



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.39.117>

EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

THE INTEREST OF THE MINOR AS A GUIDING PRINCIPLE IN DETERMINING THE GUARDIANSHIP AND CUSTODY REGIME

CRISTINA CINTORA EGEA¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 22/10/2023

Aceptado: 27/11/2023

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza de forma las figuras de la patria potestad y la guarda y custodia así como sus distintos modelos para a continuación centrarnos en el principio del derecho “interés superior del menor”. Principio fundamental que debe inspirar las decisiones judiciales y administrativas cuando se produce una ruptura familiar.

Palabras clave: interés superior del menor, principio rector, protección, criterios de interpretación.

ABSTRACT

In this work, the figures of parental authority and guardianship and custody as well as their different models are analyzed in order to then focus on the principle of “best

¹ Profesora asociada de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura y abogada en ejercicio. Doctoranda en el Programa de Doctorado de Economía y Empresa, línea de investigación La guarda y custodia compartida.

interest of the minor” law. Fundamental principle that should inspire judicial and administrative decisions when a family breakdown occurs.

Keywords: best interest of the minor, guiding principle, protection, interpretation criteria.

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve análisis de la patria potestad. 2.1. Concepto, contenido y alcance de la patria potestad. 3. Breve análisis de la guarda y custodia. 3.1. Concepto, contenido y alcance de la guarda y custodia. 3.2. Modelos de guarda y custodia. 3.2.1. La Guarda y Custodia exclusiva. 3.2.2. La guarda y custodia partida o distributiva. 3.2.3. La guarda y custodia compartida. 3.2.4. La Guarda y custodia ejercida por un tercero. 4. El interés del menor a la hora de determinar el modelo de guarda y custodia en los supuestos de crisis familiar. 4.1 El interés del menor en el ordenamiento jurídico. 4.1.1. La configuración del interés del menor en el Derecho Internacional y de la Unión Europea. 4.1.2. La configuración del interés del menor en el Derecho Español. 4.2. Concepto y contenido del interés superior del menor. 4.3. Criterios para la determinación del interés superior del menor. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La patria potestad supone la asunción de unos derechos y obligaciones que tienen como finalidad satisfacer las necesidades de los hijos menores así como su proceso hacia la madurez cuando ya tienen plena capacidad.

Históricamente hablando se ha abandonado la concepción del Derecho Romano del *pater familias* en la que el padre cabeza de la familia dominaba todos los aspectos de la vida de las personas a su cargo, y se pasó inicialmente a una patria potestad ejercida únicamente por el padre en el que los deberes y derechos que asume como tal están al servicio de garantizar el bienestar del hijo, para finalmente encontrarnos con una patria potestad dual, ejercida por ambos progenitores con idénticos fines.

El ejercicio conjunto de la patria potestad y guarda y custodia no genera conflicto en el entorno de una familia unida. Sin embargo ante una crisis familiar, el ejercicio de esos deberes y derechos puede complicarse, por lo que lo más adecuado será que los propios progenitores acuerden los términos de la guarda

y custodia así como los derechos y deberes de ambos que se generan tras esa ruptura de la convivencia familiar.

No obstante, no siempre esto es sencillo, y así en numerosos casos, por no decir en la mayoría de ellos, los progenitores no alcanzan un acuerdo y deben dirimirse esta cuestión ante los tribunales, quienes lo resolverán inspirados por el principio de lo que sea mejor para el menor.

Es en este marco jurídico donde el interés superior del menor encuentra su mayor sentido. Como ha reiterado el Tribunal Supremo (en adelante TS), *el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que resulte más favorable para el menor y no un sistema que premie o castigue al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda*².

2. BREVE ANÁLISIS DE LA PATRIA POTESTAD

2.1. Concepto, contenido y alcance de la patria potestad

La evolución del Derecho, y en concreto del Derecho de Familias, ha permitido que pasemos de una *patria potestas* configurada como el poder soberano que ejercía el paterfamilias sobre el resto de los miembros de la unidad familiar a la concepción actual entendida como una serie de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que se imponen por ley a los progenitores³.

Aunque la Ley orgánica 26/2015, de 28 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce el término más acertado a mi entender, de responsabilidad parental, lo cierto es que el Código Civil (en adelante CC), sigue utilizando la expresión inicial de patria potestad⁴, sin llegar a realizar una definición del término, por lo que hay que acudir a la numerosa doctrina existente en la materia para acercarnos a la definición del concepto.

² Por todas, STS 628 de 10 de enero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:628.

³ Con la ley 11/1981 de 13 de mayo, la patria potestad a pasa a ejercerse de forma conjunta por el padre y la madre, dejando de ser de esta forma un derecho-deber exclusivo del padre. Así mismo tras la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el CC al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, surge la necesidad de sustituir los términos “padre” y “madre” por otro más acorde, el de “progenitor”, como así aparece ya en una parte del articulado del CC.

⁴ Cristóbal Pinto Andrade, *La custodia compartida*, editorial. Bosch, Barcelona, 2009. 2ª Edición. Página 35. “El término patria potestad no parece el más adecuado para una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI, puesto que parece asociado y evoca la idea de poder y pertenencia al paterfamilias, siendo aconsejable denominar a la institución como: responsabilidad parental”.

Es abundante la doctrina española que abarca el estudio de este concepto, y en toda ella hay elementos comunes, siendo el más destacado la configuración de la patria potestad como un derecho deber de los progenitores. Así en palabras de Ragel Sánchez, la patria potestad se define como “aquel conjunto de relaciones jurídicas existentes entre los padres y los hijos menores de edad no emancipados o mayores de edad “incapacitados”⁵ que tienden a proteger los intereses de éstos, mediante la asunción por aquéllos de las responsabilidades y decisiones más trascendentes”. Por su parte Albaladejo señala que la patria potestad “se configura como un derecho-deber”⁶.

