

## **ANEXO-4**

### **CUSTODIA COMPARTIDA**

### *QUÉ ES LA CUSTODIA COMPARTIDA*

1. Recuerdo histórico.
2. Los Paradigmas en contra de ella.
3. Estudios sobre la Custodia Compartida.
4. Opiniones de la Magistratura.” En Defensa de los Menores”
5. Ejemplos de su aplicación.

## 1. Breve Desarrollo Histórico de la Custodia

La determinación de con cual de los progenitores deben de permanecer los hijos en un divorcio se ha convertido en un problema creciente en las últimas décadas. Los hijos han sido vistos en el pasado como una propiedad paterna, a quienes tenía que proteger, mantener, educar.

Hasta mediados del siglo diecinueve, los padres mantenían un poder casi absoluto de custodia, a finales del citado siglo algunos cambios históricos como la revolución industrial hicieron que como consecuencia de la salida del padre del hogar para asistir a los centros de trabajo lejos de su lugar de residencia, las madres se convirtieran en las principales cuidadoras. La división resultante de las responsabilidades familiares en cuidadoras primarias y sustentadores de alimento influyó las siguientes decisiones sobre la custodia.

La preferencia paterna existente hasta entonces, fue sustituida por la preferencia materna, basada en la presunción de los “pocos años”. La doctrina de los pocos años, aplicada a los menores de 6 años fue la norma utilizada para determinar la custodia de los menores, hasta que sobrepasando esos años, pasaran de nuevo al padre. En el primer cuarto del siglo XX se instauró con firmeza en la legislación anglosajona. La presunción de la madre como mejor criadora de los hijos recibió un apoyo intelectual en la teoría psicoanalítica de Sigmund Freud, quien focalizó la crianza exclusivamente en la relación materna, olvidando el papel del padre en el desarrollo de los hijos. La resultante idealización de la maternidad se reflejó con frecuencia en las decisiones de custodia.

La presunción de la custodia materna permaneció firme durante muchas décadas, sobre todo en la cultura anglosajona, hasta aproximadamente los años 1960, donde se produjo un movimiento social exigiendo el final de la discriminación existente basada en el sexo. El movimiento feminista y la entrada de gran número de mujeres en el mercado de trabajo, hizo que muchos estados de USA modificaran a mediados de los años 1970 “la presunción de los pocos años”, por “el mejor interés del niño”, donde por vez primera las decisiones sobre custodia se basaron en las necesidades de los hijos mas que en el género del progenitor.

Este cambio histórico preparó el terreno para otro gran cambio, la Custodia Compartida después del divorcio de los progenitores. Mas que otorgar la Custodia Única a uno de los progenitores y unos limitados derechos de visitas al otro progenitor, la custodia Compartida intenta mantener después del divorcio, las actuaciones y los compromisos de ambos progenitores sobre los hijos.

El concepto de Custodia Compartida emergió originalmente de un grupo de padres a principios de los años 1970, al sentirse despojados de sus papeles y derechos como padres, simplemente por existir el divorcio del otro cónyuge. El interés creciente sobre la Custodia Compartida estuvo apoyado en algunos sucesos que se desarrollaron paralelamente. El estudio del papel del padre en el desarrollo del hijo fue el primero de sus pilares. El segundo fue el cambio de papeles sociales que en la familia se producía, estando un mayor número de padres mas comprometidos en la crianza y desarrollo de sus hijos, sobre todo cuando sus dos progenitores desarrollaban carreras profesionales. En tercer lugar el divorcio se convirtió en un suceso social nacional y numerosos estudios e investigaciones clínicas mostraron el intenso sentido de pérdida y alineación que sufrían los padres y los hijos, como consecuencia de las costumbres aplicadas sobre la distribución de la Custodia, mayoritariamente a la madre.

Estos datos y el hecho de que anualmente mas de un millón de niños estuvieran involucrados en los divorcios de sus progenitores, dio lugar a que la Custodia Compartida fuera una opción instaurada hoy.

Fue en 1979 cuando por primera vez en el Estado de California (USA), seguida de Kansas y Oregón, se estableciera la Custodia Compartida como forma habitual de establecer la Custodia de los hijos en los casos de divorcio. En 1991, mas de 40 Estados de USA tienen la Custodia Compartida como opción o como preferencia, y el resto de los Estados han reconocido el concepto en la ley.

En los acuerdos sobre Custodia cada progenitor después del divorcio, mantiene los derechos y responsabilidades con respecto a los hijos; el intento de muchos padres en eliminar el “concepto de visitantes”, que se les otorga con respecto a las vidas de sus hijos

Eliminada la Custodia Compartida, nada de esto es posible, sino por el contrario, se aboca a una lucha cruel e injusta entre progenitores, que los hijos padecen de forma dramática. Se aboca a los progenitores a una lucha por el derecho a convivir con los hijos, que degeneran en muchos casos en una guerra, y crea el caldo de cultivo para gran parte de la llamada violencia doméstica (El Ministerio de Justicia español cifra en un 77% el porcentaje de la violencia doméstica que tiene lugar iniciados los procesos de separación y divorcio).

## 2. Los paradigmas en contra de la custodia compartida

### Paradigma nº 1:

#### Su Inaplicabilidad

Toda persona que nace y se desarrolla en un entorno familiar, mientras existe la convivencia marital de sus progenitores, vive en régimen de Custodia Compartida.

En este momento alrededor de 40 Estados de USA; Canadá, Francia, Bélgica y recientemente Méjico, utilizan la Custodia Compartida, como punto de partida en las disoluciones de pareja. La Custodia Única la atribuye un Juzgado cuando se establece en el mismo que uno de los progenitores es Inadecuado.

Cuando el horario del padre o de la madre hace que no se pueda llegar al domicilio familiar a la hora a la que llegan nuestros hijos, el personal doméstico o un vecino o vecina ejercen puntualmente el ejercicio compartido de la custodia.

Todas estas situaciones actuales nos llevan a la siguiente pregunta:

¿Por qué un padre cuando se separa/divorcia no puede ejercer ese mismo ejercicio de derecho-deber de custodiar sus propios hijos?

### Paradigma nº 2:

#### La Pernocta

Mientras los progenitores viven bajo el mismo techo con sus hijos. No se cuestionan todas las actitudes que el padre tiene en el cuidado habitual de los hijos. (Les asea, alimenta, etc. -cada tres horas, cada seis horas en función de la edad de los menores-, les cambia los pañales, les pone crema, etc...). Nadie cuestiona que deba de intervenir la Fiscalía para valorar si se le debe permitir pernoctar con sus hijos.

Preguntas en caso de Separación de los Progenitores:

¿Por qué la pernocta se convierte en un axioma y se impide que los menores sean cuidados por la noche por su padre?

¿Por qué la legislación laboral contempla el derecho a la baja por paternidad tras el nacimiento de los hijos y tras la separación se instaura la incapacidad o no idoneidad para ejercer esas funciones?

¿Por qué familiares maternos pueden hacerlo, y un padre no?

¿Por qué personal contratado para cuidarlos, a veces de distinta cultura, puede pernoctar con nuestros hijos y el padre tiene que esperar a que el juez o la trabajadora social lo "rehabilite" en su función de padre?

### **Paradigma nº 3:**

La custodia de los menores es un derecho de las madres desde “Las Partidas de Alfonso X el sabio”

Para los no concededores del lobby brutal que han ejercido los grupos en contra del ejercicio de la Custodia Compartida y el circuito de lucro que se genera, el titular les parecerá sorprendente, y tras la siguiente lectura seguramente indignante.

En el año 1990 y como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a la redacción original del artículo 159 de Cc. se modificó este artículo en los siguientes términos:

#### **Artículo 159 (redacción anterior)**

Si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.

#### **Artículo 159 (nueva redacción)**

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 oirá, antes de tomar esa medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

La consecuencia de esta modificación fue la eliminación de la discriminación directa que estaba contemplada en el texto legislativo. A raíz de la modificación del 159 Cc. Se realizaron documentos en contra de la modificación. Uno de ellos, se realizó entrevistando a miembros de la judicatura (jueces, fiscales, gabinetes psico-sociales y abogados). La metodología utilizada ha sido la encuesta directa sobre diferentes cuestiones relativas a la modificación del artículo 159.

Existen dos cuestiones importantes que dimanen de la lectura de la publicación a la que hacemos referencia:

Primero: se dice en la Introducción el documento (pag. 3) firmado por la Asociación de Mujeres Juristas “Themis” con la que colaboran algunos miembros de la judicatura que trabajan en la jurisdicción de familia en nuestros juzgados y tribunales, que “La modificación del artículo 159 del Código Civil realizada por Ley 11/1990 de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, *privó a las mujeres de nuestro país de un derecho reconocido desde las Partidas*”.

Segundo: en la página 14 2º párrafo se concluye: “Podemos observar que ni los jueces, ni los abogados/as ni los miembros del equipo psicosocial consideran que el padre cuidaría de los hijos mejor que la madre.

### **Paradigma 4º :**

El padre no es idóneo para ejercer la custodia de sus propios hijos.

Le explicaremos mejor con un ejemplo practico:

Javier X acaba de ser considerado idóneo para adoptar un niño rumano por la Comunidad de Madrid con su segunda esposa. Tiene tres hijos de un anterior matrimonio.

¿Cómo es posible que nuestro amigo Javier haya pasado todos los filtros y pruebas de idoneidad parental para la adopción de un hijo y es considerado no tan idóneo o no tan capaz para ejercer la custodia de sus propios hijos?

### 3. Estudios realizados sobre la Custodia Compartida.

**Han sido muchos los estudios que se han realizados sobre la Custodia Compartida, en relación con los demás tipos de Custodia de los hijos menores.**

A. Luepnitz. **Maternal, paternal and joint custody: A study of families after divorce. Doctoral thesis 1980. State University of New York at Buffalo. UMI No. 80-27618.**

A. Luepnitz. **Child Custody: A Study of Families after Divorce. Lexington Books 1982. A summary of the thesis in book form.**

Luepnitz estudio la Custodia Única y la Custodia Compartida. La mayoría de los chicos en Custodia Única estaban insatisfechos con la cantidad de visitas que recibían, mientras que los chicos en Custodia Compartida parecían razonablemente contentos con su relación con ambos progenitores. La calidad de la relación progenitor hijo se determinó que era mejor en la Custodia Compartida.

S.A. Nunan. **Joint custody versus single custody effects on child development. Doctoral thesis 1980. California School of Professional Psychology, Berkeley, UMI No. 81-10142**

Nunan comparó a 20 chicos en Custodia Compartida (de 7 a 11 años) con 20 chicos en Custodia Única materna. Todas las familias llevaban al menos dos años desde el divorcio. La Custodia Compartida mostraba en los chicos mayor solidez del ego, mayor solidez del super ego y mayor auto estima que en la Custodia Compartida. Los chicos en Custodia Compartida se encontraron también que eran menos excitables y menos impacientes que los que estaban en Custodia Única. En los chicos menores de 4 años en el momento de la separación las diferencias eran muy pequeñas.

B. Welsh-Osga. **The effects of custody arrangements on children of divorce. Doctoral thesis 1981. University of South Dakota. UMI No. 82-6914.**

Welsh-Osga comparó a hijos de familias integras con familias en Custodia Compartida y en Custodia Única. Las edades iban de 4,5 años a 10 años. Los hijos en Custodia Compartida se mostraban mas satisfechos del tiempo que pasaban con sus dos progenitores. Los progenitores en Custodia Compartida se encontraron más comprometidos con sus hijos. (Los progenitores en Custodia Compartida se encontraron que estaban menos sobrecargados por las responsabilidades familiares que los progenitores en Custodia Única). Los hijos de todos los grupos se encontraron igualmente ajustados a todas las medidas estandarizadas.

