

REVISTA INTERNACIONAL **CONSINTER** DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO II – NÚMERO III

**PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES
EN UN CONTEXTO GLOBAL**

Lisboa
Editorial Juruá
2016

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO II, Nº III, 2º SEM. 2016



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00003.00

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Blanca Sillero Crovetto
Camila Castanhato
Cândida Joelma Leopoldino
Carla Liliane Waldow Esquivel
Carlos Fco. Molina del Pozo
Caroline Andreska Targanski
Demetrius dos Santos Ramos
Edna Raquel R. S. Hogemann
Egas Moniz-Bandeira
Elizângela Treméa Fell
Érica Maia Campelo Arruda
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Gabrielle Kölling
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inmaculada García Presas
J. Eduardo López Ahumada

José Carlos Buzanello
José Laurindo de Souza Neto
Luiz Valerio dos Santos
M^a Ángeles Pérez Marín
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann
Maria Goretti Dal Bosco
Marilene Araujo
Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Pablo Cristobal Molina del Pozo Martin
Paulo Ricardo Opuszká
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Sandra Regina Martini
Thiago Brazolin Abdulmassih
Viviane Coêlho de Sellos Knoerr
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y RESPONSABILIDADES PARENTALES COMPARTIDAS¹

BEST INTEREST OF CHILDREN AND SHARED PARENTAL RESPONSIBILITY

Blanca Sillero Crovetto²

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar el “interés superior del niño”, desde el reconocimiento de los derechos humanos de las personas menores de edad. Para ello hemos tomado como punto de partida la Convención sobre los Derechos del Niño, y su incorporación al ordenamiento jurídico estatal, teniendo en cuenta la actualización llevada a cabo por las recientes reformas legislativas. Para relacionarlo con la vida real, y las diferentes formas de entender este principio, nos centramos en la evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una crisis matrimonial y de los criterios adoptados en recientes decisiones judiciales del Tribunal Supremo.

Palabras clave; Interés superior del niño, derechos humanos, custodia compartida, violencia de género

Abstract: The aim of this article is to analyze the “best interests of the child”, with basis on the recognition of the human rights of the underage. To this end, we have taken as a starting point the Convention on the Rights of the Child and its incorporation into the State law, taking into account the updating carried out by recent legislative reforms. In order to relate it to real life and the different ways of understanding this principle, we focus on assessing and

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “Colectivo en los márgenes: su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis” (DER-2012-34320), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por la Profesora Patricia Lorenzo Copello.

² Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga.

determining the best interests of the child in the context of a marital crisis, and the criteria adopted in recent decisions by the Supreme Court.

Keywords: Best interests, human rights, joint custody, gender-based violence

1 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: PRINCIPIO LEGAL

La idea del “interés superior” es uno de los conceptos más importantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN 1989). Se trata de uno de los cuatro principios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta de forma primordial en todos los asuntos que conciernan a los niños y niñas. En este sentido, dispone el artículo 3, inciso 1 que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Hasta hace poco tiempo el debate en torno al mismo se ha referido muy poco a lo que podrían ser los diversos significados del concepto del interés y de sus contextos desde la teoría social o desde otras ciencias (Liebel, 2015, p. 44). Se ha limitado sobre todo a consideraciones jurídicas, interpretando el principio en el contexto de los derechos que define la Convención. La interpretación más reciente viene del Comité de los Derechos del Niño de la ONU y queda establecida en la Observación General n° 14, publicada el 29 de mayo 2013³.

Pero antes de analizar este importante documento nos vamos a detener en las palabras pronunciadas por el expresidente del Comité Zermatten (2007, p. 39) quien sostiene que el concepto del interés superior del niño es un legado del movimiento “proteccionista para la salvaguarda y el bienestar de la niñez. Dicho movimiento ya hablaba de “derechos del niño”, así en la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 1924,

³ El Comité de los Derechos del Niño es una instancia de las Naciones Unidas compuesta por 18 expertos y expertas independientes. Sus miembros son elegidos cada cuatro años por la Asamblea General de las Naciones Unidas a sugerencia de los Estados Miembro. Su función es supervisar la implementación de la convención sobre los Derechos del Niño, emitiendo comentarios al respecto.

pero no entendiéndolos como derechos subjetivos de niñas y niños sino única y exclusivamente como obligaciones de instituciones estatales, padres, madres u otras personas adultas (Gaitan y Liebel, 2011, p. 29-43). Es por ello que en muchas ocasiones el concepto ha sido criticado como “paternalista” y un “bote vacío” que da cabida a un sinnúmero de interpretaciones. Es la actual Convención el primer Tratado de Derecho Internacional que define a las niñas y niños como sujetos autónomos de derechos, por lo que cabe preguntarse si acaso la Convención ha dado un nuevo significado al concepto de interés superior, un significado que deje atrás sus raíces paternalistas (Liebel, 2015, p. 45). El carácter global o general de la Convención contrasta con unas legislaciones monotemáticas, todavía basadas en una atención focalizada en los sistemas de protección hacia la infancia (Lasarte, 2001). Tanto en los tratados europeos como en las leyes estatales y autonómicas se acentúa un tratamiento de la infancia como víctima que precisa de protección.