En todo caso ha de entenderse esa relación aplicable a los menores de dieciocho años, tal como señala Acedo Penco⁷.

De esta forma el concepto de patria potestad alude a ese conjunto de derechos y deberes que tienen los padres por el mero hecho de serlo y que tienen como único fin asistir y procurar la atención necesaria a sus hijos en todos los ámbitos de su vida, gozando ambos de la titularidad y ejercicio de la misma *ab initio* y generándose una corresponsabilidad en el ejercicio de la misma.

El desarrollo normativo de esta figura se encuentra en el Libro 1º Título VII, Capítulos I al IV, abarcando los artículos 154 a 170 del CC. Y en este sentido los artículos 154 y 156 concreta los derechos y facultades que asisten a los progenitores en aras del ejercicio de la patria potestad⁸.

⁵ Luis Felipe Ragel Sánchez, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2000, página 547.

⁶ Manuel Albaladejo García, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, editorial Bosch, Madrid, 2013, página 267.

⁷ Ángel Acedo Penco, *Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2021, página 238: “Ha de resaltarse que, en la práctica, la patria potestad se proyecta sobre los hijos menores de dieciocho años de edad en la inmensa mayoría de los casos, salvo en los nimios casos de emancipación de los mayores de 16”.

⁸ El artículo 154 CC (modificado por la Ley 26/2015, 28 de julio de 2015) señala que: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

El artículo 156 CC señala que: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o

Ha sido la doctrina la que ha ido estableciendo los principios informadores de esa patria potestad, siendo los más esenciales, los siguientes:

1. La actuación de los progenitores debe orientarse al beneficio del menor y en todo caso respetando su personalidad.
2. Los derechos de los progenitores están en todo caso enfocados al ejercicio de la patria potestad.
3. El ejercicio de la patria potestad se atribuye a ambos progenitores.
4. El Ministerio Fiscal, Jueces y Magistrados y en general las Administraciones Públicas podrán intervenir para preservar su adecuado ejercicio, al tratarse de una materia de interés público.
5. Como extensión del respeto a la personalidad del menor, los padres deberán oír a los hijos en la toma de decisiones que les afecten, cuando tuviesen suficiente discernimiento, obligación ésta que se hace extensiva para los órganos judiciales, cuando sean éstos los que deban adoptar esas decisiones, en los casos de crisis matrimoniales.
6. La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección Jurídica del Menor, recoge los principios generales a tener en cuenta en la protección del interés del menor, con el máximo respeto al desarrollo de su personalidad.

No obstante, como se verá, esto puede cambiar en los casos en que se produce una ruptura familiar, pues en dichos supuestos la titularidad de la patria potestad puede permanecer inalterable en ambos supuestos, mientras que el ejercicio de la misma puede verse alterado, al no darse la convivencia conjunta y habitual que se da en las relaciones familiares.

El artículo 154 del CC establece que serán los hijos e hijas no emancipados, los sujetos que se encuentran bajo la patria potestad de los progenitores. Es por tanto la filiación la que determina la sujeción a la patria potestad, filiación que podrá ser matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, no haciendo distinción

parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

alguna el CC al respecto. No obstante, como señala el artículo, solo alcanzará a aquellos hijos o hijas que no se encuentren emancipados legalmente.

El ejercicio de la patria potestad por los progenitores está dotado no de un carácter meramente facultativo, sino obligatorio para quien lo ostenta⁹. Pero dicho ejercicio puede recaer sobre ambos progenitores o en uno solo de ellos, ya sea con el consentimiento del otro, o porque se haya decidido así por resolución judicial¹⁰. Así, aunque lo normal sea un ejercicio conjunto, no son pocos los supuestos en los que se acudirá a un ejercicio individual, tal como prevé la norma, bien porque haya desacuerdo entre los progenitores, bien porque así se acuerde judicialmente tras un proceso penal por atentar contra el otro progenitor o contra los hijos, bien por ausencia o imposibilidad de su ejercicio por uno de los progenitores o bien por falta de convivencia entre ellos¹¹.

En cuanto al contenido de la patria potestad, éste viene desarrollado en distintos artículos del CC, según el ámbito sobre el que inciden, dotando a los padres de determinadas facultades y poderes, que, no obstante, no son absolutos, ya que a la par la norma prevé a su vez una serie de excepciones, supuestos que escapan de ese poder de los padres.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 450, 3526/1997 de 20 de mayo, recaída en recurso n.º 1837/1993. ECLI:ES:TS:1997:3526.

¹⁰ Art. 156 CC: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

¹¹ Artículo 156 CC: “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos. En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

De esta forma el artículo 154 del CC enumera los deberes y poderes de los padres dentro de lo que podría denominarse el ámbito personal, siendo los siguientes: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. 3º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Recogiendo a su vez, el derecho de los hijos o hijas con suficiente madurez a ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten, derecho que ostentan y debe ejercerse también en los supuestos de crisis familiares dentro del marco de un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo¹².

No podemos olvidar que la Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre adopción internacional, vino a modificar a través de su disposición final primera el contenido del artículo 154 eliminando el derecho-deber que tenían los padres de *corregir razonable y moderadamente a los hijos* lo que ha supuesto la aparición de posturas doctrinales enfrentadas, entre los que vienen a sostener que se ha producido una “exageración legislativa inculta”¹³ y los que sostienen que no ha de volver a implantarse tal derecho.