D.B. Cowan. **Mother Custody versus Joint Custody: Children`s parental Relationship and Adjustment. Doctoral Thesis 1982. University of Washington. UMI No. 82-18213.**

Cowan comparó a 20 familias en Custodia Compartida y a 20 familias en Custodia Única materna. Los hijos de las familias en Custodia Compartida estaban mejor ajustados con sus madres que los que estaban en Custodia Única materna. La percepción de los chicos en situaciones de Custodia Única se correlaciona con el tiempo que pasan con su padre!. Cuanto más tiempo pasan con su padre, los chicos en Custodia Única materna, mayor aceptación perciben ambos progenitores, y más ajustados estaban los hijos.

E.G. Pojman. **Emotional Adjustment of Boys in Sole and Joint Custody compared with Adjustment of Boys in Happy and Unhappy Marriages. Doctoral thesis 1982. California Graduate Institute.**

Pojman comparo a chicos de edades de 5 a 13 años. Los chicos en Custodia Compartida estaban significativamente mejor ajustados que los chicos en Custodia Única materna. Comparando a los chicos de todos los grupos, los chicos en Custodia Compartida eran similares a los de las familias felices.

E.B. Karp. **Children`s adjustment in joint and single custody: An Empirical Study. Doctoral thesis 1982. California school of professional psychology, Berkeley. UMI No. 83-6977.**

Estudio a chicos de 5 a 12 años en el periodo temprano de la separación o el divorcio. Los chicos y las chicas en situaciones de Custodia Única tenían un compromiso más negativo con sus progenitores que los chicos y chicas en Custodia Compartida. Existía un incremento en la rivalidad fraternal en los chicos en Custodia Única cuando eran visitados por el padre. Las chicas en Custodia Compartida tenían mejor autoestima que las chicas en Custodia Única.

J.A. Livingston. **Children after Divorce: A Psychosocial analysis of the effects of custody on self esteem. Doctoral thesis 1983. University of Vermont. UMI No. 83-26981.**

Estudio comparativo de chicos en Custodia Única materna, Custodia Única paterna, Custodia Compartida con la madre cuidadora primaria y Custodia Compartida con el padre cuidador primario. Los chicos en Custodia Compartida estaban mejor ajustados que los de Custodia Única.

L.P. Noonan. **Effects of long-term conflict on personality functioning of children of divorce. Doctoral thesis 1984. The Wright Institute Graduate School of Psychology, Berkeley. UMI No. 84-17931.**

Se estudiaron los efectos a largo plazo en la Custodia Compartida, la Custodia Única y las familias integras. Los hijos de familias en Custodia Compartida se encontró que eran más activos que los de familias en Custodia Única o de las familias integras. En situaciones de bajo conflicto se comportaron mejor que los de familias integras o familias en Custodia Única.

V. Shiller. **Joint and Maternal Custody: The outcome for boys aged 6-11 and their parents. Doctoral thesis 1984. University of Delaware. UMI No. 85-11219.**

La tesis compara 20 chicos en Custodia Compartida con 20 chicos en Custodia Única materna, Los de la Custodia Compartida se encontró que estaban mejor ajustados que los de Custodia Única, usando evaluaciones mediante test.

Bureau of National Affairs, **Association of Family and Conciliation Courts. Ed. Jay Folberg. 1984 M.R. Patrician. The effects of legal child-custody status on persuasion strategy choices and communication goals of fathers. Doctoral Thesis 1984. University of San Francisco. UMI No. 85-14995.**

Se entrevistó a 90 progenitores buscando en cuanto podía encontrar el conflicto, el desigual reconocimiento de derechos de los progenitores. La Custodia Compartida se encontró que ayudaba a la cooperación entre progenitores y desalentaba el egoísmo. La Custodia Única en Custodios y No Custodios propiciaba las estrategias de persuasión mediante el castigo. El desigual poder de custodia se percibió como inhibidor de la cooperación entre ambos progenitores.

G.M. Bredefeld. **Joint Custody and Remarriage: its effects on marital adjustment and children. Doctoral Thesis. (1985) California School of Professional Psychology, Fresno. UMI No. 85-10926**

Los chicos se ajustan bien al nuevo matrimonio de los progenitores tanto en la Custodia Única como en la Custodia Compartida; no se encuentran diferencias significativas entre los grupos. Los progenitores en Custodia Compartida muestran más satisfacción con sus hijos e indican que aprecian el tiempo en solitario con su nuevo esposo. Los chicos en Custodia Única informan de que ven a su padre menos tiempo desde que su madre se ha vuelto a casar, lo que no pasa en situaciones de Custodia Compartida.

B.H. Granite. **An investigation of the relationships among self-concept, parental behaviors, and the adjustment of children in different living arrangements following a marital separation and/or divorce. Doctoral thesis 1985. University of Pennsylvania, Philadelphia. UMI No. 85-23424.**

Los progenitores de hogares en Custodia Única (materna o paterna) se observó que utilizaban técnicas de presión psicológica para controlar a sus hijos, p.e. Induciendo culpa. No se encontraron diferencias en la autoestima entre los diferentes hogares. Se utilizaron chicos de entre 9 y 12 años, 15 en Custodia Compartida, 15 en Custodia Única materna y 15 en Custodia Única paterna.

S. Handley. **The experience of the child in sole and joint custody. Doctoral thesis 1985. California Graduate School of Marriage and Family Therapy. Joint custody children more satisfied than sole custody children. S.M.H.Hanson. Healthy single parent families. Family Relations v.35, p.125-132, 1985.**

Se compararon 21 familias en Custodia única y 21 familias en Custodia Compartida. Las madres en Custodia Compartida, tenían una buena salud mental. Las madres con Custodia única tenían el menor grado de apoyo social y las de Custodia Compartida de los hijos la que más. Las madres en Custodia Compartida mostraban la mejor resolución de todos los grupos en los problemas progenitor-hijo.

S.M.H.Hanson. **Healthy single parent families. Family Relations v.35, p.125-132, 1985.**

Se compararon 21 familias en Custodia Compartida y 21 familias en Custodia Única. Las madres en Custodia Compartida mostraban mejor salud mental. Las madres en Custodia Única mostraban el menor apoyo social y las madres en Custodia Compartida las que más. Las madres en Custodia Compartida mostraban la mejor resolución de los problemas entre progenitor-hijo.

Wolchik, S.A., Braver, S.L., & Sandler, I.N. **Maternal versus joint custody: Children's postseparation experiences and adjustment. (1985).Journal of Clinical Child Psychology, 14, 5-10.**

La autoestima se encontró mas alta en los chicos en Custodia Compartida. Los chicos en Custodia Compartida relataban experiencias mas positivas que los en Custodia Única materna.

J. Pearson and N. Thoennes. **The Judges Journal, Winter, 1986. Will this Divorced Woman Receive Support? Your Custody Decision may determine the Answer.**

La Pensión Infantil comparada entre la Custodia Única y la Custodia Compartida. La Custodia Compartida produce un mejor cumplimiento de los pagos a la madre.

J.S. Wallerstein and R. McKinnon. **Joint Custody and the Preschool Child. Behavioral Sciences and the Law, v.4, p.169-183, 1986.**

Este trabajo presenta la Custodia Compartida en los hijos muy pequeños de una forma ligeramente negativa, sin embargo, se basa en un estudio descriptivo no comparativo, no teniendo grupo control ni de comparación.

E.E. Maccoby, R.H. Mnookin and C.E. Depner. **Post-divorce families: Custodial arrangements compared. American Association of Science, Philadelphia. May 1986.**

Las madres en Custodia Compartida estaban mas satisfechas, comparadas con las madres en Custodia Única.

V. Shiller. **Joint versus maternal families with latency age boys: Parent characteristics and child adjustment. American Journal of Orthopsychiatry, v. 56, p. 486-9, 1986.**

Entrevistas a chicos y a ambos progenitores. Grupo de edad de 6 a 11 años. Encontró a los chicos en Custodia Compartida mejor ajustados que los de familias en Custodia única materna.

M.B. Isaacs, G.H. Leon and M. Kline. **When is a parent out of the picture? Different custody, different perceptions. Family Process, v.26, p.101-110, 1987.**

Este estudio compara a chicos de cinco grupos: Custodia física Compartida, Custodia física-legal paterna; Custodia física-legal materna; Custodia única materna; Custodia única paterna. Los hijos de familias en Custodia única omitían con tres veces mas frecuencia a uno de los progenitores que en los casos de Custodia Compartida.

M. Kline, J.M. Tschann, J.R. Johnson and J.S. Wallerstein. **Children`s adjustment in joint and sole custody families. Developmental Psychology, v. 25, p. 430-435, 1989.**

Este trabajo entre las familias sin conflicto, las diferencias entre la Custodia Única y la Custodia Compartida no son significativas. (Extrañamente, este artículo manifiesta "algunos estudios cuantitativos no han encontrado diferencias en sintomatología entre la Custodia Compartida y la Custodia Única en los hijos", citando los trabajos de Luepnitz y también a Wolchik, Braver y Sandler. Sin embargo, Luepnitz destaca que los hijos en Custodia Compartida mantienen una relación más normal padre-hijo que los que están en Custodia Única, Wolchik y cols encontraron que los hijos en Custodia Compartida tienen experiencias mas positivas y mayor auto estima que los que están en Custodia Única!) El estudio de Lehrman sobre 90 chicos, igualmente dividió entre Custodia Compartida, Custodia legal materna, y Custodia Única materna. Los chicos en Custodia Única materna mostraron mayor grado de auto odio y percibían mas rechazo de sus padres. Los chicos en Custodia Compartida y en Custodia legal Compartida sufrían menos problemas emocionales que los que estaban en Custodia Única materna.

Johnston, Janet R., Marsha Kline, and Jeanne M. Tschann, "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access," **American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 59, No. 4 (Oct. 1989).**

Johnston y cols estudiaron familias de ingresos bajos afectas de disputas por la custodia que incluían frecuentes agresiones verbales y físicas. Aproximadamente un tercio de los hijos en acuerdos de custodia compartida promediaban unos 12 días al mes con el progenitor no conviviente, en los otros ya tuviera la custodia única el padre o la madre, la media de relación eran cuatro días con el progenitor no conviviente.

Este estudio encontró que "no había clara evidencia de que los hijos estuvieran mejor ajustados en cualquier tipo de custodia", y que "las puntuaciones medias del Child Behavior Checklist caen en el rango normal en todos los tipos de custodia." También, "No había evidencia de que los chicos clínicamente perturbados estuvieran mas en la Custodia compartida que en la Custodia única." Sin embargo, el estudio muestra que un mayor contacto con los padres, tanto la Custodia única como en la Compartida estaba "asociado con mas problemas emocionales y de comportamiento en los chicos." El estudio de Johnston indica que la Custodia Compartida no reduce las peleas entre los progenitores en las situaciones de gran conflicto, pero también muestra que la Custodia única no protege a los hijos de los efectos del conflicto entre los progenitores. En situaciones de alto conflicto es probablemente mejor reducir las interacciones entre los progenitores. Por ejemplo, los progenitores pueden recoger a los hijos del colegio en vez de recogerlos en la casa del otro progenitor.

Este estudio no encuentra beneficio significativo en la Custodia Compartida en estos casos:

"solamente un progenitor con custodia compartida dejó de ver a su hijo, mientras que 12 progenitores en Custodia única dejaron de verlos." Por tanto la Custodia Compartida parece proteger a los hijos de la completa perdida de un progenitor, incluso en situaciones de alto conflicto.