Es por ello que, lo primero que hay que aclarar es lo que debe entenderse bajo el término interés superior del niño. Lo cual no nace de las palabras como tal, sino que depende de quien las interprete y las interprete y transforme en decisiones y resoluciones, en este contexto van Bueren (1998, p. 16), destaca que “uno de los aspectos más importantes es determinar si el interés superior del niño se entiende únicamente en el sentido del bienestar del niño o implica que niñas y niños tengan el derecho a participar en las decisiones sobre su vida”. Si lo que se entiende es esta segunda opción, debemos buscar maneras para que realmente los niños puedan tener un rol significativo en la interpretación y uso de sus derechos. No bastaría con identificar a los niños como sujetos de derecho, sino como sujetos sociales a los que sus derechos tienen que tener sentido y ser relevantes para ellos en su vida cotidiana (Liebel, 2013, p. 53-72 y 2015, p. 45). Así propone comprender el interés superior del niño, al menos de tres maneras:

- Como el interés que el niño o niña tenga en su calidad de persona e independientemente de su edad;
- Como el interés que niñas y niños tengan en su calidad de niños, lo cual implica el interés en una vida digna en el presente;
- Como el interés que niñas y niños tengan en su calidad de futuros adultos, distinguiendo entonces entre el futuro de los niños y el futuro de las sociedades en que viven.

La Convención, en este tema deja bastante margen de interpretación, garantiza a los niños el art. 12, poder expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y que, en el momento de tomar decisiones, sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta. Sin embargo, el mismo precepto condiciona el ejercicio de este derecho, en cuanto exige “que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propios y de que se tome en consideración sus puntos de vista en función de su edad y grado de madurez”. Se incluyen restricciones que dependen de la interpretación discrecional de los que tienen el poder correspondiente.

Por otra parte, el interés superior del niño no solo surge cuando se habla del desarrollo de la vida del niño, también a la vista de las diferencias entre los niños mismos. Define la Convención al niño como persona perteneciente al grupo etéreo de los menores de 18 años. Se trata de un concepto abstracto, y en la realidad, las diferencias entre niños menores y mayores, entre niños y niñas, entre niños de diferente origen social, situación de vida,... son grandes. Incluso se puede afirmar que este tipo de diferencias pueden resultar más importantes que las que existen entre niños y adultos. Es por todo ello que si queremos identificar y comprender el interés de los niños, debemos tomar en cuenta sus situaciones y percepciones (Liebel 2015: 47).

2 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)⁴ determina que el artículo 3, párrafo 1 de la CDN enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos

⁴ Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). El alcance de esta Observación se limita al artículo 3, párrafo 1, de la Convención no abarcando los párrafos 2 y 3 del artículo 3. Indica el Comité los objetivos de la observación general en el capítulo II y expone la naturaleza y alcance de la obligación impuesta a los Estados partes (capítulo III). Ofrece un análisis jurídico en el capítulo IV, en el que se explica su relación con otros principios generales de la Convención. El capítulo V está dedicado a la aplicación, en la práctica del principio del interés superior del niño, mientras que en el capítulo VI proporciona directrices sobre la difusión de la observación general.

los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (párrafo 1).

El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales (párrafo 2).

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño⁵ (párrafo 4).

Subraya el Comité que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo, es decir, un derecho de aplicabilidad inmediata y reclamable judicialmente;*
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental y*
- c) Una norma de procedimiento.*

La observación general tiene por objetivo garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo. Confía el Comité en que esta observación general guíe las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y cuidadores (párrafo 10).

El interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución. La observación general proporciona un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño; pero no pretende establecer lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concreto (párrafo 11).

⁵ El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (Observación general N° 5, párrafo 12).

El término “niños” implica que el derecho a que se atienda debidamente a su interés superior no sólo se aplique a los niños con carácter individual, sino también general o como grupo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que le conciernan (párrafo 23).

El párrafo 23 de la observación general declara que la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del menor es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten. Aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, el interés superior del niños será “su preocupación fundamental” (artículo 18, párrafo 1).