El artículo 160 por su parte reconoce en su apartado 1º el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores aun cuando no ejerzan la patria potestad, siempre que una decisión judicial no acuerde lo contrario, derecho que abarca también los supuestos en que el progenitor se encuentre privado de libertad, debiendo en este caso adoptarse las medidas oportunas para el traslado del menor y su preparación para la visita.

Este derecho de relación se reconoce también a los menores adoptados respecto de sus familias de origen, si bien en los supuestos previstos por el artículo 178.4.2¹⁴.

¹² Artículo 154 del CC: “Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

¹³ Jose Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho Civil IV*, Familia, 2010, página 401.

¹⁴ Artículo 178.4.2 de la ley 54/2007 de 2 de diciembre sobre adopción internacional: “2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido. b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el

Así mismo el CC reconoce en el apartado 2º del artículo 160 el derecho de los menores a relacionarse con hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. A este respecto señala el mencionado artículo que será una resolución judicial la que decida en caso de conflicto al respecto, en cuyo caso ha de asegurarse que no supongan así mismo infringir otras resoluciones judiciales que hubieran limitado o acordado la suspensión de las relaciones del menor con alguno de los progenitores.

Dentro de la esfera patrimonial del menor, contempla el artículo 162 del CC, la facultad de los padres de ostentar la representación de los hijos menores no emancipados, facultad esta que también se encuentra limitada en los siguientes supuestos de: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Igualmente, dentro del ámbito patrimonial, ostentan los padres la facultad de administración de los bienes de los hijos, facultad que deben asumir con la misma diligencia que si de los propios se tratara¹⁵. De igual forma impone la norma una serie de excepciones en relación a: 1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos. 2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado. 3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

En relación a la representación que ostentan los padres respecto de sus hijos, el artículo 166 recoge el régimen de disposición de los bienes de éstos, de

adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”.

¹⁵ Artículo 164 del CC: “Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria”.

forma que los padres *no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.* Además, los padres deberán obtener la autorización judicial para: *repudiar la herencia o legado deferidos al hijo.* No siendo necesaria la autorización judicial cuando *el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.*

Todas estas facultades y poderes que integran la patria potestad tienen su concordancia con los derechos y deberes que se reconocen e impone la norma, a los hijos.

De esta forma en el CC en su artículo 157, 158 y 159 reconocen:

1º El ejercicio de la patria potestad por parte del menor no emancipado sobre sus hijos, para lo cual recibirá la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; interviniendo el juez en aquellos casos en los que exista desacuerdo o imposibilidad.

2º Goza el menor, del derecho a que se adopten medidas judiciales para su protección, medidas que podrán acordarse no solo de oficio sino también a petición del propio menor, cualquier pariente o del Ministerio Fiscal¹⁶.

4.º Derecho a su protección, adoptando medidas como la prohibición de aproximación a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que el menor frecuente, así como de prohibición de comunicación por cualquier medio, a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas, medidas que se adoptarán con respeto en todo caso, al principio de proporcionalidad.

5.º Derecho a que se acuerde la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, del régimen de visitas y comunicaciones que fueron acordadas ya por resolución judicial, ya por convenio aprobado judicialmente, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

¹⁶ Estas medidas tal como indica el artículo 158, tienen la finalidad de evitar perjuicios en el menor, pues tratan de asegurar la prestación de alimentos; de evitar perturbaciones dañosas en los supuestos de cambio del titular de la guarda o evitar la sustracción del menor por uno de los progenitores.

6º El derecho a ser oídos, a los que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años, por el juez en todas las medidas que respecto a él deban adoptarse¹⁷.

Por su parte el artículo 155 pone de relieve las obligaciones que incumben a los menores respecto de sus progenitores: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella¹⁸.

Esta parca enumeración de los deberes de los hijos que hace el CC se ha visto ampliada y complementada con la enumeración que realiza a su vez la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM)¹⁹, que los clasifica por deberes en general, deberes en el ámbito familiar, deberes en el ámbito escolar y deberes en el ámbito social.

De igual manera el Capítulo II de la LOPJM, se dedica a enumerar los derechos que asisten a los menores, reconociéndoles así: el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen; el derecho a la información; el derecho de participación; el derecho de asociación; el derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas; el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído y escuchado.

3. BREVE ANÁLISIS DE LA GUARDA Y CUSTODIA

3.1. Concepto, contenido y alcance de la guarda y custodia

En relación con la patria potestad, la guarda y custodia, implica una parte de esos derechos deberes de los progenitores que integran la patria potestad, pues mientras los progenitores conviven en familia, esta guarda y custodia queda absorbido por el ejercicio de la patria potestad²⁰, pues forma parte del

¹⁷ STC (Sala 1ª) núm. 144/2003, de 14 de julio y STS 221/2011, de 1 de abril. ECLI:ES:TS:2011:2053.

¹⁸ Artículo 155 CC.

¹⁹ Esta Ley orgánica ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2001 de 4 de junio de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia; la Ley orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁰ Entre otros, Luis Felipe Ragel Sánchez, “La guarda y custodia de los hijos”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 15, de enero a diciembre de 2001, página. 284; Carlos Rogel Vide, “En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados —Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 2005

ámbito más personal del menor.

De esta forma el término de guarda y custodia aparece en aquellos supuestos en que no existe convivencia de los progenitores, esto es, en los supuestos de crisis familiares, en las que se trata de impedir que el menor salga lastimado y desprotegido. Será en esos supuestos habrá que decidir qué progenitor tendrá a los menores en su compañía, sin que éste supuesto conlleve una situación de privilegio de uno sobre el otro.