Wallerstein J, Blakeless S. **Second Choices – Men, Women and Children a Decade after Divorce. New York: Technor and Fields, 1989.**

Judith Wallerstein y colaboradores han realizado muchas publicaciones en un estudio de mas de 20 años, sobre mas de 184 casos que han sido enviadas para terapia a su clínica. Los progenitores eran predominantemente personas enfermas, con aproximadamente la mitad hombres y la mitad mujeres "moderadamente perturbados o incapacitados con adicciones o neurosis"

Incluyendo algunos a veces suicidas". Un 20% de las mujeres y un 15% de os hombres fueron catalogados como "severamente perturbados"

Aproximadamente un tercio de la muestra se consideraba como que tenía "un adecuado funcionamiento psicológico" antes del divorcio. Aunque existía un elevado nivel de atrición, con las familias que dejaron el estudio cuando resolvieron sus problemas, algunas conclusiones surgieron de las familias que permanecieron. Los hijos en situaciones de custodia compartida, no eran mejores que aquellos en custodia única, indicando que los progenitores deben de ser razonablemente sanos psicológicamente para mantener o compartir la custodia en beneficio de los hijos.

Lerman, Isabel A. "**Adjustment of latency age children in joint and single custody arrangements**" **California School of Professional Psychology, San Diego, 1989**

Este estudio evaluó a 90 chicos, de edades entre 7 y 12 años, divididos en grupos iguales de Custodia única materna, Custodia Compartida legal, y Custodia física compartida.

Los resultados mostraron efectos negativos de la Custodia única: "Los chicos en Custodia única muestran mayor auto odio, y perciben mas rechazo de sus propios padres que los chicos en custodia compartida."

Los conflictos entre los progenitores se han encontrado como un factor significativo, que explica el mejor ajuste en los chicos con custodia compartida: "El grado de conflicto entre progenitores fue un factor significativo como predictor del auto odio del chico. Los mayores conflictos están asociados con mayor auto odio; menores conflictos están asociados con mejor ajuste, menor auto odio y menor percepción de rechazo del padre; menor contacto entre padre e hijo estaba asociado con peor ajuste, mayor auto odio y mayor percepción de rechazo por parte del padre."

Glover, R. and C. Steele, "**Comparing the Effects on the Child of Post-divorce Parenting Arrangements,**" **Journal of Divorce, Vol. 12, No. 2-3 (1989).**

Evalúa a hijos de edades desde 6 a 15 años en: auto estima, relaciones familiares y lugar de control. Eran divididos en tres grupos: Custodia Compartida, Custodia única y familias integras. Los hijos de familias integras tenían un promedio mayor que las familias divorciadas en autoestima y relaciones con el padre, y los hijos en Custodia Compartida tenían promedios mayores que la Custodia única en estas áreas. Las familias integras tenían menos respuestas positivas que los divorciados, y los en

Custodia Compartida tenían menos respuestas positivas que los de Custodia única, en todas las áreas excepto en relación con la madre.

Este estudio indica que de promedio una familia integrada por un padre y una madre es el mejor acuerdo para los hijos y la Custodia Compartida es mejor que la Custodia única, p.e. una familia de dos progenitores es mejor incluso aunque los progenitores estén divorciados.

L.M.C. Bisnaire, P.Firestone and D. Rynard. **Factors associated with academic achievement in children following parent separation. American J. of Orthopsychiatry. v.60(1), p.67-76, 1990**

Las visitas se encontró que era el factor más significativo en la capacidad de los hijos para mantener unos niveles académicos similares a los pre divorcio.

J. Pearson and N. Thoennes. **Custody after divorce: Demographic and attitudinal patterns. American Journal of Orthopsychiatry, v.60(2), p. 233-249, 1990.**

Las visitas regulares muestran ser un factor significativo dentro de un grupo de factores de ajuste positivos

... A la larga, los que habían contestado que tenían acuerdos de custodia compartida, eran más aptos en percibir a su ex cónyuge, teniendo una buena relación con los hijos y manifestaban satisfacción con esa persona como un progenitor....."

"... los conflictos entre progenitores divorciados en nuestra muestra no parecían empeorar como resultado de un incremento en la demanda de cooperación entre los progenitores y la comunicación, entre la custodia legal o la custodia física. Por el contrario los progenitores con custodia única manifestaban un mayor grado de deterioro en las relaciones, con el tiempo."

Rockwell-Evans, Kim Evonne, **"Parental and Children's Experiences and Adjustment in Maternal Versus Joint Custody Families " Doctoral dissertation, 1991. North Texas State U.**

Este estudio compara 21 familias en Custodia Compartida y 21 familias en Custodia única con hijos de edades entre 4 y 15.

Los resultados muestran que los trastornos del comportamiento y las escapadas eran mas frecuentes entre los chicos en Custodia única: "El análisis de regresión múltiple de estos datos muestra que los hijos de las familias en Custodia Compartida presentaban menores desajustes de comportamiento que los chicos de familias con Custodia única." "Sin mirar los acuerdos sobre custodia, los progenitores con baja autoestima tenían con mas frecuencia hijos con problemas de comportamiento en cuanto al ajuste de comportamiento y la internalización de la conducta."

Wilkinson, Ronald Richard, **"A Comparison of Children's Post-divorce Adjustment in Sole and Joint Physical Custody Arrangements Matched for Types of Parental Conflict" Doctoral dissertation, 1992; Texas Woman's University.**

Este estudio incluye "cuarenta chicos y chicas, de edades entre 8 y 12 años, que acudían a colegios selectos y a escuelas parroquiales de una gran área metropolitana, con sus progenitores de clase media y alta."

El estudio compara el ajuste entre los que estaban en Custodia Compartida y los que estaban en Custodia única, controlando el nivel de conflicto entre los progenitores, para determinar si el conflicto parental pudiera ser un detrimento de los hijos en Custodia única o Custodia Compartida. Los resultados son: "No se apreció diferencia significativa entre los grupos en Custodia única y Custodia Compartida."

Kelly, J., **Current research on children's postdivorce adjustment. Family and Conciliation Courts Review, 31.29-49, 1993**

Sobre la satisfacción del hijo: "Los hijos han expresado mayores niveles de satisfacción con la Custodia Compartida que con la Custodia única, expresando el beneficio de permanecer con ambos progenitores. La Custodia Compartida no crea confusión en la mayoría de los jóvenes, ni incrementa los conflictos de lealtades. (Leupnitz, 1982; Shiller, 1986a, 1986b; Steinman, 1981)."

La satisfacción de cada progenitor: "Un hallazgo sorprendente de este estudio es que las madres con Custodia Compartida están mas satisfechas que las que mantienen la Custodia en Solitario, y los hijos pueden ver al padre periódicamente. Ambos grupos expresan mas satisfacción con el acuerdo de residencia que lo hacen las madres cuyos hijos no mantienen contacto con el padre."

En situaciones conflictivas: "La doble residencia (Custodia Compartida) de los progenitores muestra el mayor índice de comunicación aunque no difiere de la custodia materna, o de la custodia paterna en niveles de discordia. La residencia compartida ni exacerba ni disminuye el conflicto, pero parece permitir una comunicación más cooperadora."

Bender, W.N. **Joint custody: The option of choice. Journal of Divorce & Remarriage 1994. 21 (3/4): 115-131.**

"La Custodia Compartida es también la opción preferida en las situaciones de alto conflicto porque esto ayuda a reducir el conflicto en el tiempo, y es en el mejor interés de los hijos."  
Bender revisa las investigaciones actuales e históricas sobre los mitos de la Custodia Compartida, p.e. – que la Custodia Compartida no debería otorgarse cuando la madre pone objeciones, o en casos de gran conflicto. Este artículo describe el beneficio de la Custodia Compartida incluyendo que los hijos se ajustan mejor al divorcio en la Custodia Compartida comparado con las Custodias únicas, la relación de los hijos con ambos progenitores después del divorcio es fundamental para el buen desarrollo del chico, la Custodia Compartida permite una mejor cobertura financiera, menor nivel de litigios judiciales, comparada con la Custodia única, y la Custodia Compartida permite un mejor futuro de los hijos incluso en las situaciones de gran conflicto porque fuerza a la resolución y conlleva un menor estrés del hijo a largo plazo.

Clarke, S.C., **Advance Report of Final Divorce Statistics, 1989 and 1990. Monthly Vital Statistics Report, Vol. 43, No. 9, 1995. Centers for Disease Control and Prevention/National Center for Health Statistics.**

Este informe Gubernamental revisa la custodia física de los hijos después de un divorcio. Aunque no estudia el ajuste infantil, es significativo porque demuestra que la Custodia Compartida se está imponiendo especialmente donde la legislación y los juzgados la promueven. En cuatro de los 19 Estados analizados la Custodia Compartida supera el 30%.

En 1990 la esposa mantenía la custodia en las tres cuartas partes de los divorcios (72 por ciento). La Custodia Compartida era el segundo acuerdo más frecuente con el 16%, mientras que los esposos recibían la custodia en el 9 por ciento de los divorcios.

Division 16, School Psychology, **American Psychological Association, Report to the U.S. Commission on Child and Family Welfare, June 14, 1995.**

Este estudio recopila y evalúa el mayor estudio sobre la Custodia Compartida y su impacto sobre el bienestar infantil. El informe concluye que "la investigación revisada apoya la conclusión de que la Custodia Compartida se asocia a futuros más saludables de los hijos incluyendo relación con el padre, mejor interés del hijo por los compromisos, pensión infantil, reducción de los costes judiciales, y en algunos casos reducción de la litigiosidad de los progenitores"

También establece que "La necesidad de mejorar la política para reducir los enfrentamientos que resultan de la custodia única materna, la limitación y el desajuste del compromiso del padre y los hijos es crítica. El incremento de la mediación, de la Custodia Compartida y la educación parental están apoyados por esta política."

Buchanan, C., Maccoby, and Dornbusch, **Adolescents After Divorce Harvard University Press, (1996).**

El ajuste de 517 chicos de edades de 6 meses a 18 años, en tres acuerdos residenciales fue comparado durante 4,5 años después de la separación. Analizaron ambos tipos de familias en términos de depresión, esfuerzo escolar, grados escolares, Los adolescentes con residencia dual estaban mejor ajustados que los adolescentes que estaban en residencia única materna.

Ackerman, M.J. and Ackerman, M. **"Custody Evaluation Practices: A Survey of Experienced Professionals (Revisited)", Professional Psychology: Research and Practice, Vol. 28, No. 2. (1997). "Psychologists Becoming More Sophisticated In Their Custody Evaluation Practices, Survey Finds"**

Más inclinados a la Custodia Compartida; Menos inclinados a hacer juicios basados en un único factor que hace 10 años. El informe muestra que la custodia compartida es la opción a elegir por los expertos:

"Mientras que en 1986 más de la mitad de las situaciones eran atribuir la custodia a uno u otro progenitor, en 1996 menos de la cuarta parte atribuyen a un solo progenitor la custodia, indicando una mayor preferencia por la custodia compartida sobre la custodia única que en 1986."

APA announcement: <http://mirror.apa.org/releases/custody.html>

Christoffersen, M. N. (1998). **Growing up with dad: A comparison of children aged 3-5 years old living with their mothers or their fathers.** *Childhood*, 5(1), 41-54.

Este estudio Danés toma una muestra de los registros de nacimientos de 478 padres solteros y 532 madres solteras, incluyendo situaciones que pueden ser iguales a la Custodia Compartida. Los resultados indican que los hijos funcionan mejor con los padres solteros, posiblemente porque existe un mejor contacto con el otro progenitor, (custodia compartida con la madre), mejor estabilidad económica de los padres, y mayor apoyo social, incluyendo mas contacto con los abuelos.