El Comité subraya que el término “tribunales” alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje (párrafo 27).

Destacamos por su trascendencia en este trabajo la vía civil, en cuanto se afirma que el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niños, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente (párrafo 29).

Califica el Comité el concepto de interés superior del niño de “complejo”, “flexible” y “adaptable”, tomando en consideración la situación de vida específica y el contexto de vida de cada niño o niña o de cada grupo de niños en el momento de tomar decisiones. En todo ello, las determinaciones se tomarán respetando todos los derechos estipulados en la Convención y en los Protocolos Facultativo (párrafo 32).

La flexibilidad del concepto se refiere a la posibilidad de tener en cuenta la situación de cada niño y de incorporar los nuevos

conocimientos científico-sociales sobre el desarrollo infantil que vengan adquiriéndose, sin embargo, el comité también recuerda que en el pasado, el concepto de globalidad “ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo, por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por los profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdénaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia” (párrafo 34).

Afirma el Comité que la evaluación y determinación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta, se tomen en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, niñas o niños individuales, de la niñez en general o de grupos de niños, precisando que estas circunstancias incluyen las características individuales de los niños o del grupo de niños como por ejemplo, edad, género, grado de madurez, experiencia, pertenencia a grupos minoritarios, discapacidad física o emocional o mental. De igual manera, ha de considerarse el contexto social y cultural en el que viva el niño, así la presencia o ausencia de padres, el hecho de que el niño o la niña viva o no con ellos, la calidad de las relaciones y los vínculos que tenga con su familia o con las personas que están a su cargo, la seguridad en su contexto de vida o las posibilidades u oportunidades para tener una vida mejor (párrafo 48).

A las personas responsables de tomar decisiones sobre niñas o niños, el Comité recomienda elaborar una lista de elementos que correspondan al interés superior del menor pero que esta lista no sea considerada ni exhaustiva ni jerárquica. De hecho, el establecimiento de este tipo de listas se guía con el cometido de garantizar que los niños puedan gozar de manera plena y efectiva de todos los derechos reconocidos en la Convención (párrafos 50 y 51).

Recalca el Comité que es necesario tener presente que los niños no son un grupo homogéneo. Significa que en el momento de determinar su interés superior debe considerarse su diversidad al respecto. Manifiesta el Comité que si bien existen necesidades universales que son comunes a todos los niños, la expresión de estas necesidades depende de toda una serie de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, inclusive del desarrollo de sus facultades (párrafo 55).

Sostiene el Comité que para evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que

sean necesarios para su bienestar (artículo 3, párrafo 2). Los conceptos de la “protección” y “cuidado” deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. Bienestar que abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales, así como su necesidad de afecto y seguridad (párrafo 71).

El interés superior del niño según el Comité es una “consideración primordial” en la adopción de todas las medidas de aplicación, a la que se atenderá e impone a los Estados una obligación jurídica, lo que significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño (párrafo 37). La expresión “consideración primordial” la define el Comité en sentido de que el interés superior del niño no debe estar al mismo nivel que otras consideraciones, lo que se justifica por la situación especial del niño caracterizada por la “dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo carencia de voz”. Las posibilidades de los niños “de defender con fuerza sus propios intereses” son menores a las de los adultos. Por tanto todas aquellas personas encargadas de tomar decisiones sobre niños y niñas deben tener especial conciencia de los intereses de la niñez. Si no se ponen de relieve de manera explícita los intereses de la niñez, corren el peligro de ser pasados por alto (párrafo 38).

Esta Observación General, como todas las observaciones que emite el Comité para los Derechos del Niño, no es vinculante en el sentido del derecho internacional, pero sí ofrece pautas y orientaciones, y en el momento de tomar una decisión política o emitir una resolución judicial, las instancias pertinentes suelen consultar estas observaciones. Ahora bien, es irremediable que en su calidad de pronunciamiento jurídico, las Observaciones permanezcan vagas y abstractas y requieran de más interpretación y concreción (Liebel, 2015, p. 49).

3 ADAPTACIÓN EN NUESTRO PAÍS DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Establece el artículo 39 de la Constitución Española, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal, en el marco de sus competencias regula las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor.

Es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y la que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección jurídica de menores.

Transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la LO 1/1996, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de la Constitución, lo que se lleva a cabo a través de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Reforma que está integrada por dos normas, La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.

Los cambios introducidos en la LO 1/1996 desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto a lo largo de estos años de diversas interpretaciones. Por ello para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2. Se concreta el concepto jurídico indeterminado incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como los criterios de la observación general nº 14 del comité, y se da al concepto un contenido triple:

- Como derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución,
- Es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor,
- Es una norma de procedimiento.