Como indica el CC, tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, salvo casos excepcionales²¹, corresponden de forma conjunta a los progenitores, y ello será así con independencia de a quién se atribuya la guarda y custodia de los menores.

De esta forma el concepto de guarda y custodia se refiere a los derechos y deberes que emanan de la convivencia habitual con el menor, esto es alimento, vestido, habitación etc., correspondiendo al progenitor que la tiene atribuida tomar las decisiones de escasa importancia que se generan en el día a día. De esta forma se hablará de guarda y custodia en aquellos casos en que se ha roto la convivencia familiar, pues en caso contrario, la guarda y custodia está incluida en la patria potestad.

En el presente trabajo, nos vamos a referir a la *guarda y custodia* de los menores no emancipados, ejercida por sus progenitores, pues no cabe olvidar que, en determinados casos, los menores no van a convivir con sus progenitores sino con un tercero, ya se trate de un tutor, de un guardador de hecho o incluso de una institución. Supuestos éstos para los que se emplea tan sólo el término de *guarda*²²

3.2 Modelos de guarda y custodia

Una vez que se produce la ruptura familiar, es preciso determinar cuál va a ser a partir de ese momento el modelo de guarda y custodia que se implantará para regular las relaciones personales de los menores con sus progenitores.

A este respecto cabe apreciar, según la mayoría de la doctrina, la existencia

²¹ Nieves Martínez Rodríguez, “Mediación y guarda y custodia de menores”, en: *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* — coord. Fernando Martín Diz—, Dykinson, 2011, p. 108

²² Luis Felipe Ragel Sánchez, “La guarda y custodia...”, ob.cit., páginas. 281-329.

de tres modelos de guarda y custodia, a saber, custodia exclusiva o monoparental, custodia partida o distributiva y custodia compartida²³.

3.2.1 La guarda y custodia exclusiva

La guarda y custodia exclusiva, unilateral o como algunos autores llaman, monoparental²⁴, es aquella que se atribuye a uno solo de los progenitores tal como prevé el artículo 159 del CC²⁵ en aquellos supuestos en que no existe convivencia entre los progenitores.

Este modelo de guarda y custodia sigue siendo en la actualidad, aunque ya con menos margen, el preferente en los procesos de separación, divorcio y nulidad²⁶.

El ejercicio exclusivo de la guarda y custodia a un progenitor no impide el ejercicio conjunto de la patria potestad. Además, en estos casos se debe preservar el derecho de los menores a relacionarse con el progenitor no custodio, lo que ha venido a denominarse de manera coloquial como *derecho de visita*, manteniéndose pues una relación habitual y constante²⁷ y debiendo el progenitor no custodio contribuir al sostenimiento de los hijos, con la fijación de una pensión alimenticia.

Este régimen de guarda y custodia podrá establecerse por vía de convenio regulador, en los procesos de separación, divorcio o medidas definitivas en

²³ Indicar no obstante, que otros autores como Elisabet Almeda Samaranch, “Monoparentalidad y responsabilidad parental”, en: *La Custodia Compartida a Debate* —ed. Teresa Piconto Novales—, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, N° 56, Dykinson, Madrid, 2012, páginas 117-118, que propone la existencia de una guarda y custodia conjunta, exclusiva, compartida simétricamente y compartida asimétricamente.

²⁴ Entre otros Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, página 667.

²⁵ Art. 159 del CC: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

²⁶ En los datos estadísticos del INE, en 2021 la custodia de los hijos menores fue otorgada en el 53,1% a la madre (54,5% en el año anterior), y en el 3,5% al padre (3,9% en 2020), siendo en el 43,1% otorgada la guarda y custodia compartida (41,4% en 2020) y en el 0,3% se otorgó a otras instituciones o familiares. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&idp=1254735573206, consultado el 9/05/2023.

²⁷ Silvana González-Espada Ramírez, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en ESPAÑA*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia), página 23.

procesos de familia no matrimonial, o bien ser fijado por sentencia judicial en idénticos procesos que se desarrollen de forma contenciosa.

Interesante es la conclusión a la que llega un sector de la doctrina, al entender que la guarda y custodia exclusiva no existe en realidad, pues el progenitor no custodio también la estaría ejerciendo durante los periodos de visitas y vacaciones, por lo que, para este sector doctrinal, en lugar de guarda y custodia exclusiva sería más acertado hablar de guarda y custodia alterna, o incluso guarda y custodia principal para señalar a la que ejerce el progenitor que más tiempo esté con los hijos.

No puedo estar de acuerdo con esta postura, pues a mi entender guarda y custodia y derecho de visitas son figuras completamente diferenciadas. Cierto es que los derechos y deberes de los progenitores serán los mismos durante el tiempo en que permanezcan los hijos en su compañía, pues no podemos olvidar que existen supuestos en que no se fija ningún régimen de visitas para el progenitor no custodio, por ser lo más aconsejable para el menor y supuestos en que el régimen de visitas que se establece es restringido y/o supervisado.

3.2.2. La guarda y custodia partida o distributiva

Esta modalidad de guarda y custodia ya viene contemplada en el CC, más concretamente en el párrafo IV del artículo 96²⁸. Para que se dé la misma es requisito imprescindible que existan dos o más hijos, pudiendo en estos supuestos atribuirse la guarda y custodia de uno o varios a un progenitor y el resto al otro progenitor.