Richard Kuhn John Guidubaldi, D.Ed. John Carroll University (Cleveland, OH) and Kent State University (Kent, OH) **Child Custody Policies and Divorce Rates in the US 1997** 11th Annual Conference of the Children's Rights Council October 23-26,. Washington, D.C.

Este estudio compara la tendencia de las tasas de divorcio en los Estados Unidos, en los estados que propician la Custodia Compartida, con aquellos estados que están a favor de la Custodia única. Los estados con alta tasa de concesión de Custodia Compartida (mas del 30%) en 1989 y 1990 han mostrado un significativo descenso en las tasas de divorcio en los años siguientes hasta 1995, comparados con otros estados. Las tasas de divorcio disminuyen cuatro veces mas deprisa en los estados con Custodia Compartida, comparados con los estados donde la Custodia Compartida es infrecuente. Los estados con altas tasas de Custodia Compartida tienen tasas de divorcio significativamente menores promediadas con los otros estados. Los estados que propician la Custodia única también tienen mas divorcios que involucran a niños. Estos hallazgos indican que las políticas publicas que propician la custodia única pueden estar contribuyendo a las altas tasas de divorcio. Para explicar estos resultados se consideran factores sociales y económicos. Ambos factores pueden explicar las diferencias en las tasas de divorcios. La Custodia Única permite a un cónyuge cambiarse fácilmente de domicilio y herir al otro cónyuge llevándose a los niños. Potencialmente mayores pagos de la Pensión infantil pueden aportar un motivo económico para el divorcio. Con la Custodia Compartida ambos factores se reducen.

Margaret F. Brinig and Douglas W. Allen. **"These Boots are Made for Walking: Why Wives File for Divorce,"** *Canadian Law and Economics Association Meeting*, 1998.

Este estudio mostró que el progenitor que recibe la custodia es con mas probabilidad el que solicita el divorcio. Esto es, entre los casos en que la custodia de los hijos se le concede a la madre, la madre habitualmente es la que solicita el divorcio, y donde el padre es el que recibe la custodia de los hijos, es el padre el que había solicitado el divorcio. Ellos concluyen que la conducta de solicitar el divorcio está conducida por un intento de " explotar al otro progenitor mediante el divorcio". Ellos encuentran que la solicitud del divorcio tiene mas relación con la custodia que con motivos económicos, aunque estos factores están desde luego encaminados a la pensión infantil.

Seltzer, J. A. **"Father by Law: Effects of Joint Legal Custody on Non-residential Fathers Involvement with Children,"** . (1998). NSFH Paper No. 75, Feb., 1997, U. of Wisconsin-Madison, <http://ssc.wisc.edu/cde/nsfhwp/home.htm>

Seltzer utilizo datos del Estudio Nacional de Familias y Hogares, un estudio de 13.000 familias y recogió datos en dos periodos 1987-99 y 1992-94.

Como el estudio incluyó datos sobre la calidad de las relaciones familiares, fue posible estudiar los efectos de la custodia legal compartida controlando los datos de las relaciones familiares pre separación, analizando los datos de las familias que se habían separado entre los dos periodos del estudio.

Seltzer concluyo que "Controlando la calidad de las relaciones familiares antes de la separación y el estatus socioeconómico, los padres con Custodia legal Compartida ven a sus hijos con mayor frecuencia, tienen mas visitas que incluyen la pernocta y pagan la pensión infantil con mas frecuencia que en los casos de custodia única materna." Ella sugiere que la Custodia legal Compartida reduce la negociación de las visitas: "Clarificando que los padres divorciados son 'por ley padres' las negociaciones de los progenitores sobre la participación del padre en la crianza del hijo después del divorcio puede cambiar al tratar de resolver, si los padres se involucraran en la crianza de los hijos, a como los padres se comprometerán en la crianza de los hijos." [remarcado en el original]

Margaret F. Brinig and F.H. Buckley, **"Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories,"** 73 *Indiana Law Journal* 393 (1998).

Independientemente encontraron la misma correlación entre la Custodia Compartida y la reducción de la tasa de divorcio. Ellos concluyen que los padres son más tendentes a formar lazos fuertes con los hijos si saben que su relación va a estar protegida mediante la Custodia Compartida en caso de divorcio. Este reducirá la probabilidad de que los padres inicien el divorcio.

Sanford Braver, "**Determining the Impact of Joint Custody on Divorcing Families**", **Sanford L. Braver and Diane O'Connell**". Publisher: J. P. Tarcher; (October 1998).

Sharlene Wolchik, Iwrin Sandler y yo encontramos en 1985 que los hijos en Custodia Compartida tenían sentimientos mas altos en autoestima que los hijos en custodia única materna."

"Nuestros resultados muestran considerables beneficios en la custodia compartida incluso con igualdad de factores predisponentes. Después de este ajuste, los hijos en custodia compartida se encontraron significativamente mejor ajustados, y que mostraban menor comportamiento e impulsividad antisocial que las familias en custodia única. Los padres también visitaban mas y estaban mas involucrados en el cuidado infantil, así como estaban mas satisfechos con el acuerdo de divorcio. Las madres sin embargo estaban significativamente menos satisfechas con los acuerdos de custodia en las familias con custodia compartida."

"Cuando las parejas discrepan inicialmente. ¿Qué es mejor que el padre obtenga su preferencia de custodia compartida, o que la madre consiga su preferencia de custodia única?. Encontramos que los dos grupos difieren significativamente en términos de cuanta pensión infantil debe de pagarse: Cuando se acuerda custodia única en contra de los deseos del padre, se paga el 80% (según lo que manifiesta el padre, el dato manifestado por las madres es del 64%), mientras que si se otorga la custodia compartida, en contra de la preferencia de la madre, se dispara a casi cumplimiento perfecto; (97% según manifiestan los padres, y 94% según manifiestan las madres). . Una relación similarmente alta se encuentra en la relación del padre con el hijo. Fue significativamente la mas alta en el grupo en el que la custodia compartida se otorga a pesar de la opinión de la madre." "La custodia compartida, incluso cuando se otorga en contra de la opinión de la madre, lleva a un mayor compromiso del padre, y a un casi perfecto cumplimiento del apoyo financiero; controlando los factores predisponentes, lleva a un mejor ajuste de los hijos. Creemos que estos hallazgos deben de llevar a los legisladores a adoptar la presunción de que la custodia compartida debe ser la preferencia judicial en la que ambos progenitores mantengan sus derechos y responsabilidades hacia sus hijos después del divorcio."

Scoon-Rogers, L. **Child support for custodial mothers and fathers: 1995 (Current Population Reports, Consumer Income Series P60-196). (1999). Washington, DC: Bureau of the Census, U.S. Department of Commerce.**

Este estudio encontró que las visitas y la custodia compartida incrementa las tasas de pago de la pensión infantil.

Grall, T.. **Child support for custodial mothers and fathers: 1997, Current Population Reports, Consumer Income Series P60-212 (2000). Washington, DC: Bureau of the Census, U.S. Department of Commerce.**

Este estudio Gubernamental confirma los anteriores hallazgos de que la custodia compartida y las visitas incrementan significativamente el cumplimiento de la pensión infantil: "El cumplimiento de la pensión infantil fue mas alto en relación con la custodia compartida y las visitas."

Amato, P. R. **The consequences of divorce for adults and children. (2000). Journal of Marriage and the Family, 62(4), 1269-1287.**

El Divorcio también impacta significativamente en los hijos. Muchos de estos impactos tienden a ser negativos. Muchos hijos se empobrecen y son más inestables.

Kelly, J. B.. **Children's adjustment in conflicted marriage and divorce: A decade review of research. Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, 39, 963-973 (2000).**

Este estudio reconfirma los efectos negativos del divorcio y de los grandes conflictos de los progenitores (en el divorcio y el matrimonio), particularmente cuando hay riesgo de uso de drogas, bajo nivel académico y problemas de comportamiento. Sin embargo, algunos factores reducen los problemas: 1º. Los hijos cuyos padres permanecen involucrados en sus actividades escolares tienen mejores resultados. 2º.- la mediación en el divorcio y la custodia da lugar a menores conflictos entre los progenitores, 3º.- la Custodia Compartida lleva a mejores resultados en los hijos.

Robert Bauserman. **Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review. Journal of Family Psychology 2002, Vol. 16, No. 1, 91–Department of Health and Mental Hygiene. (2002)**

El autor realiza un meta análisis de estudios incluyendo en lo posible el ajuste de los chicos, en Custodia Compartida, Custodia Única incluyendo la custodia paterna y las Familias integras. Los Chicos en Custodia Compartida estaban mas ajustados que los de Custodia Única, pero no encuentra diferencia con las Familias integras.

El mayor ajuste de los chicos en Custodia Compartida se encontraba en comparaciones separadas de: ajuste general, relaciones familiares, autoestima, ajuste emocional y de comportamiento, y ajuste específico al divorcio.

Los progenitores en Custodia Compartida relataban menos conflictos pasados y presentes que los de custodia Única, pero esto no explicaba el mayor ajuste de los chicos en Custodia Compartida. Los resultados son congruentes con la hipótesis de que la Custodia Compartida puede aportar ventajas a los hijos en algunos casos, posiblemente facilitando su relación con ambos progenitores.

Gunnoe, M.L., and S.L. Braver, "**The Effects of Joint Legal Custody on Family Functioning, Controlling for Factors that Predispose a joint award,**" **Child Development. 2002. Wahsington, DC, National Institute of Mental Health (2002).**

Estudia 237 familias, controlando 28 variables que influyen la predisposición al acuerdo de la Custodia Compartida. Controlando estos factores, los hijos en las familias en Custodia Compartida están mas tiempo con sus padres y tienen menos problemas de ajuste y comportamiento. El tipo de custodia, sin embargo, no afecta al ajuste de los padres y las madres al divorcio, el conflicto entre esposos o el cumplimiento de la pensión infantil.

Sanford L. Braver, Ira M. Ellman, William V. Fabricius. **Relocation of Children After Divorce and Children's Best Interests: New Evidence and Legal Considerations Journal of Family Psychology .2003, Vol. 17, No. 2, 206–219**

Los casos de variación de domicilio en los que el progenitor divorciado busca cambiarse de domicilio con los hijos, están entre los problemas más peliagudos que tienen que enfrentar los juzgados de familia. La tendencia reciente es permitir tales mudanzas, mayormente como causa de la controvertida *amica curia* de Wallerstein (1995), con una sentencia reciente (*Baures v. Lewis*, 2001) interpreta como argumento que "en general, lo que es bueno para el progenitor custodio es bueno para el niño" (p. 222). El presente estudio aporta la primera evidencia directa sobre la mudanza de domicilio dividiendo a los estudiantes en grupos según el estado de cambio de domicilio de sus progenitores divorciados. **En la mayoría de los resultados escolares, aquellos cuyos progenitores habían cambiado de domicilio salen desfavorecidos. Esto sugiere que debe de existir un mayor peso de los intereses de los hijos de divorciados, cuando se decide en estos casos.**

#### 4. Opiniones de un Magistrado.” En Defensa de los Menores”

EN DEFENSA DE LOS MENORES  
por Vicente Ortega – Llorca. MAGISTRADO

Introducción

La convención sobre los derechos del niño

- sus premisas
- los derechos del niño
- las relaciones paterno filiales

La Constitución Española.

El Código Civil

La ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor

La doctrina del tribunal supremo.

Sobre la patria potestad.

Obligación de alimentar al, menor.

Se transmite a los abuelos.

Interpretación restrictiva del derecho de opción del art. 149 del c. civ

Derecho de visitas y comunicación.

Lo ostenta el privado de la patria potestad.

Lugar de ejercicio del derecho de visita.

El principio de no imposición.

El principio de convivencia entre hermanos El principio "favor fillii".

