fecha de última consulta: 29 de mayo 2020.

En este caso el juez decidirá lo que considere oportuno, en base al interés familiar. Esta situación puede en apariencia sorprender en base a la intención legislativa del artículo 92.5 CC de no separar en un principio a los hermanos, pero en tal caso antes que tal precepto va el interés del menor, que puede en ocasiones verse reflejado en tal separación.

4.3. Atribución del uso del domicilio familiar a los hijos o a ambos cónyuges por periodos alternos.

En este supuesto, los hijos se mantienen en todo momento en la vivienda familiar, siendo los progenitores quienes se van turnando vivir en tal domicilio los periodos que les toque ejercer la custodia de sus hijos. En este caso, durante la época en la que el cónyuge no conviva con los hijos deberá tener otro domicilio donde vivir.

En vista de los supuestos, la jurisprudencia aboga actualmente por una interpretación del artículo 96.1 CC en base a garantizar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores es una modalidad habitacional. Así lo muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011⁸⁴ donde se establece que, si el hijo menor tiene satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros mecanismos, y por tanto sus derechos se encuentran salvaguardados, en tal caso no es necesario atribuir la vivienda familiar al cónyuge custodio no propietario de ella, ya que se estaría produciendo un abuso del derecho⁸⁵. Por tanto y para finalizar la cuestión, la atribución de la vivienda familiar y la decisión de quién la ostentará queda subordinada al interés del menor, y si ese interés está cubierto y sus necesidades salvaguardadas no necesariamente deberá vivir el menor en la vivienda familiar con el progenitor custodio.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 191/2011 de 29 de marzo de 2011. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2011/3021). Fecha de última consulta: 29 de mayo 2020.

⁸⁵ Id.

5. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.

La adecuada manutención de los descendientes menores de edad supone un deber ineludible que alcanza rango constitucional (art. 39.3 CE)⁸⁶. En este sentido, la pensión de alimentos viene regulada en el Derecho español en los artículos 93, 96 y 154 del CC. Como indica Roca Trías, los problemas en una relación sentimental no deben afectar a las relaciones verticales, por esta razón el ordenamiento jurídico español pretende minimizar las consecuencias negativas que las crisis matrimoniales acarreen a los hijos, en particular cuando son menores de edad⁸⁷. Por esta razón, aunque el vínculo matrimonial desaparezca, en las relaciones paterno-filiales no cabe disolución. Las obligaciones parentales encuentran su origen en la filiación, no en el matrimonio, por tanto, se mantienen después de tales crisis. Esto aparece reflejado en el artículo 92.1 CC donde se establece que: “*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”⁸⁸. De esta manera, el art. 90.1 d) del CC señala que en el convenio regulador se debe incluir cuando resulte aplicable la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como las bases de su actualización y las garantías para que estas se cumplan. En este sentido, la prestación de alimentos a favor de los descendientes comunes al matrimonio en crisis se incluye dentro del precepto de carga matrimonial al entenderse que puede ser englobada en el conjunto de necesidades relativas al sostenimiento de la familia⁸⁹. Esta obligación incluye todo lo indispensable para el sustento, habitación y vivienda, incluyendo la educación de los hijos, la cobertura en caso de enfermedad y los gastos superfluos⁹⁰. En determinados casos se puede incluir el mantenimiento de la persona a cuyo cargo están los hijos o los gastos que pueden darse en la comunicación, como indica el artículo 1362.1 del CC.

⁸⁶ La obligación de dar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el art. 39 CE y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad. Vid. STS 1ª, 8.11.2012 (Ar. 10136; MP: José Antonio Seijas Quintana).

⁸⁷ Roca Trías, E., *Libertad y familia*. Ed. Tirant lo Blanch, Madrid. 2014 p. 164.

⁸⁸ Art. 92.1 CC.

⁸⁹ Rivero Hernández, F., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, I*, Ed. Tecnos, Madrid 1984 p. 712.

⁹⁰ Serrano García, J.A., *Los legados de educación y de alimentos en el Código civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994 p. 280.

Este deber está relacionado en el caso de los menores de edad con la patria potestad y el art 154 CC. Los alimentos nacen en la relación entre padres e hijos y se mantienen, aunque uno de los padres haya sido desposeído de la patria potestad.⁹¹

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2015⁹², esta obligación resulta imperativa independientemente de la mayor o menor dificultad que tenga el progenitor para cumplirlo. Otro de sus caracteres es que de la misma forma que la patria potestad, la pensión de alimentos deviene en un deber personalísimo, imprescriptible, intrasmisible e irrenunciable.