En este caso, será el juez quien deberá valorar la conveniencia o no de adoptar dicho modelo, teniendo siempre en cuenta la protección del desarrollo integral del menor, pues se parte de la premisa fundamental de no separar a los hermanos, en base al principio de unidad familiar. Es por tanto una modalidad de carácter excepcional como señalan las sentencias en las que se aplica, así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de mayo de 2007, en la que, pese a indicar que es recomendable la convivencia entre los hermanos, entiendo que la separación favorece al desarrollo integran del hermano mayor,

²⁸ Dice el párrafo IV del artículo 96 del CC: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente”.

considerando que el régimen de visitas servirá mejor a su fortalecimiento²⁹.

De esta forma la guarda y custodia partida solo se establecerá en aquellos supuestos en que sea lo más beneficioso al interés del menor una vez atendidas las circunstancias de cada caso concreto.

3.2.3. La guarda y custodia compartida

No cabe duda de que este modelo de guarda y custodia debe ser el deseable en caso de crisis familiares, y si bien es cierto que, en los últimos años, las decisiones judiciales son cada vez más proclives, salvo casos excepcionales, a acordarla³⁰, lo cierto es que hoy día la custodia exclusiva sigue siendo el modelo preferente.

La guarda y custodia compartida no era una cuestión nueva para la doctrina y la jurisprudencia, que ya la venían aplicando con anterioridad a su regulación. Ésta se produjo a raíz de la modificación que del CC hizo la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio³¹. Así esta norma modificó el contenido del artículo 92 del CC³² e introdujo esta modalidad de guarda y custodia, cuando así

²⁹ SAP Sevilla, Sala 5ª, de 8 de mayo de 2007, Fundamento de Derecho 2º: "... se torna aconsejable mantenerle bajo la custodia del padre, ya que de la citada documentación se deduce, sin grandes esfuerzos, que es la mejor manera de contribuir a su adecuado desarrollo. Sin perjuicio del contacto del menor con su madre y su hermano que se produce mediante el régimen de visitas establecido. Con respecto al menor Juan Luis, en los informes de los servicios sociales de la localidad de Lanjarón, donde actualmente reside con su madre y su familia materna, se destaca su notable integración y adecuado desarrollo, lo cual es concluyente para determinar que ha de continuar bajo la custodia de la madre, sin perjuicio, al igual que con respecto al otro hijo, por alteración de las circunstancias, se puedan modificar las medidas adoptadas, desde luego, siempre en beneficio y atención del menor. Como ya hemos señalado, es recomendable la convivencia entre los hermanos dado que favorece su desarrollo integral, sin embargo, en determinados supuestos, como el analizado, dadas las dificultades y obstáculos que representa el desarrollo del mayor de los hermanos se estima aconsejable esta separación, que puede permitir que, mediante esos contactos durante los periodos de visitas, se fortalezca y mejore".

³⁰ Cabe señalar que en muchos casos las sentencias que acuerdan una guarda custodia exclusiva para un progenitor acuerdan a su vez un régimen de visitas muy amplio a favor del progenitor no custodio, en ocasiones tan amplio que el reparto del tiempo entre uno y otro es prácticamente equitativo.

³¹ Antes de la reforma, en los casos de rupturas familiares, la guarda y custodia de los hijos venía siendo adjudicada por el juez y tribunales a uno de los progenitores, en la mayoría de los casos a la madre.

³² Artículo 92: 5. "Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. (...) 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar 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. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas. 8. Excepcionalmente, aun

lo solicitaren los padres en el correspondiente convenio regulador en los procesos de mutuo acuerdo o cuando se llegase a tal acuerdo durante la tramitación del procedimiento correspondiente.

No obstante, su inclusión en el CC no vino acompañada de la correspondiente definición del término. Siguiendo a Lathrop se definiría como “aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”³³.

El modelo de guarda y custodia compartida también venía ya recogido con anterioridad en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 que en su artículo 12 dice “todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y madre tiene una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...”» y continua en su artículo 14 que “en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones...”

A nuestro juicio, la custodia compartida supone un plus de ventajas respecto a los demás regímenes de custodia, pues conlleva una mayor implicación de los progenitores en la atención y el cuidado diario que suponen el ejercicio de las relaciones paterno filiales. Pero por otro lado exige un mayor compromiso para los progenitores, que en todo momento habrán de mantener una fluida relación, así como un mutuo respeto hacia el otro, esfuerzo éste que no todos están dispuestos a asumir, aunque el interés de sus hijos sea lo que más deba importar.

3.2.4. La guarda y custodia ejercida por un tercero no progenitor

Mención aparte merece hacer un breve comentario a la guarda y custodia ejercida por un tercero, esto es por una persona que no sea ninguno de los progenitores.

Esta posibilidad viene ya recogida en el artículo 103.2 del CC donde se prevé

cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

³³ Fabiola Lathrop Gómez. *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid, 2008, página 39.

que “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiándoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”.

Sin embargo, como indica el propio artículo, no se trata en sí mismo de adjudicar la guarda y custodia de los hijos a los abuelos, sino de adoptar una medida concreta y temporal en atención a las circunstancias que se den en cada caso concreto, como así señala el artículo 158.1 del CC “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres”, pues esa posibilidad no está entre las previstas en el artículo 92 del CC. Por ello de lo que se trata aquí es de adoptar esta medida de forma extraordinaria para garantizar la protección del menor, en supuestos de maltrato, desamparo, o en aquellos supuestos en que los progenitores no puedan ejercerla, por poner algunos supuestos.

4. EL INTERÉS DEL MENOR A LA HORA DE DETERMINAR EL MODELO DE GUARDA Y CUSTODIA EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS FAMILIAR

Si hay algo que tienen en común los modelos de guarda y custodia analizados es que todos ellos tienen como prioridad absoluta el interés del menor, de forma que a la hora de decidir cuál sea el modelo más adecuado para regular la nueva situación familiar, habrá que analizar cada caso concreto y ver qué es lo más conveniente para el/los hijos, pues su bienestar está por encima de todo incluso del de sus progenitores.