La audiencia de los hijos menores.

El principio dispositivo.

En relación con la pensión alimenticia. En relación con el régimen de visitas.

Los hijos no matrimoniales.

La competencia de los juzgados de familia..

La defensa del menor en el proceso.

El fiscal. Su actuación procesal.

La custodia compartida.

El régimen legal. Las alternativas

Domicilio familiar solo para el niño.

Custodia compartida en distintos domicilios. Contacto diario con ambos progenitores.

El derecho de los menores a la intimidad.

Revelación del origen de hijo adoptivo.

EL DERECHO AUTONÓMICO.

Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares. Canarias, Cantabria, Castilla-la Mancha, Castilla y León.

Cataluña. Extremadura. Galicia, Madrid, Navarra, País vasco, Valencia. Rioja

## INTRODUCCIÓN

La sociedad moderna ofrece en las puertas del siglo XXI imágenes dramáticamente reveladoras del largo camino que le queda por andar para acercarse a la utopía de un mundo justo.

La creciente sensibilización social por la protección de los derechos de los más débiles se ha puesto de manifiesto también en la mayor preocupación por preservar a los *niños* de influencias y experiencias traumáticas, que pueden interferir negativamente en su desarrollo. La exacerbación de esta tendencia protectora de los derechos de niños no responde sólo a la necesidad biológica de garantizar su adecuado crecimiento; por su dependencia de los adultos los niños han precisado siempre de una especial protección, pero hoy día se impone una respuesta especialmente garantista que les ponga a cubierto de los ataques sin cuento que se ceban en ellos de manera excepcional, a veces de modo grosero y otras de forma refinada, pero siempre cruel.

La conciencia nacional e internacional se ha visto zarandeada en los últimos tiempos por noticias sobre casos recientes de guerras, éxodos masivos, asesinatos, malos tratos, agresiones sexuales o corrupción, en las que las caras de los niños o los niños sin rostro han sido inocentes protagonistas de escenas degradantes.

La sociedad no puede tolerar por mas tiempo, que el egoísmo y la ambición de algunos adultos carentes de ética, reduzcan a los niños a condición de objetos de un placer perverso que, por su indignidad, debería repugnar a los seres humanos menos cultivados; la denuncia de la explotación laboral de la infancia ha escandalizado a un mundo que tenía por extinguida la esclavitud; la realidad de los niños soldado, que mueren con la conciencia y matan con la crueldad de quienes aun no han aprendido a valorar la vida, provoca el escalofrío del alma.

Sin embargo, no puede enfrentarse el estudio, siquiera parcial, del fenómeno social de la agresión a los pequeños sin poner de relieve la hipocresía de los mayores que les agreden o entran en connivencia con los agresores, y la de quienes consentimos impasibles la agresión.

Piéñese en el turismo sexual y se encontraran “tentadoras” ofertas de “paraísos” donde los críos venden su cuerpo para subsistir o simplemente para entregar dinero a los proxenetas que los “compraron” y se comprenderá que si no son ajenos a esta explotación los clientes que utilizan sus “servicios”, tampoco lo son los empresarios que organizan los viajes y se lucran con ellos. Piéñese en los talleres o en las minas donde se explota a los niños, y se comprenderá que no somos ajenos a esa explotación quienes buscamos el producto barato sin querer confesarnos que es lo que mantiene su precio bajo. Piéñese en los niños sin escolarizar que, abierta o encubiertamente, mendigan unas pesetas en los semáforos o pululan por la periferia de las grandes ciudades, y se comprenderá que no son ajenos a su falta de formación las autoridades encargadas de escolarizarlos, pero tampoco quienes, con conocimiento de la situación, silenciamos nuestra conciencia dándoles unas monedas y no exigimos para ellos el ejercicio de su irrenunciable derecho a la educación.

Nos abruman esas formas de destrucción de la personalidad de los niños; pero no son las únicas, hay otras menos espectaculares pero igualmente eficaces en su efecto impeditivo del desarrollo armónico de los pequeños. En este sentido, el análisis de la manipulación de los niños en el seno de la familia habría de provocar también una amplia reacción social en defensa los menores.

Vamos a centrarnos hoy en el estudio de la posición de los niños en el seno de la familia cuando entra en crisis el vínculo que une a sus progenitores.

Todas las ramas del Derecho y todos los órdenes jurisdiccionales han de ser especialmente sensibles a la necesidad de garantizar el adecuado crecimiento de los niños; pero mayor sensibilidad si cabe, debemos poner en juego. quienes tenemos encomendado el conocimiento y resolución de las demandas de separación, nulidad y divorcio. En efecto, como ya dije en otro lugar (1), razones de derecho público determinan que el matrimonio, que es una relación jurídica constituida por el acuerdo de voluntades de dos personas, no limite a éstas sus efectos sino que los extienda a los hijos, que nada tuvieron que ver en su constitución y que en estrictos términos *ius privatistas* deberían ser considerados terceros en esa relación jurídica.

La extensión de los efectos del matrimonio a los hijos comunes tiene, en general para éstos, unas consecuencias de naturaleza positiva, en cuanto es dentro del seno de la familia donde el ser

humano conoce los valores que más íntimamente le van a acompañar a lo largo de su vida, recibe los afectos y desvelos más desinteresados y se sitúa en trance de lograr el íntegro desarrollo de su personalidad.

La unidad natural de la familia justifica sobradamente que los problemas de uno de sus miembros afecten a los demás. Esta inevitable extensión subjetiva de los conflictos no tiene necesariamente una connotación de naturaleza negativa; muy al contrario, con frecuencia es una manifestación de la solidaridad del grupo que, con ánimo de proporcionar le calor, apoyo y ayuda se apiña en torno al individuo originariamente afectado y hace propio su conflicto.

(1)"La protección de los hijos menores en el proceso matrimonial" páginas 5023 a 5049. Revista General de Derecho, Mayo 1996,

Los aspectos negativos de la cuestión surgen sobre todo en los supuestos de rompimiento de la unión de los dos pilares -padre y madre- que constituyen el sustento de la estructura familiar.

Cuando el conflicto se produce por el enfrentamiento de dos miembros del mismo núcleo y cuando la solidaridad se sustituye por el egoísmo, no es extraño que los individuos enfrentados tiendan a descargar sus tensiones en los demás elementos de la familia, sobre todo en los más cercanos e indefensos, a los que unas veces, se les quiere atraer a la causa propia para enfrentarlo al contrario, otras se les responsabiliza de ser el origen del mal, y en no pocas se les hace objeto de violencias físicas o morales sin cuento.

Este fenómeno de descarga de tensión sobre los miembros más débiles del clan no es exclusivo pero sí característico, de muchos procesos de separación, nulidad y divorcio en los que suelen verse implicados dos clases de personajes (como protagonistas) los cónyuges y (como sujetos pasivos) los hijos menores, que se hallan inmersos en un cúmulo de paradojas:

No son parte en el matrimonio, pero éste condiciona decisivamente sus vidas.

No son culpables del rompimiento de sus padres, pero son los primeros perjudicados.

No son parte en el proceso de crisis matrimonial, pero la sentencia que se dicta en él decide sobre sus más íntimos y trascendentes derechos.

El suyo es el interés más digno de protección, pero su voz es la que menos se oye en el proceso.

Les defiende el Ministerio Fiscal, pero éste no tiene comunicación directa con ellos.

Conviene analizar porqué son afectados los hijos por las crisis matrimoniales de sus padres, en qué medida conviene a la Justicia que sigan siendo meros sujetos pasivos de ellas y cómo pueden corregirse las situaciones de injusticia que les afectan en el ámbito del juicio matrimonial.

Quede ya subrayado, aunque será objeto de especial consideración, que cuantas reflexiones se hagan resultan perfectamente extrapolables a los hijos extramatrimoniales, en virtud del principio de igualdad contenido en los artículos 14 y 39 de la Constitución: Es más, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la protección de los hijos menores en caso de conflicto entre sus progenitores se ha construido sobretodo en torno a los hijos extramatrimoniales, pues los pleitos que les afectan a ellos se siguen por los trámites del juicio ordinario declarativo de menor cuantía (art. 484 LECiv.), y contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en apelación cabe recurso de casación (art. 1687-10 LECiv.), mientras que en el juicio de separación o divorcio matrimonial, regulado por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981, de 30 de Julio, el recurso de casación sólo puede interponerlo el Ministerio Fiscal en interés de la Ley [letra j)].

Estructuraremos nuestro trabajo haciendo un rápido repaso a las normas jurídicas que regulan los derechos del menor; pasaremos después a analizar los pronunciamientos más significativos del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, y de la Fiscalía General del Estado; y terminaremos con una reflexión autocrítica en torno a la protección que los órganos de la Administración de Justicia dispensamos al derecho del menor.

## LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial fue ya enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, que contiene, en cinco puntos, los principios básicos de protección de la infancia, y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que amplía a diez los puntos, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10). Pero por encima de cualquier otro texto, aquella protección ha encontrado su más adecuada plasmación en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas

el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30-11-1990 (BOE 31-12-1990), que garantiza a la infancia un mayor respeto del dispensado hasta ese momento.

## SUS PREMISAS

Las premisas que sirvieron de apoyo a la Convención, expresadas en su preámbulo, son las siguientes:

La libertad, la justicia y la paz en el mundo se debe basar en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (2) Las Naciones Unidas

1) Han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana.

2) Han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos (3):

A] que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos (4).

### (2) Carta de las Naciones Unidas

*(3) La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.*

(4) Sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (5).

La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños (6) debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe:

1.- crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

2.- debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

3.-el niño necesita (7) protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (8).

Las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo son importantes para la protección y el desarrollo armonioso del niño

La cooperación internacional es importante para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños.

En su articulado se parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños (9) se atenderán, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite una y otra vez a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley (10)

(5) La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1958, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos parlamentarios de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

(6) En el art. 1 entiende por niño "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad.

(7) Por su falta de madurez física y mental.

(8) Declaración de Derechos del Niño.

(9) Que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

(10) Artículo I

**Se proclama el respeto a las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (11) de impartirla, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención (12).**

11. 0 en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño.

12 Artículo 5.

## LOS DERECHOS DEL NIÑO

Se reconoce expresamente el derecho del niño: A la vida, a la supervivencia y al desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (13), a la salud y a los servicios médicos (14).

A beneficiarse de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los recursos de las personas que sean responsables de su mantenimiento (15).

Al nombre, a la nacionalidad y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (16).

A entrar o salir de un Estado a los efectos de la reunión.

A la educación en condiciones de igualdad de oportunidades (18).

A la libertad de expresión e información (19).

A la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (20).

A la libertad de asociación y reunión (21).

A la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad de su domicilio y su correspondencia, a su honra y a su Reputación (22).

A ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (23).

A ser protegido contra el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (24).

A que el interés superior del niño sea la consideración primordial de la adopción (25).

A que también el niño mental o físicamente impedido disfrute de una vida plena, decente y participativa (26).

A tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma aunque sean minoría dentro del Estado (27).

Al descanso y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes (28).

A estar protegido contra la explotación económica y laboral (29) o de otra índole (30).

13 Artículos 6 y 27.

14 Artículos 24, 25, 33 y 39

15 Artículo 26.

16. Artículo 7.

17 Artículo 10.

18 Artículos 28 Y 29.

19 Artículos 13 Y 17,

20 Artículos 14 Y 30.

21 Artículo 15.

22 Artículo 16.

23 Artículos 19, 3,4 y 39

24 Artículos 35 y 39.

25 artículo 21. En relación con su apartado d), relativo a que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella-, el Instrumento de Ratificación por España contiene la siguiente declaración: . 1. Con respecto al párrafo d) del artículo 21 de la Convención, España entiende que de la interpretación *del* mismo nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los costos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en *el* supuesto de niños y niñas que residan en otro país.