Los cónyuges en el convenio pueden decidir ellos mismos cuál será la pensión de alimentos como indica el artículo 90.1 d del CC, con el límite de que no es posible en ningún caso eximir a uno de ellos de manera total del deber de prestar alimentos, ya que de así serlo supondría la nulidad de pleno derecho y conllevaría la intervención del juez que aparece regulada en el artículo 93.1 CC. Salvo la limitación marcada por la contribución obligatoria de los dos cónyuges, se debe especificar que cuantía aportará cada cónyuge. Lo más beneficioso para el interés del menor como marca Rivero Hernández es que los padres lleguen a un acuerdo, ya que son quienes han convivido con el hijo y quienes conocen sus necesidades, por lo que se encuentran en condiciones aptas de interpretar el verdadero interés del menor.⁹³ Si no hay pacto, se optará porque los cónyuges contribuyan de manera proporcional a su capacidad económica, es decir a sus recursos, como viene indicado en el artículo 145.1 CC.

Teniendo en cuenta que cada caso concreto es un universo de circunstancias y matices concretos, se producía en un inicio una falta de unificación de criterio por parte de la jurisprudencia, por lo que se consideró necesario cierto baremo que indicara de manera orientativa en función de los recursos la cuantía con la que se debía contribuir. Así fue como el Consejo General del Poder Judicial creó las denominadas «Tablas californias», donde se establecía que, si el progenitor cobraba determinada suma al mes, debía contribuir con determinada cantidad por cada hijo. Esta creación fomentó la

⁹¹ De la Iglesia Monje, M.I., “Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital”, *Revista crítica de derecho inmobiliario* núm. 740, 2013, pp 4167-4182, Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4555949> Última fecha de consulta: 27 de mayo de 2020.

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 111/2015 de 2 de marzo de 2015. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015/601). Fecha de última consulta: 29 de mayo 2020.

⁹³ Rivero Hernández, F., *El interés del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, 2000 p. 924.

consensualidad en el proceso por parte de ambos cónyuges, lo cual facilita sobremanera alcanzar soluciones consensuales tanto durante la fase preprocesal como en el curso de la tramitación del procedimiento⁹⁴. En caso de incumplimiento por parte de uno de los cónyuges teniendo en cuenta que el hijo es menor deberá en virtud del art 93 del CC reclamarlo el progenitor que ejerza la guarda y custodia como representante legal del menor basándose en su interés superior.

La pensión de alimentos para quien no convive con el menor y por tanto no se hace cargo de sus necesidades de habitación y alimentos tomará la forma de una prestación pecuniaria que se realizará de manera periódica y que será fijada con la forma de pensión. En los casos en los que el progenitor no cuente con recursos suficientes, la doctrina ha defendido aún así en base al interés del menor el aseguramiento de una cantidad mínima imprescindible para el desarrollo de los hijos en condiciones de suficiencia y dignidad⁹⁵. Esta cantidad es imprescindible, aunque el progenitor no cuente con muchos recursos económicos, salvo el caso en el que tenga que desatender sus propias necesidades para proporcionarla en cuyo caso la obligación se suspenderá temporalmente, pero no se extinguirá, como se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2015⁹⁶.

CONCLUSIONES

El objeto principal de mi trabajo de investigación ha sido obtener respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cómo puede garantizarse la máxima protección a los hijos, menores de edad, en los supuestos de crisis matrimoniales?

Tras analizar la legislación vigente, la opinión de diversos autores y la doctrina jurisprudencial, he llegado a las conclusiones que expongo a continuación.

Primera: Una de las preguntas formuladas en la introducción versaba sobre cuál era el alcance del concepto de interés del menor: A lo largo de este trabajo he intentado

⁹⁴ De la Iglesia Monje, M.I., Op. Cit, p. 4171.

⁹⁵ De la Iglesia Monje, M.I., p. 4170.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 111/2015 de 2 de marzo de 2015. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015/601). Fecha de última consulta: 29 de mayo 2020.

demostrar que la protección que ofrecen los jueces a la hora de tomar una decisión en cada caso concreto, así como los poderes públicos en sus actuaciones y los padres en el desempeño de la patria potestad, giran sobre el principio general de interés superior del niño.

Segunda: Cabía preguntarse también por el derecho del niño de más de doce años o con suficiente juicio a ser oído en los procesos en los que se traten asuntos de su interés, y si la audiencia de este era obligatoria. Los menores de edad tienen derecho a ser oídos en los procesos en los que se traten asuntos de su interés. Este derecho ha ido evolucionando con el tiempo. En un primer momento tuvo un carácter obligatorio y, en la actualidad, es facultativo. Solamente se ejercerá si el juez, de oficio y porque así lo piden las partes, el Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico Judicial o el propio menor. Esta regulación evita en múltiples casos que el hijo menor se enfrente a situaciones que le pueden producir un daño emocional.