4.1 El interés del menor en el ordenamiento jurídico

El *favor filii* o interés del menor es el principio fundamental o principio rector del Derecho de la persona y del Derecho de familia. Como principio rector del Ordenamiento Jurídico español, su obligada observancia implica que en todo proceso en el que se encuentre involucrado un menor deberá ser supervisado por los poderes públicos y en concreto en los supuestos de crisis familiares

por el Ministerio Fiscal y Jueces³⁴. De esta forma se considera que el interés superior del menor es una cuestión de orden público³⁵.

4.1.1 La configuración del interés del menor en el derecho internacional y de la unión europea

Fue la Declaración de Derechos del Niño aprobada en Ginebra el 26 de diciembre de 1924³⁶ la que reconoció por primera vez la necesidad de proteger al niño después de haber sido testigos del horror de la Primera Guerra Mundial en los más desprotegidos. Más tarde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 reconoció en su artículo 16.3 que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. Y reconociendo más adelante el derecho a la protección infantil de todo niño con independencia de su filiación³⁷.

El 20 de noviembre de 1959 se aprobaba por la Asamblea General de Naciones Unidas la Declaración de Derechos del Niño, norma que destaca por introducir en su texto el concepto de “interés superior del menor”³⁸.

En 1966 dos pactos, el Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 16 de diciembre, insisten en la necesidad de adoptar medidas de protección sin que exista discriminación de los menores.

³⁴ En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de febrero de 2016 RTC/2016/16 declaró: “el principio del interés superior del menor es considerado como principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afecten a los menores”.

³⁵ STS de 11 de febrero de 2011, dispuso que: “La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”, ECLI:ES:ST:2011:505.

³⁶ La inglesa Eglantyne Jebb y su hermana Dorothy Buxton fundaron Save the Children en 1919. La Alianza Internacional Save the Children adoptó el 23 de febrero de 1923, la primera Declaración de los Derechos del Niño que finalmente fue adoptada por la Sociedad de Naciones el 28 de febrero de 1924.

³⁷ Artículo 25.2: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

³⁸ El Principio II de la Declaración establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del menor”. Y el segundo párrafo del Principio VII establece: “El interés superior del niño debe ser principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

De esta forma la normativa internacional es la viene dotando de contenido al principio, cuando el 20 de noviembre de 1989 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En ella ya se habla expresamente de atender al interés superior del menor en supuestos como determinar la separación del niño de sus padres dentro de cualquier proceso o de regular las relaciones con sus progenitores³⁹. Así como señala su artículo 3.1, todas las instituciones, sean públicas o privadas, las administraciones, los jueces y los órganos encargados de legislar tienen que atender a ese interés superior del menor en todas las medidas que adopten y les conciernan, deber que es extensible a los progenitores o a aquellas personas bajo cuyo cuidado y responsabilidad se encuentre en cada caso el menor⁴⁰.

En el ámbito europeo es muy numerosa y prolífica la normativa dedicada a la protección del menor, así nos referimos al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; el Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961; el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980; el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993; el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996; el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de

³⁹ Artículo 9 1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (...) 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. (...)”.

⁴⁰ Bernardo Cruz Gallardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer LA LEY, Madrid, 2012, página 154.

resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

Sin embargo, en mi opinión ocupa un lugar destacado la Resolución A3-0172/1992 de 8 de julio por la que se aprobó por el Parlamento Europeo la Carta Europea de Derechos del Niño, que, pese a que no era vinculante para los estados miembros, mostraba el interés y la necesidad de dotar de un marco jurídico a la protección de los menores.⁴¹ Así partiendo de los postulados de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, la Carta Europea de Derechos del Niño, reconoce al niño como titular de derechos: a la no discriminación, a la igualdad, a la vida, a un nombre y nacionalidad, a la protección de su identidad, a gozar de unos padres, o personas o instituciones que los sustituyan, a la libertad de conciencia de pensamiento y de religión, a gozar de su propia cultura, a la salud, a la enseñanza, a la protección contra la explotación económica; a la protección contra la droga y a la protección de su imagen.

4.1.2. La configuración del interés del menor en el derecho español

Si el punto de partida lo fijamos en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, vamos a observar que la Constitución Española (en adelante CE) apenas si se refiere a los derechos de los menores. Tan solo se refiere a ellos en su artículo 39 donde por un lado se instituye a los poderes públicos como garantes de la *protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación*⁴² y por otro se reconoce que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*.⁴³

⁴¹ En el punto 15 de la Carta se establece: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño”.

⁴² Apartado 2 del artículo 39 de la CE: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

⁴³ Apartado 4 del artículo 39 de la CE.

De esta forma, todo tratado o norma internacional que vele por la protección de los menores constituye, desde el momento de su ratificación, norma integrante de nuestro ordenamiento jurídico y como tal deberá ser tenida en cuenta en la actividad legislativa, judicial y administrativa⁴⁴

Con ese reconocimiento constitucional, comienza a aparecer en la legislación española las primeras referencias al interés superior del menor:

La Ley 11/1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el interés superior del menor pasaba a constituir el principio rector de cualquier actividad administrativa o judicial que afectase a los hijos menores, declarando además la igualdad entre los hijos habidos dentro como fuera del matrimonio⁴⁵ y la de los progenitores a la hora de ejercer la patria potestad⁴⁶.