A la luz de estas consideraciones, la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en las “circunstancias

concretas”, pero también en una serie de “criterios reconocidos por el legislador” que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos.

Así, el nuevo art. 2 de la LO 1/1996 establece determinados criterios a tener en cuenta, entre otros:

La satisfacción de las necesidades básicas del menor,

- La consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, o
- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencias

Estos criterios habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como:

- La edad y madurez del menor.
- La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, o
- La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.

Como tercer elemento que ha de intervenir en la defensa del interés superior del menor, se hace referencia a la necesidad de respetar las garantías procesales, en particular: los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado; la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos o la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados.

Se modifica el artículo 3 para incluir la oportuna referencia la Convención de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, y adaptar en consecuencia el lenguaje, sustituyendo el término deficiencia por el de discapacidad.

Mediante la modificación de los artículos 9 y 10 de la LO 1/1996, se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, así.

- Se establece el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado.
- Se sustituye el término juicio por el de madurez, considerando, en todo caso, que los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos.

- Se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas,
- Se incorpora la posibilidad de que los menores planteen sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas.
- Se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.
- Presentar denuncias individuales al Comité de los Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle⁶.

Se introduce un nuevo Capítulo III en el Título I de la Ley Orgánica de protección Jurídica del menor con la rúbrica “Deberes de los menores”, en el que, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes.

Se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular: respeto a la familia, corresponsabilidad en el cuidado del hogar, respeto a las normas de convivencias en los centros educativos, etc...

4 LA PRESERVACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR Y MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES COMO ELEMENTO QUE DEBE SER TENIDO EN CUENTA AL EVALUAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Se afirma en el Preámbulo de la Convención que “la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el

⁶ Modificaciones todas ellas acordes con lo establecido entre otros en: el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual; la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado; Convenio relativo a la del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicación, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. Se toma en cuenta además de esta regulación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos SN contra Suecia de 2 de julio de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003 y Ballerín contra España de 4 de noviembre de 2003) y del Tribunal Supremo, sentencia número 96/2009, de 10 de marzo.

crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños”, y en el artículo 16 se dispone que el derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención, “familia” que según el artículo 5, debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida, en su caso a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige que “el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación sea necesaria en el interés superior del niño”. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”, –artículo 9, párrafo 3–. Lo que se aplica también a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha⁷.

Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño, según considera el Comité. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores junto con los demás elementos pertinentes para el caso (párrafo 67).

Es por todo ello por lo que nos vamos a centrar en la evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una separación del niño y sus padres y, en el análisis de los criterios adoptados en las decisiones judiciales del Tribunal Supremo.

⁷ Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo [...]. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con su responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño.

4.1 Custodia Compartida e Interés Superior del Menor

La guarda y custodia compartida se encuentra en pleno debate legislativo, jurisprudencial⁸ y doctrinal en nuestro país desde que la Ley 15/2005, de 5 de julio, la introdujera de forma expresa en nuestro Código Civil (Gómez, 2016)⁹.

A pesar de las limitaciones con las que esta reforma abordó la guarda y custodia compartida, el Tribunal Supremo, en su **sentencia de 2246/2013, de 29 de abril**, señaló que la redacción del artículo 92 CC “no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, 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 tanto en cuanto lo sea”.

A partir de la reforma del Código Civil, los pronunciamientos del TS, son cada vez más proclives a su implantación, pero en la práctica no se ha producido un incremento significativo de las resoluciones acordando esta modalidad de guarda y custodia.

En 2014 según el Instituto Nacional de Estadística:

- La custodia de los hijos menores fue acordada a la madre en el 73,1% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (76,2%).
- En el 5,3% de los procesos de custodia la obtuvo el padre (frente al 5,5% de 2013).
- La custodia fue compartida en el 21,2% (17,9% del año anterior) y
- En el 0,4% se otorgó a otras instituciones familiares¹⁰.

Romper con esta resistencia era lo que pretendía el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental, que en su Exposición de Motivos señala que “La introducción de un artículo 92 bis del Código Civil tiene por objeto regular los cambios necesarios para

⁸ Respecto a la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial, vid. Torres Perea (2016).

⁹ Vid. Montero Aroca (2011); Pinto Andrade (2009); Sillero Crovetto (2010, p. 4-20); García Presas (2013); López Romero y Alonso Espinosa (2015).