Tercera: En lo que respecta al proceso judicial que se sigue como consecuencia de una crisis matrimonial, los cónyuges pueden en su demanda, incluso en un momento anterior, solicitar que se apliquen una serie de medidas que regirán, si son aprobados por el juez, de manera temporal, durante todo el procedimiento. Las mismas afectarán a diversos aspectos conflictivos como quién ejercerá la guarda y custodia y cuál será el régimen de visitas del cónyuge no custodio. Si estas medidas, provisionales, se han tomado de mutuo acuerdo, estarán recogidas en un convenio regulador que el juez aceptará, siempre y cuando no causen un perjuicio para el niño.

Finalmente, las medidas provisionales se convertirán, con la sentencia, en definitivas y servirán de mecanismo de regulación para la nueva situación que vivirán.

Cuarta: En relación al régimen de guarda y custodia de los menores, se ha podido comprobar que pese a la tendencia inicial (como reflejan las estadísticas) de jueces y tribunales de atribuirle a la madre, actualmente se está abogando por la custodia compartida pero no de una manera obligatoria sino, siempre, que la autoridad judicial, en cada caso concreto, la considere como la situación más beneficiosa para ellos.

Quinta: En el estudio realizado se ha observado que la comunicación fluida con el progenitor no custodio supone un beneficio para el hijo menor y su estabilidad emocional salvo que exista una circunstancia personal que demuestre lo contrario.

En los casos en los que los progenitores viven en países diferentes, no existe una previsión legal sobre cómo regular la guarda y custodia. No obstante, se ha podido ver a lo largo de la investigación que si el menor lleva tiempo sin ver a su progenitor no custodio, se considera beneficioso para él que las visitas se lleven a cabo poco a poco, sin pasar al principio grandes temporadas de tiempo separado del progenitor custodio ya que afectará a su estabilidad emocional.

Si los progenitores residen en el mismo país, pero en distintas ciudades, los criterios jurisprudenciales tienen como base el interés superior del menor, procurando que éste tenga la mejor relación posible con sus dos progenitores y que, entre éstos, exista un reparto equitativo de las cargas.

Por último, respecto al régimen de visitas de los abuelos, la legislación impulsa que se mantenga la relación, pero se atenderá a cada caso concreto en vista de lo que sea mejor para cada nieto.

Sexta: En lo relativo a la atribución de la vivienda familiar, jurisprudencialmente, se ha apostado por una interpretación del artículo 96 CC tendente a garantizar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en cuanto a la habitación. Si está garantizado, no será necesario seguir el criterio general, esto es, atribuir la vivienda familiar al cónyuge custodio. A pesar de que los cónyuges han podido acordar una decisión sobre la atribución y el uso de la vivienda, esta quedará subordinada a que garantice al menor un alojamiento digno y seguro, en base a su interés.

Séptima: por lo que se refiere a la pensión de alimentos, ésta podrá ser pactada por los progenitores en el convenio regulador, siempre y cuando no exima a uno de ellos por completo. Este pacto es lo más beneficioso para el menor ya que ellos saben exactamente cuáles son las necesidades de su hijo.

A falta de acuerdo, los cónyuges contribuirán de manera proporcional a su capacidad económica.

En aplicación del principio del interés superior del niño, éste deberá siempre recibir por parte de su progenitor no custodio una cuantía pecuniaria mínima, para fomentar que se desarrolle en condiciones de suficiencia. Este derecho nunca se suprime, aunque puede

suspenderse en caso de que el progenitor no pueda atender a sus necesidades por falta de recursos.

Las Tablas California creadas por el Consejo General del Poder Judicial han fomentado la consensualidad en el procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

1. Internacional.

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

2. Estatal

Constitución Española de 1978

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Ministerio de Gracia y Justicia «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE A-1889-4763.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Exposición de Motivos.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Exposición de Motivos de la 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.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Núm. 438/2014, 2014, promulgada el 24/07/2014, Madrid.

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

JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia Estatal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 632/2004 de 28 de junio de 2004, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2004\4321).

Sentencia del Tribunal Constitucional Sala Pleno núm. 163/2009 de 29 de junio de 2009 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RTC 2009\163).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 221/2011 de 1 de abril de 2011 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2011\3139).

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

Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil sección 1 núm. 496/2011 de 7 de julio de 2011 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2011\5008).

Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil sección 1 núm. 257/2013 de 29 de abril de 2013 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2013/3269).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 663/2013 de 4 de noviembre de 2013 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2013/7074).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 723/2013 de 14 de noviembre de 2013, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2013\7264).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 289/2014 de 26 mayo de 2014 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2014\3172).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 685/2014 de 19 noviembre de 2014 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2014\5724).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 111/2015 de 2 de marzo de 2015 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015\601).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 282/2015 de 28 de abril de 2015 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2015\156561).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 664/2015 de 19 de noviembre de 2015 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015\5495).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 5153/2015 de 26 de noviembre de 2015. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015\5624).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 194/2016 de 29 de marzo 2016, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2016/995).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 442/2017 de 13 de julio 2016, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2017/3622).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 393/2017 de 21 de junio 2017, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2017/3039).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 301/2017 de 21 septiembre de 2017 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2017\2219).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 641/2018 de 20 de noviembre de 2018. (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2018\5086).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1ª núm. 495/2019 de 25 de septiembre 2019, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ: 2019/3769).