**26 Artículo 23 "en condiciones que aseguren su dignidad le permitan llegar a bastarse a si mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad-.**

27 Artículo 30.

28 Artículo 31.

29 Artículo 32 contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

30 Artículos 36 y 39.

A no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (31).

A no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente (32), al principio de legalidad penal, a la presunción de inocencia, a ser informado sin demora de los cargos que pesan contra él, a la asistencia jurídica, a que su causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, a no declarar y a no confesarse culpable, a la aportación de prueba en condiciones de igualdad, a los recursos, a la asistencia gratuita de un intérprete si no

comprende o no habla el idioma utilizado, a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento y a ser enjuiciado mediante leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños (33).

A ser preservado de los conflictos bélicos antes de cumplir los quince años de edad (34).

31. Artículos 37 y 39.

32. Artículo 37.

33. Artículos 37 y 40

**34 Artículos: 38 y 39. El instrumento de Ratificación por España contiene la siguiente declaración -2 España, deseando nacerse solidaria con aquellos Estados y organizaciones humanitarias que han manifestado su**

**35**

**36 disconformidad con el contenido de los párrafos 2 y 3 del artículo 38 de la Convención quiere expresar asimismo su disconformidad con el límite de edad fijado en ellos y manifestar que el mismo le parece insuficiente, al permitir el reclutamiento y participación en conflictos armados de niños y niñas a partir de los quince años.**

## LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

En cuanto se refiere a las relaciones paterno filiales, el artículo 9 de la Convención declara que el niño no debe ser 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 interés superior del niño. El propio precepto concreta que tal determinación puede ser necesaria, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento relacionado con la separación del *niño* respecto de sus padres, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener con éstos relaciones personales y contacto directo de modo regular, salvo *si* ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por el Estado (35); éste proporcionará cuando se les 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 (36)

Es fundamental el reconocimiento que se hace en el artículo 12 del derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y a que sean tenidas debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al *niño* oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte "ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado" (37).

35. como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de los o del niño.

36. Los Estados partes se cercioraran, además, de que la presentación de la petición no entrañe por si misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

**37. En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.**

Se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Desde la perspectiva de que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño..(38).

Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado (39).

Por fin, en el artículo 27 se atribuye a los padres la responsabilidad primordial de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, y se asume por los Estados la

obligación de ayudarles a dar efectividad a este derecho y a tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia.

## LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La figura del menor de edad y su protección, no es aludida expresa y directamente en la Constitución Española que (40), sin embargo, la menciona reiteradamente bajo otras denominaciones e incluso en ocasiones implícitamente. Tal es el caso de su artículo 20.4 que establece como límite a la libertad de creación, expresión, información y de cátedra, «la protección de la juventud y de la infancia». O del artículo 27.3 al configurar el derecho de los padres «a que sus hijos reciban la formación religiosa y

moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». O la exigencia a los poderes públicos de que promuevan «las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud» en el desarrollo político, social, económico y cultural, recogido en el artículo 48. Especialmente importante es, por lo que aquí interesa, el triple enfoque contenido en el artículo 39.

38 Artículo 18.

39. Artículo 20 "2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos. 3. Entre esos cuidados figuraran entre otras cosas, la colocación en hogares de " :1. del derecho islámico la adopción, o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico".

40. Como dice la exposición de motivos de ley 21-3-1995, núm. 7/1995, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sobre Guarda y Protección de los Menores Desamparados (ACE 19-5-1995).

En primer lugar, el artículo 39.2 establece como principio rector de la política social y económica, el que «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos». Esta configuración constitucional general de la protección de los hijos menores como un principio rector de la política social y económica, tiene como corolario, en el artículo 53.3, que su reconocimiento, respeto y protección, informará la «legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

A continuación, el artículo 39.3 manifiesta que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos ...durante su minoría de edad» y en los demás casos en que legalmente proceda. Lo que significa que uno de los contenidos de la patria potestad (la guarda) se eleva al rango de deber constitucional, e incluso se independiza de la patria potestad quedando indisolublemente unido a la condición de progenitor, ya sea titular, o no, de la patria potestad.

Por último, de acuerdo con el artículo 39.4: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

## EL CÓDIGO CIVIL

Bajo las orientaciones constitucionales expuestas, el legislador ordinario configura las relaciones paterno filiales en los arts. 108 y siguientes del Código Civil como un entramado de derechos y deberes cuya ratio está constituida por la educación y formación integral del menor, y pretende que, lejos de convertirse éste en mero sujeto pasivo de la acción de sus mayores, pueda participar en el gobierno de su propia persona e intereses. Para ello, el artículo 154, penúltimo párrafo, del Código Civil previene que, en el ejercicio de la patria potestad, deben ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los artículos 90 a 96 del CC, relativos a las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos, patria potestad, alimentos, visitas y vacaciones y uso y disfrute del domicilio conyugal, regula los efectos que producen la separación, la nulidad y el divorcio en lo que a los hijos se refiere.

El artículo 92 CC, que señala a los hijos como beneficiarios de las medidas judiciales adoptadas sobre su cuidado y educación, previene, paralelamente, que sean oídos si tienen suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

El arto 92, párrafo cuarto, in fine CC plasma el principio de convivencia entre hermanos cuando establece que la determinación del cónyuge custodio se hará "procurando no separar a los hermanos".

De estos y otros aspectos de la cuestión nos ocuparemos después.

## LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

Los criterios de protección del interés superior del menor se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE de 17 de enero de 1996). La cual previene expresamente: Que en su aplicación "primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (art. 2).

Que "los menores gozarán de los derechos que les reconoce la constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación alguna" (art. 3 pfo. 1) y que "La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989" (art. 3 pfo. 2). La Exposición de Motivos de esta ley justifica su regulación argumentando que "las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño" y ello justifica que se dé un nuevo enfoque a la construcción de los derechos humanos de la infancia que consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

Esta tendencia se refleja en el desarrollo legislativo postconstitucional a través del concepto «ser escuchado *si* tuviere suficiente juicio», que se ha *ido* trasladando a todo el ordenamiento jurídico en las cuestiones que afectan a los menores. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva y deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

La nueva Ley refleja una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

La mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: "las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección".

## LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA PATRIA POTESTAD

El Tribunal Supremo define la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación en beneficio de los propios hijos, y declara que no puede prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del Juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia, a los que en modo alguno puede aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula «:cebus sic stantibus» o las de la presuposición y base del negocio, referentes a las

convenciones puramente económicas o patrimoniales, pero nunca a las relaciones paterno-filiales (41).

La patria potestad "está en función y se orienta en favor y servicio de los hijos, lo cual, queda recogido en el propio texto del Código Civil cuando, en su arto 154, establece que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, pero ello no obsta a que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar, sirviéndola de asentamiento, pertenezcan a la esfera del Derecho natural, del que es, evidentemente, una consecuencia ineludible la

comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos (42).

41. Sentencia del Tribunal Supremo de 22-5-1993 (R.A. 1993/3911)

**42. Sentencia de 30-4-1991 (R.A. 1991/310Bi. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa**

El artículo 154 del CC, inspirándose y declarando el principio del beneficio de los hijos como fin último de la institución, establecen las funciones de los padres en el ejercicio de la patria potestad, en su doble carácter de deberes y de derechos, conforme a la declaración constitucional del artículo 39.3 de nuestra Carta Magna. Este precepto, reformado por la Ley 11/1981, de 13 mayo, siguiendo las orientaciones doctrinales más modernas y la tendencia de los ordenamientos contemporáneos, configura la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos», y, conforme a lo establecido en el artículo 170 del CC «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma». La patria potestad tiene un contenido fundamentalmente tuitivo y se sustenta sobre el principio básico según el cual la potestad atribuida a los padres se dirige al interés de los hijos y exige el cumplimiento de los deberes que impone. Ahora bien, "ciertamente la patria potestad" deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de éste, orientando en función de las mismas su educación y con respeto de sus derechos, todo ello en su beneficio," pero de ello no debe inferirse que los padres puedan verse privados de aquélla por concurrir especiales circunstancias en el hijo o por otra preferencia de éste ni siquiera considerando que haya de estar mejor atendido por otras personas", ya que no es tal el sentido del artículo 170.1.º del C.C. cuando se refiere al "incumplimiento de los deberes inherentes a la misma", incumplimiento que supone la prueba de que así ha sucedido en la realidad". (43)

Solo deberá privarse de la patria potestad en los casos excepcionales en los que los padres, o uno de ellos, constituya un peligro cierto para la integridad física o moral de los hijos

43 Sentencia del Tribunal Supremo de 25-6-1994 (R.A. 1994/6502)

## OBLIGACIÓN DE ALIMENTAR AL MENOR

El Tribunal Supremo (44) interpreta la obligación de prestar alimentos, en relación con el art. 152.2.º del CC en el siguiente sentido:

La norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»;

Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1.º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, artículo 145.3.0- y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados;

En este sentido ha de entenderse el arto 152.2., cuya alusión a las necesidades de la familia del alimentante denota una diferencia sólo comprensible si se admite una familia más próxima con derecho en todo caso preferente;

Ha de rechazarse la pretensión de que se declare la cesación de la obligación alimentaria del padre respecto a su hijo menor de edad porque carece de ingresos, ello en 'atención a que en el caso resuelto por el Tribunal el padre recurrente tuvo un puesto de trabajo y posteriormente dedicó su tiempo a la propia mejora de su formación profesional, disponiendo de medios para cubrir sus gastos de toda clase; y ello no significa que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación.

44. Sentencia de S2-12-1983 (R.A 1993/7-164). Ponente Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno.

La misma sentencia añade que:

Lo dispuesto en los arts. 146.y 147 sólo es aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1.º) con carácter indicativo y con las matizaciones que derivan de cuanto se lleva dicho;

Lo propio acontece respecto al art. 145, dado que ha de estarse' a lo dispuesto en los arts. 154 «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre») y 156, sobre ejercicio conjunto de' la patria potestad, de donde se sigue que la madre también habrá de coadyuvar a la alimentación, educación y formación integral de los hijos.

El transcurso del tiempo, lejos de disminuir los gastos necesarios para dar cumplimiento al deber impuesto a los padres en el arto 154.1.º, debe naturalmente aumentarlos.

Tratándose de hijos menores los deberes impuestos en el art. 154.1 tienen una extensión superior a la propia de los alimentos entre parientes -baste recordar que requiere una constante atención, cuidado y asistencia, en los aspectos material y educacional, que comporta evidentes gastos-.

## SE TRANSMITE A LOS ABUELOS.

Aun en vida de los padres, no es exclusiva de ellos la obligación de prestar alimentos a sus hijos menores. En caso de probada imposibilidad de aquellos la obligación se transmite a los demás ascendientes.

El arto 144 del C. Civil debe interpretarse en el sentido de que la obligación legal de alimentos descansa en la existencia de un vínculo de parentesco entre quien por hallarse en un estado de necesidad tiene derecho a pedirlos y quien por encontrarse con posibilidades económicas debe prestarlos; obligación legal que en cuanto a su contenido concreta el arto 142 del C. Civ. y en cuanto a los sujetos pasivos de la prestación el arto 143, por el orden establecido en el art. 144 cuando sean dos o más los obligados a satisfacerlos; en consecuencia, si se declara probado que los menores en edad escolar carecen de bienes de fortuna y que no les pueden prestar la asistencia debida, ni su padre por encontrarse en ignorado paradero, ni su madre, por carecer de medios económicos suficientes y de la posibilidad de obtenerlos, es evidente que aun siendo los progenitores los primeros obligados a satisfacer el derecho a alimentos en su más amplio sentido de los menores, como emanación de la patria potestad, deben prestarlo los abuelos que estén en condiciones de hacerlo (45).