¹⁰ Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, año 2014, Nota de Prensa Instituto Nacional de Estadística, 15 de septiembre de 2015. Respecto de la teoría y práctica de las Crisis Matrimoniales: Nulidad, Separación y Divorcio, vid. Sillero Crovetto (2014).

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”. No vio la luz este Proyecto, pero sí son ya 5 las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes regulando este modelo de guarda y custodia. Es por tanto, la jurisprudencia la que ha ido configurando un modelo de custodia, y en concreto el Tribunal Supremo que, ante el vacío legal, desde su sentencia de 29 de abril de 2013, supera la excepcionalidad de la custodia compartida como se venía contemplando, fija un elenco de criterios para valorar la conveniencia de su aplicación, y se pronuncia respecto de las diferentes cuestiones que relacionadas con este modelo de custodia se vienen planteando. Destacando, la **sentencia 194/2016, de 29 de marzo**, en la que con rotundidad, casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2015, que niega al actor la guarda y custodia compartida de su hijo menor con los siguientes términos. “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 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, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. [...]. 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 éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el art. 92 CC en tanto en cuando de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan”.

En la **STS 172/2016, de 17 de marzo**, en la que se estima el recurso de casación contra la sentencia de 27 de enero de 2015, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, se remite a la siguiente doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de fechas 29 de abril de 2013, 25 de abril, 2 de julio y 18 de noviembre de 2014 y 16 de

febrero de 2015, todas ellas relativa a los requisitos de guarda y custodia compartida: “La interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, 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 tanto en cuanto lo sea”.

“[...] Acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 CC y jurisprudencia que lo desarrolla (antes citada), asumiendo la instancia y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas, como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

El TS en la **sentencia 246/2016, de 24 de mayo**, afirma que “al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores. No deberá prosperar el recurso que intente la

adopción de las medidas que sean más interesantes para los progenitores, dado que no prima el interés del padre/madre sino el de sus hijos, por lo que habrá de procurarse que la relación de éstos con sus progenitores se mantenga y progrese, su sustento económico se garantice, su estabilidad y desarrollo emocional se potencie y el derecho a una vivienda digna se ampare (art. 47 de la Constitución)”.

En la **STS 193/2016, de 29 de marzo**, se afirma que “No se cuestiona que con el sistema de guarda y custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres. Lo que no se entiende es que frente a la sentencia recurrida que valora el interés del menor con expresa atención a la opinión del propio hijo¹¹, se pretenda un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo, bajo la cobertura legal de guarda y custodia compartida que es prácticamente igual al que la sentencia ha fijado”

No se ofrecen argumentos que hagan pensar que el régimen de custodia compartida fuera más beneficioso para el interés del menor.

4.2 Custodia Compartida y Supuestos de Conflictividad entre los Progenitores

Afirmó el TS en **sentencia 4924/2011, de 22 de julio**, que “Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecte, perjudicándolo, el interés del menor”. Desde entonces y durante los últimos años, ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones.

En la **sentencia 619/2014, de 30 de octubre**, considera el Tribunal Supremos que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba. Recuerda los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y afirma que: “Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres

¹¹ “El propio menor reconoce expresamente estar plenamente adaptado al régimen vigente y así se lo hizo saber al Equipo Psico-Social. Manifiesta el menor de 11 años de edad, que quiere continuar con el régimen actual, con el mismo sistema de permanencia y estancia; en todo caso desearía la ampliación del horario de los fines de semana, para que su padre lo reintegre al domicilio materno una hora más tarde los domingos”.

exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Consideró, sin embargo, el Tribunal Supremo en la **sentencia 96/2015, de 16 de febrero**, “razonables las divergencias entre los padres. Revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que concedió la custodia a la madre al estimar que había un “importante nivel de conflictividad y tensión en la pareja que permitía inferir que la custodia compartida no sería una solución, sino un semillero de problemas que iba a intensificar la judicialización de la vida de los litigantes e incidir negativamente en la estabilidad del menor. Como pruebas de esta tensión, tuvo en cuenta las discrepancias serias por el colegio de escolarización y el hecho de que la mujer hubiese sido condenada por una falta de coacciones tras una denuncia de su marido por haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar”.

Las razones esgrimidas por la Audiencia para desaconsejar la custodia compartida, según el TS “no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo. En primer lugar, porque la condena por coacciones de la mujer no supone demérito alguno para hombre, y en segundo lugar, porque la discrepancia sobre el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable”.

Se indica que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes, ambos son profesores universitarios. [...] La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

En la **STS 465/2015, de 9 de septiembre**, se vuelve a pronunciar sobre las discrepancias de los padres sobre la custodia compartida, estableciendo que éstas no impiden que se acuerde si beneficia a los menores.