2. Jurisprudencia Autonómica

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sala de lo Civil Sección 4a núm. 12/2003 de 10 de enero de 2002, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2003\2434).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria núm. 191/2002 de 21 octubre de 2002 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2003/17826).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) núm. 638/2005 de 28 de junio de 2005 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2005\240183).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 465/2007 de 4 de septiembre de 2007 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2007\335639).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) núm. 592/2008 de 17 de diciembre de 2008 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2009/59714).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) núm. 247/2009 de 7 de julio de 2009 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2009\425654).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala de lo Civil Sección 12a núm. 341/2015 de 20 de mayo 2015, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 341/2015).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sala de lo Civil Sección 6a núm. 991/2019 de 5 de noviembre de 2019, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2020\64390).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sala de lo Civil Sección 5a núm. 15/2020 de 23 de enero de 2020, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2020\104872).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil Sección 22a núm. 151/2020 de 14 de febrero de 2020, (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR: 2020\103471).

OBRAS DOCTRINALES

AGUILAR CAVALLO, G., “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” *Estudios Constitucionales Vol. 6, núm. 1*, 2008 pp 229-230. Disponible en <http://www.redalyc.org/html/820/82060110/> Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

CÁRDENAS MIRANDA, E. L., “El interés superior del niño”. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, núm. 23, 307-323.

2011, p.6. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/23/18a.pdf> fecha de última consulta: 18 marzo de 2020.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral TV. Derecho de Familia, relaciones conyugales* V.1 12 ed. Ed. Reus, Madrid, 1994, p. 34.

CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a, “La patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*. Madrid. 1960, p. 10.

COBACHO GÓMEZ, J.A., “El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos”. *Anales del derecho*. Núm. 8 1985. P 146. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=53025> Fecha de última consulta: 21 de mayo de 2020.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital”, *Revista crítica de derecho inmobiliario* núm. 740, 2013, pp 4167-4182. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4555949> Última fecha de consulta: 27 de mayo de 2020.

DE TORRES PEREA, J.M., (2011). “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”. *Revista para el Análisis del Derecho InDret* núm. 4, Barcelona, p.6-7 Disponible en http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf Última fecha de consulta: 20 de mayo de 2020.

ESQUIZA JUANGO, B., Dificultades derivadas de la implementación práctica del régimen de visitas con los hijos, Trabajo de fin de máster, Universidad pública de Navarra, Navarra. 2014. Disponible en: <http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10145/TFM-Beatriz%20Equiza.pdf?sequence=1> Última consulta: 10 de mayo de 2020.

GARCÍA GARNICA, MC., “La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales.” *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009 pp. 201-248. Obtenida el 5 de marzo de 2020 de http://www.ase mip.org/system/files/5627/original/Interes_del_menor.pdf?1416836391

GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid 2013 p. 110.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, p.16.

LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español*, Ed. Tecnos, Madrid 1983 p. 393.

ORTEGA GUERREO, I., “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada con el ámbito de la Unión Europea”. *Psicopatología clínica, legal y forense*. Vol. 2, Núm. 3, 2002 p. 89. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2516711> Fecha de última consulta: 3 de junio de 2020.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La Guarda y Custodia de los Hijos”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001, p. 289.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio siglo XXI*, 30(2). 2012 pp. 101-102. Disponible en <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701> Fecha de última consulta: 1 de mayo de 2020.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, I*, Tecnos, Madrid, 1984 p. 701.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, 2000 p. 924.

ROCA I TRÍAS, E., *Especialidades de Derecho de Familia*. Dykinson. Madrid 2014 pp. 180 y ss.

Roca I TRÍAS, E., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, I*, Ed. Tecnos, Madrid. 1980 p. 608

ROCA I TRÍAS, E., *Libertad y familia*. Ed. Tirant lo Blanch, Madrid. 2014 p. 164.

SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 pp. 17-20.

SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos del Derecho Civil, IV, Familia*, Ed Bosch, Barcelona, 1984 p. 79.

SERRANO GARCÍA, J.A., *Los legados de educación y de alimentos en el Código civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994 p. 280.

ZERMATTEN, J., “El Interés Superior del Niño: Del análisis literal al alcance filosófico”. *Institut international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch*. 2003, p. 15. Disponible en https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf Fecha de última consulta: 3 de junio de 2020.