45. Sentencia de 2-12-1983 (R 1983/6816. Ponente: Excmo. Sr. O. Rafael Pese. Gimeno

## INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL- ART. 149 DEL C. CIVIL.

Es inaplicable el derecho de opción que el arto 149 del C. Civ. otorga a los abuelos paternos, como alimentantes, de pagar la pensión o de recibir y mantener en su propia casa a los nietos menores, y debe imponerse el pago de la pensión en metálico "por los obstáculos de orden moral como serian la dispersión de la familia al pasar unos hermanos al cuidado de los abuelos, y de orden legal, ya que en caso de concurrencia entre el citado derecho de opción y el derecho-deber que para la madre se deriva de la patria potestad de tenerlos en su compañía para cumplir las funciones que el arto 154 del propio Código le asigna, debe darse preferencia a éste sobre aquél, y además, porque dada la edad de los recurrentes (46) difícilmente podrían cumplir respecto a los nietos la totalidad de los deberes que se comprendan en el amplio concepto de alimentos (47).

46. octogenaria y septuagenaria respectivamente.

47. Sentencia de 2-12-1983 (R.A. 1983/6816). Ponente:- Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno.

## DERECHO DE VISITAS Y COMUNICACIÓN LO OSTENTA EL PRIVADO DE LA PATRIA POTESTAD

Á efectos del derecho de visitas no cabe distinguir entre el progenitor que no ejerza la patria potestad y el que esté privado de ella. A este respecto "es de tener en cuenta que la extinción de la patria potestad es tratada en el código en un capítulo, el IV, perteneciente al Título VII, denominado «De las relaciones paterno-filiales», en cuyo Capítulo I, «Disposiciones Generales», se encuentra el arto 161, lo que parece indicar que es aplicable a cualesquiera de dichas relaciones, independientemente de la situación jurídica que les afectase, con excepción de los supuestos de adopción (48). Además, el arto

161 concede al padre y la madre el derecho de relacionarse con sus hijos menores, aunque no ejerzan la patria potestad, la interpretación restrictiva de tal derecho, por su propia fundamentación

filosófica, no es aconsejable e, incluso, desconocería la norma contenida en él art. 3.1 del Código, sobre todo, cuando la privación de la patria potestad no tiene carácter irreversible, pues, según el arto 170, los tribunales podrán, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la misma, si hubiere cesado la causa que motivó la privación" (49).

48 Lo que explica posiblemente, añade el Tribunal Supremo, por qué la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, pretendió regular la adopción, basándola -en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar..., y el beneficio del adoptado que se sobrepone. Tales finalidades son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación cope legis- de una relación de filiación-, como así se recoge en el Preámbulo de la precitada Ley.

49. Sentencia de 30-4-1991 (R.A. 199113108). Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa

## LUGAR DE EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA

Imponer a la madre que el ejercicio del derecho de visita concedido al padre tendrá que efectuarse en el domicilio de ella "es algo que puede representar cierta violación del derecho fundamental que preconiza el arto 18.2 de la Constitución: su inviolabilidad. Por ello, acentuando la prudencia que debe regir en las relaciones paterno-filiales, las visitas del padre a su hija, deben realizarse en el lugar que por mutuo acuerdo fijen los padres, pero en todo caso, previa audiencia de la menor y teniendo en cuenta su opinión al respecto, con lo cual, se respetan los derechos e intereses de la niña. (50)

## EL PRINCIPIO DE NO IMPOSICIÓN

No deben los hijos ser obligados contra su voluntad a someterse a un régimen rigorista de convivencia con cualquiera de sus progenitores, porque ello produciría efectos contrarios a los pretendidos en la ley.

Si verdaderamente se pretende obtener un mejor grado de compenetración y mejora en las relaciones afectivas, debe otorgarse mas libertad a los hijos para que opten voluntariamente con la mayor naturalidad posible, por los momentos y ocasiones en que deseen estar con uno u otro de sus progenitores, sin forzales nunca a cumplir un régimen rigorista y preestablecido (51).

50. Sentencia de 30-4-1991 (R.A. 1991/3108). Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa

51. Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Albacete de 1 de marzo de 1993. Ponente Sr. Cano Moreno. En Actualidad Civil (Audiencias) nº 12/16-30 de Junio de 1993. 9632

## EL PRINCIPIO DE CONVIVENCIA ENTRE HERMANOS.

El Art. 92, párrafo cuarto, in fine, del Código Civil plasma el principio de convivencia entre hermanos cuando previene que la determinación del cónyuge custodio se hará "procurando no separa a los hermanos".

En un supuesto en que otorgada la custodia a la madre, uno de los hijos menores, contraviniendo lo decidido por el juez de Instancia, se instaló voluntariamente con su padre, este interpuso recurso que

tendría a obtener pronunciamiento que refrendando la situación real impuesta por el deseo del hijo menor le atribuyere su custodia. La audiencia Provincial de Valencia (52) entendió que tal planteamiento resultaba razonable contemplado desde la perspectiva de la voluntariedad de las relaciones paterno filiales, donde ha de manifestarse nociva para el menor cualquier imposición que no tenga un sólido fundamento”.

En el caso de autos, no solo no se alego por la apelada ni por el Ministerio Fiscal razón alguna que pudiera justificar el que no se acceda a la pretensión del recurrente, sino que la propia defensa de la madre del menor reconoció en su informe oral ante el Tribunal que el pequeño se fue a vivir con el padre en Noviembre de 1993 y, tras manifestar que no se oponía a una convivencia, se limito a pedir que, en aplicación del principio de unidad familiar, se estableciera un régimen de comunicaciones que propiciara el mas estrecho contacto del menor con sus hermanos y con su madre. El equilibrio entre

el respeto a la voluntad del menor y la exigencia de mantener y aun fortalecer el contacto de este con todo su entorno familiar conduce a la necesaria estimación de recurso en n cuanto a la pretensión del principal de que se traslade al recurrente la custodia de su hijo. Ahora bien, esta medida habrá de ir

acompañada, por un lado, del consiguiente efecto económico, y por otro, del establecimiento de un régimen de visitas lo más amplio posible...”.

Así el Tribunal acordó, por lo que hace al régimen de visitas, que la madre tuviera en su compañía a ese hijo en los mismo términos previstos por la sentencia impugnada, pero armonizando este régimen con el de la otra hija menor para con su padre, de forma tal que ambos hermanos pasen juntos, alternándose con uno y otro progenitor todos los fines de semana y periodos vacacionales.

## EL PRINCIPIO "FAVOR FILLII"

La patria potestad y el derecho de relacionarse con los hijos por parte de *quien* no tiene su custodia se establecen en beneficio de los propios menores (función tuitiva), estando el arbitrio de las partes controlado por el juzgador, que puede fijar discrecionalmente en poder de quién han de quedar los hijos, dándosele para ello y para fijar el régimen de comunicación, visitas y convivencia amplias facultades discrecionales para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor, lo que suele hacerse sin carácter definitivo, de manera eventual, precisamente para poder modificarlas según las circunstancias y el modo y manera en que vayan evolucionando las Relaciones (53).

52. Audiencia Provincial de Valencia sección sexta. Sentencia num. 207/1994 de 15 de abril.

53 Sentencia del Tribunal Supremo de 22-5-199J (R.A. 1993/1997)

El derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado al interés y beneficio de éste. Ahora bien, su reconocimiento es consecuencia ineludible de la patria potestad, como establece en principio el artº 160 Código Civil; también del artº 94 del Código *Civil* se extrae sin mayores esfuerzos que la negación del derecho de visitas es una excepción a la regla general, de carácter imperativo, que sienta su *inciso* primero, por lo que como excepción debe ser probada por quien la alegue (54).

Así, el derecho de comunicación puede suprimirse, limitarse o suspenderse, además de en los casos del artº 160, «si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial», según dispone el artº 94.

Deben suspenderse las visitas si la prueba pericial practicada pone de relieve inequívoco y expresamente que, dadas las relaciones tensas entre los progenitores, sería perjudicial para el menor su relación con la madre (55).

54. Sentencia de 21-7-1993 (R.A. 1993/6175)

**55. Sentencia del Tribunal Supremo de 21-7-1993 (R.A. 1993/6175)**

Si en la exploración practicada queda evidente reflejo de las dificultades que presenta la relación afectiva de la hija con su madre, a la que ni siquiera identifica como tal «que ella no es su mamá, que su madre es Isabel que es la que vive con ella» «que no se quiere ir con ella porque es mala, según

le han dicho su padre y su abuela» hasta el punto de llegar a negarse rotundamente a salir con su madre», es procedente, y así lo ratifica el Tribunal Supremo, establecer un régimen de aproximación y comunicación progresivo y vigilado o seguido por un Psicólogo, con obligación de informar periódicamente, pues, en principio, la hija sólo puede obtener beneficios en su formación con el contacto con ambos progenitores, indudablemente más fructífero que el existente con una extraña -a la que confunde con la madre natural- o con la abuela (56).

Por no tener estas medidas carácter definitivo, ya se señaló desde antiguo (57) su no acceso a la casación, y más recientemente (58), después de señalar la exigencia de las orientaciones doctrinales y legislativas modernas, en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia, de atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad, señala que la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta, exige conceder al Juez la facultad discrecional, sin que contra lo resuelto por los Tribunales de apelación quepa la casación, a menos que se haga patente el error de hecho o de derecho cometido.

56 Sentencia del Tribunal Supremo de 22-5-1993 (R.A. 1993/3977).

57 Auto del Tribunal Supremo de 6-3-1920, y sentencias de 14-12-1931 (R.A. 1931/2313) Y 27-10-1961 (R 1961/3319) .

58 Sentencia de 9-3-1989 (R.A. 1989/2070)

## LA AUDIENCIA DE LOS HIJOS MENORES

En situación de crisis matrimonial de sus progenitores, el artículo 92 CC, que señala a los hijos como beneficiarios de las medidas judiciales adoptadas sobre su cuidado y educación, previene, paralelamente, que sean oídos si tienen suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

No dice el legislador qué debe entenderse por "suficiencia de juicio", concepto normativo este que debe quedar al arbitrio judicial y que razonablemente se podrá: aplicar al hijo -que, habiendo alcanzado la madurez necesaria para conocer la realidad de la ruptura del matrimonio de sus padres, sea capaz de opinar sobre esa nueva situación familiar y transmitir su criterio sobre lo que él entiende que le conviene.

Por supuesto, no debe excluirse a los disminuidos físicos, síquicos o sensoriales mayores de doce años, ni a los menores que, pese a esas minusvalías, tengan suficiente juicio.

Ni que decir tiene que la audiencia debe practicarse con eliminación de todo formalismo y con acomodo del juez a la personalidad y a las necesidades del menor, para que este se manifieste con libertad y la experiencia vivida no le afecte negativamente.

La audiencia a los hijos en los casos del art. 92 no es potestativa, sino imperativa para el Tribunal. Así se declaró expresamente en sentencia (59) del Tribunal Supremo, de 14 de Mayo de 1987, que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la Ley, precisando que el párrafo segundo del artículo 92 del CC, en cuanto preceptúa que las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos, lo serán tras oírles si tuvieran suficiente juicio "y siempre a los mayores de doce años", establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento por los órganos jurisdiccionales. Y aunque sostiene que esa norma es de naturaleza sustantiva y no procesal. Lo que impide que su violación pueda provocar nulidad de actuaciones a que se refiere el artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, rechaza que la intervención del Ministerio Fiscal justifique que el Juez no oiga a un menor con doce años, pues ello supondría erradicar la aplicación del párrafo segundo del artículo 92 del CC, habida cuenta que siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en estos litigios, al estar garantizado con ello el interés de los menores, en ningún caso podría originarse la indefensión de los mismos, llegándose a la consecuencia absurda de privar de toda virtualidad al precepto que impone que sean oídos.