En la Ley 1/1982 de Protección Civil al Honor, Intimidación y Propia Imagen, se recoge el consentimiento prestado por los menores, si tienen suficiente madurez para ello⁴⁷. También se refleja el cambio en la Ley Orgánica 8/1985 sobre el Derecho a la Educación, donde se recoge el derecho a la educación sin discriminación alguna y los derechos y deberes de los padres en relación a la educación de sus hijos y los derechos y deberes de los alumnos y alumnas y en la Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, donde los cambios en los procedimientos de adopción y acogimiento tienen *como finalidad social la protección de los menores privados de una vida familiar*, para lo cual se da prioridad al interés del menor, siendo una muestra de ello que se cuente con su consentimiento para la adopción o acogimiento a partir de los doce años.

El gran avance legislativo que se dio en la regulación del derecho de protección al menor, tiene su máxima expresión en la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil

⁴⁴ Artículo 53.3 de la CE: “3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁴⁵ Artículo 108 del CC tras la reforma: “1. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

⁴⁶ Artículo 154 del CC tras la reforma: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre (...)”.

⁴⁷ Artículo 3.1: “El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”.

y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ya en su exposición de motivos se presenta como la respuesta a las demandas que desde distintas estancias se hacían eco de la necesidad de adecuar el ordenamiento a la nueva realidad social y de dotar de un marco jurídico de protección a los menores en todos los campos y materias en que puedan verse afectados.

De esta forma su artículo 2 hace ya una referencia expresa al interés superior del menor, considerando el mismo como primordial en cualquier actuación pública o privada, ordenando su aplicación de forma prioritaria a toda administración, institución pública, tribunal u órgano legislativo que deba adoptar medidas referentes a ellos. Así mismo establece que habrán de interpretarse de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de obrar del menor.

A renglón seguido, la LOPJM recoge los criterios que habrán de tenerse en cuenta para su interpretación y aplicación, criterios que habrá de ponderar en atención a unos elementos generales que serán tenidos en cuenta caso por caso.

Esa observancia e interpretación del interés superior del menor gozará de prioridad cuando confluya con otros intereses, de manera que en todo caso habrá de primar el del menor⁴⁸.

La LOPJM modificó también el articulado del CC y de la LEC sin embargo fue la Ley 15/2005 de 8 de julio la que introdujo el principio en el CC⁴⁹. La LOPJM fue posteriormente modificada por la Ley orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En ella se pone de manifiesto que estamos ante un concepto jurídico indeterminado y que como tal ha sido objeto de numerosas interpretaciones, ello no hace sino poner de manifiesto la necesidad de dar contenido a ese concepto, y para ello la reforma incorpora la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, los criterios de la Observación general n° 14 de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado primordial.

⁴⁸ El artículo 11.2 de la LOPJM establece: “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior”. Al respecto se pronunció diferente doctrina entre la que destaca por su relevancia, Cristina Guillarte Martín Calero, “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en AA.VV. (coord. Cabedo Mallo, V., Ravetllat Ballesté, I. *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, páginas 87-88.

⁴⁹ Tras la reforma del CC por la Ley 15/2005 de 8 de julio, el principio del interés superior del menor aparece reflejado en algunos artículos como el 154, 156, 161 y 170.

4.2 Concepto y contenido del interés superior del menor

Visto todo lo anterior, es evidente que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado definido por el TS como cláusula general⁵⁰. De esta manera ese carácter general permite que pueda adaptarse para su aplicación a cada caso o supuesto concreto, dependiendo eso sí de las circunstancias y necesidades del menor, siendo en todo caso los tribunales los encargados de su interpretación y aplicación.

No obstante, no podemos olvidar que en ocasiones también el TS ha optado por aplicar el interés superior del menor y ha optado por aplicar el artículo 3 de la Convención, donde se niega la prevalencia del interés del menor, ya que como la Sala dice, también forma parte ésta de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de la Sentencia de 6 de febrero de 2014⁵¹, sobre un supuesto de gestación subrogada. En el Fundamento de derecho quinto de la sentencia se dice:

“7.- En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de "una consideración primordial" a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del

⁵⁰ Sentencia del S de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto: “3. El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado "conceptos esencialmente controvertidos", esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. 6. La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior de la menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. NO hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser precedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”. ECLI:ES:TS:2014:247.

⁵¹ STS núm. 247 de 6 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:247.

estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.”

Así vemos que, en el supuesto de la sentencia mencionada, el interés superior del menor queda relegado, por la aplicación del artículo 3 de la Convención, entendiéndolo el TS que ello es posible pues como señala la Convención, el interés del menor debe ser tenido en cuenta como otros intereses, y de esta forma habrá de realizarse la correspondiente ponderación entre ellos para ver cuál prevalece.

A falta de una definición por parte del ordenamiento jurídico del concepto y siguiendo a Roca Trías *el interés superior del menor no es más que el aseguramiento de la protección de sus derechos fundamentales.*⁵²

4.3 Criterios para la determinación del interés superior del menor

Frente a la ventaja que supone la aplicación del interés superior del menor en cualquier supuesto en que se ve implicado éste, su indeterminación no deja de plantear inseguridad jurídica por la gran discrecionalidad⁵³ que tienen los jueces a la hora de su interpretación y aplicación.

Una forma de limitar ese efecto negativo consiste en establecer unos criterios que permitan la apreciación del mismo y su más acertada aplicación. De esta manera el CC establece alguno de ellos, como por ejemplo el apartado 6º del artículo 96 establece que el juez deberá oír al menor cuando éste tenga suficiente juicio⁵⁴. La potestad de recabar dictámenes de especialistas que permitan

⁵² María Encarnación Roca Trías, “Contestación: el interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 93, 4/1994, Barcelona Páginas 975-976.