En este caso, el Juzgado de primera instancia había acordado el régimen de guarda y custodia compartida excluyendo que los conflictos entre los progenitores tuviesen entidad tan relevante como para que los progenitores olvidases el interés de sus hijos al objeto de hacer valer su propio interés. No compartió la sentencia de instancia la conclusión del Informe psicosocial que consideraba como obstáculo para la guarda y custodia compartida la discrepancia de los progenitores sobre la misma.

La AP de Guipúzcoa revocó la sentencia parcialmente, atribuyendo la guarda y custodia a la madre, se apoya en la mayor imparcialidad del informe del equipo psicosocial frente a los de parte; la escasa edad de los menores (9,7 y 4 años); el acuerdo suscrito entre ambos progenitores en el que acordaban que la guarda y custodia de los menores la ostentara la madre y en el desacuerdo sustancial en relación al cambio de domicilio de los hijos.

Para el TS “la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores. [...]. Las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, sin bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnico [...] en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial pues no se analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del status quo”.

Declaraciones que se vuelven a reiterar en la **STS 138/2016, de 9 de marzo**, en la que se afirma que “lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficiosos para ello. Para la adopción del sistema de custodia no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario [...]. La Sala acuerda estimar el recurso y, asumiendo la instancia, establece el régimen de guarda y custodia compartida sobre los

menores, sin que proceda el análisis del recurso extraordinario por infracción procesal, al quedar sin objeto, por ser lo debatido una cuestión de naturaleza sustantiva, al referirse a la idoneidad del horario laboral del padre, como requisito necesario para la custodia compartida. El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal”.

En el caso contemplado en la **sentencia 51/2016, de 11 de febrero** afirma el TS que “[...] la sentencia de la Audiencia se aparta de la doctrina de esta Sala. Se ha limitado a analizar, una y otra vez, la inexistencia de buenas relaciones entre los progenitores y la falta de apoyo del fiscal a la custodia compartida, negando de un modo genérico, pero sin analizarlos, la concurrencia de los demás requisitos exigidos para acordar la custodia compartida, sin analizar su efectividad, sino que, según la Audiencia, la existencia de buenas relaciones entre los progenitores es y constituye el requisito de inexcusable observancia, requerido para la adopción del régimen de custodia compartida.

“La Audiencia, aplica un modelo de custodia sobre una base meramente especulativa o en régimen de sospecha sobre el interés de los menores sobre cómo podría desarrollarse la custodia compartida, sin tener en cuenta que en el caso presente, como así lo apreció el juzgador de instancia, concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para establecer la custodia compartida, constituyendo el eje sobre el que pivota todo el entramado y la *ratio decidendi* de la sentencia de la audiencia, la situación de mala relación existente entre los progenitores, de modo que, según la Audiencia llega a concluirse que sin la existencia de una buena relación entre los progenitores, no sería nunca posible la custodia compartida, lo que es contradicho, frontalmente por las sentencia de esta sala de fechas 29 de noviembre y 17 de diciembre de 2013”

“[...] el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito, afirma el TS, sería una situación de entrañable convivencia. Partiendo de ello, no apreciamos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consumo. A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padre, en beneficio del menor”.

En la **sentencia 143/2016, de 9 de marzo**, se afirma que “para la adopción del sistema de custodia compartida se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor. En este sentido la sentencia de 17 de diciembre de 2012 refiere que las malas relaciones entre los cónyuges pueden ser relevantes cuando afectan al interés del menor y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”.

4.3 Custodia Compartida y Violencia de Género

Dispone el art. 92.7 CC que “No procederá la guarda y custodia conjunta cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”¹².

¹² En el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia aprobado por el Gobierno el 10 de abril de 2014, añade en el CC el artículo 92 bis, en el que su apartado 5 dispondría que “No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Extinguida la responsabilidad penal, el Juez, a instancia de parte, deberá valora si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. No se atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual ni compartida cuando esté incurso en un proceso penal inicial por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género por efectuar cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre o provisional firme dictado en el referido proceso penal será

Sobre esta situación se ha pronunciado el TS en **sentencia 36/2016, de 4 de febrero**. En este caso el Juzgado estimó sustancialmente la demanda de la actora atribuyendo a ésta la guarda y custodia de sus dos hijos. La Audiencia Provincial de Bizcaia revocó la sentencia y acordó la guarda y custodia compartida de los menores entre ambos progenitores por semanas alternas. Tras dictarse la sentencia de apelación, el padre fue condenado por un delito de violencia de género contra la ahora demandante (amenazas en el ámbito familiar), y se le prohibió acercarse a ella a una distancia inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses.