⁵³ Silvia Tamayo Haya, “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 41, 2008, p. 54.

⁵⁴ Artículo 92.6 CC: En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

valorar el régimen más adecuado para el menor⁵⁵. La recomendación de no separar a los hermanos⁵⁶.

Por su parte el artículo art. 2 de la LOPJM dedicado al interés superior del menor, recoge los siguientes criterios.

«a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia; d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

Además el apartado 3 establece que dichos criterios serán interpretados en función de la edad y el grado de madurez del menor, del principio de igualdad y no discriminación, del transcurso del tiempo en su desarrollo, la integración, soluciones que permitan la integración y desarrollo del menor en la sociedad, la preparación a la edad adulta y otros.

También la Jurisprudencia del TS ha venido poniendo de manifiesto otros, entre otras en su sentencia de 16 de febrero de 2015 «(...) la práctica anterior de

⁵⁵ Art. 92. 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

⁵⁶ Art. 92. 10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

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 los 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

No se trata de una lista cerrada, por lo que la práctica judicial y administrativa irá complementándola.

En el mes de junio de 2020, el Consejo General del Poder Judicial, elaboró una guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida. En dicho documento se analizaron el impacto psicológico que una ruptura de pareja en la familia y los aspectos sociales de esa ruptura. También analizó el CGPJ la jurisprudencia del TS, de los TSJ y las Audiencias provinciales en materia de custodia, así como las relaciones parentales en los supuestos de violencia de género y contra los hijos. Con todo ese análisis se recoge en el Anexo III de la guía una guía de criterios que sirvan para determinar el régimen de custodia más adecuado en cada caso concreto.

Así para cualquier supuesto en que se trate la materia de custodia de los menores serán criterios que el juzgador debe aplicar: 1º La opinión del menor, cuando éste tenga suficiente juicio. 2º. El juez debe dejar de lado posiciones personales apriorísticas. 3º. El juzgador debe dar prioridad de los acuerdos alcanzados por las partes. 4º Se deben descartar aquellos modelos de custodia que no tengan como finalidad asegurar la relación más saludable y fructífera entre los y las menores y sus progenitores, 5º. No cabe la custodia compartida cuando exista proceso penal a cualquiera de los padres 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. 6º Se podrán adoptar las medidas cautelares que se estimen pertinentes para asegurar el cumplimiento del régimen de guarda establecido.

Al margen de estos criterios generales para todos los supuestos, en el anexo III de la guía se recogen los criterios específicos a tener en cuenta para decantarse a favor de uno u otro modelo de custodia. Siendo estos criterios los siguientes: 1. Opinión manifestada por los hijos e hijas menores 2. Capacidad, aptitud y habilidad parental 3. Disponibilidad para ejercer la custodia 4. La actitud de los progenitores 5. Vinculación psicológica o apego

6. Arraigo social y familiar de los hijos 7. Mantenimiento del statu quo con el fin de preservar la estabilidad de los hijos: continuidad de la figura cuidadora principal o cuidador primario 8. Existencia de conflicto entre los progenitores en tanto tenga incidencia sobre el menor 9. La edad de los menores 10. Recomendaciones de los informes periciales psicosociales

5. CONCLUSIONES

El interés superior del menor se configura como un concepto jurídico indeterminado, gracias a lo cual cabe su apreciación y aplicación genérica a cada supuesto en el que se vea implicado un menor. Tanto la legislación, de una forma más tímida como la Jurisprudencia y las actuaciones administrativas han venido estableciendo una serie de criterios, algunos muy generales, que permiten interpretar lo y realizar la correspondiente ponderación en los casos en que dicho interés colisiona con otros que estén en juego.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo Penco, Ángel. *Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2021.
- Albaladejo García, Manuel. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, editorial Bosch, Madrid, 2013.
- Almeda Samaranch, Elisabet. *Monoparentalidad y responsabilidad parental*, en: *La Custodia Compartida a Debate*, ed. PICONTO NOVALES, Teresa—, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 56, editorial Dykinson, Madrid, 2012.
- Cruz Gallardo, Bernardo. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer LA LEY, Madrid, 2012.
- González-Espada Ramírez, Silvana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia).
- Guillarte Martín Calero. Cristina. *El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, en AA.VV. (coord. Cabedo Mallo, V., Ravetllat Ballesté, I. Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.
- La Cruz Berdejo, Jose Luis. *Elementos de derecho Civil IV, Familia*, 2010.
- Lathrop Gómez, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

- Martínez Rodríguez, Nieves. *Mediación y guarda y custodia de menores*, en: La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis — coord. MARTÍN DIZ, Fernando—, editorial Dykinson, 2011.
- Pinto Andrade, Cristobal, *La custodia compartida*, editorial. Bosch, Barcelona, 2009. 2ª Edición
- Ragel Sánchez, Luis Felipe, Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia, editorial Dykinson, Madrid, 2000. Y La guarda y custodia de los hijos, en Derecho Privado y Constitución, n 15, de enero a diciembre de 2001.
- Rogel Vide, Carlos, *En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados — Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 1, 2005.
- Roca Trías, María Encarnación. *Contestación: el interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado*, Revista Jurídica de Catalunya, vol. 93, 4/1994, Barcelona.
- Tamayo Haya, Silvia, “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 41, 2008.
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados, editorial Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

M^a CRISTINA CINTORA EGEA
Área de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Extremadura
mcintora@unes.es
Orcid: 0000-0001-5507-8444