Ante esta situación el TS consideró que: “Sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padres. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida, y que en lo sustancial recoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. Nada habría que objetar, por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernika-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género”¹³.

[...] Los hecho indiscutidos de violencia en el ámbito familiar tienen una “evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a

causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Tampoco procederá la adopción de tal medida cuando el Juez de procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

Se prevé sin embargo que, excepcionalmente, el Juez pueda establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, lo que provoca las siguientes interrogantes ¿cómo se determinaría el interés del menor? ¿cuándo se apreciaría esta excepción?” (Reyes Cano, 2015, p. 213).

- ¹³ La condena se fundamenta en los siguientes hecho probados: “Federico sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su expareja, Doña Sabina, iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en la Calle OO, domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo “como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar”.

quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia los colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre la madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril 2013; 16 de febrero y 21 de octubre de 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Y es una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación de la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

Corolario lógico es lo dispuesto en el art. 92.7 CC, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad. La integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

A la vista de los hechos, el TS mantiene la sentencia de instancia en cuanto establece la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre y, se deja a la determinación del juzgado, en trámite de ejecución de la sentencia, la fijación del régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre”.

En el supuesto contemplado en la **STS 319/2016, de 13 de mayo**, “El recurso de casación de la demandante se fundamenta en la infracción del art. 94 CC, denunciando la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina de Sala pues no ha ponderado de forma adecuada el interés de los menores para fijar el régimen de visitas del progenitor no custodio. La demandante recurrente mantiene que el interés de los menores desaconseja el establecimiento del régimen de visitas fijado por las siguientes razones: i) La total despreocupación y desinterés del padre que no colaboró ni afectiva ni económicamente; ii) queda pendiente de celebrarse un juicio de violencia de género, en el cual los menores fueron testigos presenciales de los malos tratos sufridos por su madre (en el auto

que acuerda la medida de alejamiento se hace constar que al salir del juzgado tras la declaración por los hechos denunciados el demandado, amenazó a la demandante, y a sus hijos les dijo “esta noche se va a acabar todo, mañana no va a haber papá ni mamá”); iii) en el informe pericial se recoge que los menores presentan una buena evolución y adecuado desarrollo, que se encuentran adaptados a su organización de vida, no se aprecia la necesidad de cambios.

El demandado recurrente fundamenta su recurso en la infracción del art. 170 CC, por vulneración de la sentencia recurrida de la doctrina de esta Sala que recoge una interpretación restrictiva del referido precepto para acordar la privación total o parcial de la patria potestad. Mantiene el recurrente que tanto la sentencia de primera instancia, como la sentencia de apelación, no justifican otro motivo que el que el recurrente se encuentra privado de libertad para ser privado de la patria potestad, lo que supone añadir a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad, la sanción de ser privado también por los tribunales civiles de la patria potestad, interpretación que atenta contra los principios constitucionales básicos. [...]. Lo que plantea el recurrente es que la privación de la patria potestad no es en beneficio de los menores, pues supone un castigo para el recurrente porque hasta que no cumpla íntegramente la sanción penal y esté en plena libertad no podrá ejercer la patria potestad”.

Responde la Sala “[...] el art. 94 del CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el art. 65 del Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguardia de interés del niño.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio [...]. Igualmente el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015, exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno familiar adecuado y “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”; criterios que aún expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Igualmente en sentencia de 14 de febrero de 2016, rec. 3016 de 2014, se

deja sin efecto la custodia compartida en supuesto de violencia contra la mujer, pero no se suprimen las visitas del padre con los hijos.

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial, debemos declarar que en la sentencia recurrida no se infringe la misma, pues se limita a mantener un reducido contacto del padre con los hijos en el centro penitenciario, acompañados de tercera personal, sin perjuicio de que cuando salga en libertad se adopten las medidas ajustadas a derecho que interesen las partes.

Añade que “en la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que simplemente se suspende su ejercicio, dado que se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación de lo dispuesto en el art. 156 del CC, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. Si bien es desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita. Por la misma razón, procede dejar sin efecto la suspensión del ejercicio de la patria potestad, dese que el recurrente disfrute de libertad condicional, pues en dicho momento cesará el internamiento que justificaba la imposibilidad de ejercicio”

En la **sentencia 350/2016, de 26 de mayo**, se estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Coruña. “Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”¹⁴.

¹⁴ Consta en el caso, de un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que “*pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida*”.

Mediante la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, se lleva a cabo la modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se afirma en el Preámbulo que “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma¹⁵.

Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar reconocer a los menores víctimas de la violencia de género, mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos¹⁶.

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia¹⁷.

Asimismo, se modifica el artículo 65 con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género¹⁸.

¹⁵ Reyes Cano (2015, p. 181-217).

¹⁶ El apartado 2 del artículo 1, queda redactado como sigue: “*Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia*”.

¹⁷ Vid. Sillero Crovetto (2012, p. 57-93).

¹⁸ “*El juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.. si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la*

Por último se mejora la redacción del artículo 66 superando la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores¹⁹.

CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo viene reiterando en las sentencias más recientes, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida. Lo que se debe dilucidar en cada caso concreto, es si lo que se prima o no en la decisión que se adopta, es el interés del menor.

Habrà de examinarse si el juez ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, con el fin último de la elección del régimen de custodia más favorable para el mismo en interés de éste.

El concepto del interés superior del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas”, se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”, “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

Los tribunales deben velar por que el interés superior del menor se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente.

guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

¹⁹ “El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancias, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujeres, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

REFERENCIAS

- BUEREN, Geraldine van (1998): *The International Law on the Rights of the Child*, Den Haag: Martinus Nijhoff.
- GAITAN, Lourdes y LIEBEL, Manfred (2011): *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños*, Universidad Pontificia Comillas y Ed. Síntesis, Madrid.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2013): *La patria potestad*, Ed. Dykinson, Madrid.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2013): *Guarda y custodia de los hijos. Teoría y práctica*, Ed. Juruá, Brasil.
- GÓMEZ, Ana María (2016): “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias claves”, *Diario La Ley*, nº 8734, Sección Dossier, 5 abril 2016. Recuperado de: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMDSwsDI7Wy1KLizPw8WyMDQzMDEwNDtbz8lNQF2fb0ryU1LTmVnQUkJLMtEqX_OSQyoJU27TEenOJUtdSk_PxsFJPi4SakpmSWAI10SSxJtTUwVTUyMTABeiBpAENm0gp-AAAAWKE
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos et al (2001): *Curso sobre la Protección Jurídica del menor: aspectos teóricos y prácticos*, Madrid.
- LIEBEL, Manfred (2013): *Niñez y Justicia Social. Repensando sus derechos*, Pehuén Editores, Santiago de Chile.
- LIEBEL, Manfred (2015): “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, pp. 43-61.
- LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco, J. (2015): “Custodia compartida e interés superior del menor”, *Diario La Ley*, nº 8556, Sección doctrina, 8 de junio de 2015. Recuperado de: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMjYwNTY7Wy1KLizPw8WyMDQ1MDUyMDtbz8lNQF2fb0ryU1LTmVnQUkJLMtEqX_OSQyoJU25Ki0lS11KT8_GwUg-LhBqSmZJYATXRJLEm1NbBQNTIxMAMSIGkAPHagsH0AAAA=WKE
- MÓNTERO AROCA Juan, (2011): *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PINTO ANDRADE, Cristobal (2009): *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona.
- REYES CANO, Paula (2015): “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, pp. 181-217.
- SILLERO CROVETTO, Blanca (2010): “Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida”, *Artículo 14. Una Perspectiva de Género*, nº 35, pp. 4-20.
- SILLERO CROVETTO, Blanca (2012): “Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 54, pp. 57-93.
- SILLERO CROVETTO, Blanca (2014): *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio. Teoría y Práctica*, Ed. Juruá, Brasil.
- TORRES PEREA, José Manuel De (2016): “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº 8737, Sección doctrina, 8 de abril de 2016. Recuperado de: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjIyNTY7Wy1KLizPw8WyMDQzMdY2NDtbz8lNQF2fb0ryU1LTmVnQUkJLMtEqX_OSQyoJU25Ki0lS11KT8_GwUg-LhBqSmZJYATXRJLEm1NbBQNTIxMAESIGkAu12VHX0AAAA=WKE

UNCRC (1989), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Naciones Unidas, Nueva York.

UNCRC (2013) Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/12); http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (1998): *Explotación y Protección Jurídica de la Infancia*, Barcelona

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2015): “Derechos de la infancia y la adolescencia: Hacia un sistema legal”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, pp.17-41.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.) (2006): *El Desarrollo de la convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona.

ZERMATTEN, Jean (2007): “The Convention and the Development of Childhood”, en Jens Qvortrup, Willian A. Corsaro & Michael-Sebastian Honig (eds): *The Palgrave Handbook of Childhood Studies*, Palgrave Macmillan, Basingstoke.