**59 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14-5-1987 (R.A. 1987. 3.550). Ponente Sr. Sánchez Jáuregui.**

Sin embargo, el Tribunal Supremo huye de declarar la nulidad de actuaciones en razón de no haber sido oído el menor. Así, declara que la audiencia de los menores que no hayan alcanzado los 12 años de edad en los procesos de rompimiento de la relación existente entre los progenitores "no es tan absoluta e imperativa como en los de incapacitación pues así como en éstos, el Código, en su art. 208, dispone que el Juez examinará, por sí mismo, al presunto incapaz, en aquellos, al regular, concretamente, «los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», arte 92, y al exponer «las

disposiciones generales» en las relaciones paterno-filiales, arts. 154 y 156, establece la audiencia de los hijos si tuvieren suficiente juicio y siempre, cuando fueran mayores de doce años (60)°. En razón de lo acabado de exponer, y teniendo en cuenta la economía procesal que debe presidir cualquier procedimiento y, especialmente, el respeto y consideración que merece la sensibilidad de los menores, es por lo que no resulta procedente acordar una nulidad de actuaciones, máxime, cuando la niña fue examinada por el equipo de Psicólogo y de Asistente Social adscrito al Juzgado (61).

60. Circunstancia la segunda que no se dio en el caso e que se trata, ya que la menor en cuestión nació el 3 de junio de 1979 y la demanda tuvo entrada en el Decanato en 9 de febrero de 1985.

61 Sentencia de 30-4-1991 (RJ 1991\3108). Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa

Ni el texto de la ley, ni el Tribunal Supremo distinguen entre los procedimientos consensuados y los contenciosos. Es cierto que en aquellos, normalmente, se producen menos conflictos con los intereses de los hijos y que, como dice ESPINOSA (62), la audiencia de éstos suele ser meramente rutinaria, "toda vez que estando los cónyuges de acuerdo respecto de las relaciones paterno-filiales plasmadas en el convenio regulador, los hijos están prácticamente siempre de acuerdo en las

cláusulas que a ellos afectan, aunque no en todas las ocasiones, pues alguna vez el convenio se ha establecido por los padres sin tener en cuenta la voluntad de los menores, y éstos muestran su disconformidad".

Con un criterio restrictivo que no comparto, mantuvo el Tribunal Supremo (63) que "cuando el artículo 154 determina que «si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten», no impone que hayan de serlo necesariamente en el proceso sobre privación de la patria potestad -como sí sucede en el supuesto de desacuerdo en su ejercicio conjunto, artículo 156.2.0- sino más bien que los padres habrán de oírles para adoptar las decisiones que les afecten", esta interpretación restrictiva es contraria al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al texto expreso del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que previene que:

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a u situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos".

62 José Espinosa Lozano. Problemas procesales en Derecho de familia'. 1991. Página 179 y ss. Jose M. Bosch EDITOR S.A

63. Sentencia del Tribunal Supremo de 25-6-1994 (R.A. 1994/6502)

## EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

La especial naturaleza de los derechos y deberes que se entrecruzan en las relaciones conyugales y paterno filiales y la implicación en ellos de un evidente interés público de adecuado cumplimiento de los mismos, ha de traducirse necesariamente en la ampliación de las facultades judiciales, lo que supone en el ámbito procesal readaptar a ellos los tradicionales principios dispositivo y de rogación.

## EN RELACIÓN CON LA PENSIÓN ALIMENTICIA

La pensión alimenticia es efecto del pronunciamiento principal de la separación o divorcio, constitutiva de una especie de ejecución impropia que el juez podría adoptar de oficio con arreglo a lo dispuesto por el artículo 91 CC, siendo doctrina consolidada de las Audiencias la no vigencia del principio de rogación, por lo que el Juez puede fallar sobre tales medidas aunque la parte no las pida (64).

La especial naturaleza de la obligación de prestar alimentos se configura a través de las siguientes notas características:

Primero, el derecho a recibir alimentos futuros es irrenunciable, intransmisible, imprescriptible e intransigible (artículos 151 y 1.814 CC).

Segundo, la extensión del concepto de alimentos -exigibles desde que se necesitan, pero, de acuerdo con el artículo 148 CC, efectivos solo desde que se reclaman- queda integrado por el artículo 142 CC, que fija las partidas que lo componen, y por el artículo 146 CC, que establece la doble referencia a la que su cuantificación habrá de atender -proporción al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe-, lo que, conforme al artículo 147 CC, produce la consecuencia de su variabilidad, condicionada por las variaciones que puedan experimentar esos parámetros.

Tercero, los alimentos tienen una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibirlos y la posibilidad de prestarlos.

Cuarto, cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, conforme al párrafo primero del artículo 145 CC, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

Quinto, el obligado puede, a su elección, satisfacer los alimentos pagando la pensión o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos (artículo 149 CC).

En caso de ruptura de la convivencia de los progenitores -tanto si éstos están unidos o no por matrimonio-, todas las mencionadas notas características, salvo la última, son predicables de la obligación de prestar alimentos a sus hijos menores en la medida en que resulte deudor de ella el progenitor que no los tiene en su compañía. Por tanto, también la distribución proporcional de alimentos entre el padre y la madre obligados a prestarlos, conforme al artículo 145 CC, es aplicable a esta situación de crisis familiar. Pese a ello, es cierto que habitualmente las sentencias de los tribunales no hacen mención expresa y cuantitativa de, los alimentos que debe prestar el que de aquellos conserva la guarda y custodia del hijo menor; sin embargo, no quiere esto decir que quede exonerado de tal obligación, ni que se cargue exclusivamente sobre el otro, ni que el menor deba ser alimentado solo con lo que éste satisfaga. Muy al contrario, al cuantificar el importe de la pensión alimenticia con cargo al que debe satisfacerla en dinero, han de tenerse en cuenta toda la riqueza de argumentos económicos y personales que afectan a los tres protagonistas de la situación jurídica -el padre, la madre y el menor-. En este sentido, dentro de ese complejo entramado de necesidades materiales y afectivas del pequeño han de valorarse el tiempo desvelos y cuidados constantes que el padre o la madre con quien conviva ha de prestarle por sí o mediante persona a la que retribuya, tratándose de una suerte de prestación de alimentos en el seno de la vivienda familiar a través de la permanente dedicación al hijo y de facilitarle no solo lo que permita la pensión satisfecha por el otro progenitor, sino todo lo que, aunque exceda de ésta, precise para su sustento, educación, habitación, vestido y asistencia médica, sin que la prestación económica de la pensión de alimentos por el progenitor que no convive con el menor pueda suponer nunca fuente de ingresos personales para el que tiene confiada la guarda y custodia de este.

El interés superior del niño justifica que el Juez pueda decidir libremente sobre los alimentos que le correspondan a aquel, sin hallarse sometido al principio dispositivo.

## EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE VISITAS

En cuanto al régimen de visitas y comunicación de los hijos menores o incapacitados con el progenitor que no los tenga consigo, no resulta discutible la derogación del principio de rogación procesal.

Los términos imperativos en que se manifiestan los artículos 91, 92 Y 94 CC suponen una conminación al Juez para que adopte las medidas que reclame el beneficio de los hijos sin atender a

cualquier limitación que pudiera imponerse por las partes del proceso. No se debilita este argumento por el hecho de que sea también parte el Ministerio Fiscal y que éste tenga encomendada la defensa de los intereses del menor, pues esta defensa no excluye el superior deber del Juez de adoptar las medidas que convengan a los hijos menores.

Ciertamente, avala también la tesis de la derogación del principio dispositivo en este tipo de procesos la naturaleza de los pronunciamientos judiciales que afectan al más íntimo derecho del niño - depositario siempre del interés más digno de protección y en cuyo beneficio se ejerce la patria potestad- a mantener contacto con sus padres.

Debiéndose configurar este contacto paterno filial más como un deber que como un derecho de los progenitores, no podrían éstos renunciar a su ejercicio sin incumplir la obligación que los artículos 110, 111 in fine y 154.10 CC les imponen de velar por los hijos menores (65).

## LOS HIJOS NO MATRIMONIALES

La Constitución Española en el artículo 14 proscribiera cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, y en el 39 protege genéricamente a la familia y proclama la igualdad de los hijos ante la ley. La aplicación de estos principios justifica la necesidad de suplir la imprevisión del legislador ordinario que no ha regulado los procesos judiciales de ruptura de las "uniones de hecho" aplicando, en cuanto se refiere a los hijos comunes, los principios inspiradores de los procesos de separación, lo que justifica la intervención del Ministerio Fiscal como propugnaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1987 al decir que:

"La existencia o no de vínculo matrimonial no justifica la desigualdad de trato según el arte 14 de la Constitución, dado que los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su filiación; la intervención del Ministerio Fiscal sólo en los procesos en los que haya hijos matrimoniales representaría una evidente discriminación proscribida en las normas constitucionales".

Así, se aplica el principio de protección del menor cuando se resuelve por el Tribunal (66) que: "Si la relación entre las partes "basada en el afecto hace crisis y existen hijos comunes, es evidente que deben adoptarse judicialmente -cuando así se interesa- todas cuantas medidas exija la nueva situación, teniendo como único norte el interés de los hijos que son los más urgentemente necesitados de protección, supliendo de tal forma la inactividad o falta de previsión de los progenitores. Entre estas medidas hay que incluir también la relativa al uso de la vivienda con objeto de que el amparo a los hijos no sea meramente parcial; y si en el marco de la relación matrimonial el art 96 del Código Civil en defecto de pacto atribuye ese uso a los hijos comunes, y por extensión lógica al cónyuge en cuya compañía queden, no hay razón alguna para seguir un distinto criterio cuando la relación de los cónyuges es meramente de hecho pero *con visos*, apariencia y voluntad de estabilidad, por cuanto otra cosa supondría una indeseable discriminación".

66 Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10", auto de 27 de febrero de 1990

El mismo criterio ana lógico justifica la aplicación artículos 90 y siguientes del CC, relativos a las medidas judiciales sobre cuidado y educación de los hijos, patria potestad, alimentos, visitas y vacaciones.

En definitiva, la obligación que los artículos 110, 111 in fine y 154.10 CC imponen a los progenitores de velar por los hijos menores se establece también en beneficio de los hijos no matrimoniales. Así, si no viven juntos los padres no unidos entre sí por vínculo conyugal, aquel de ellos en cuya morada no se encuentre el menor tendrá derecho innegable -y deber inexcusable, diría yo- a relacionarse con él para mantener los lazos de recíproco afecto, debiendo fijarse para lograrlo el adecuado régimen de visitas, con determinación del tiempo y circunstancias, acudiendo para ello a la aplicación analógica del artículo 94 CC, en relación con el párrafo primero del artículo 160 CC (67).

## LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA

Los Juzgados de Familia, cuya creación tuvo lugar mediante Real Decreto de 3-7-1981, anticipándose a la Ley de 7 de dicho mes y año [Ley 30/1981] que en su Disposición Final contempla

a los mismos, tienen atribuida una competencia objetiva perfectamente delimitada y restrictiva. Su potestad jurisdiccional, que es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionen, solamente abarca las actuaciones previstas en los Títulos IV (arts. 42 a 107) y VIII (arts. 154 a 180) del Libro Primero del Código Civil y aquellas otras cuestiones que en materia de derecho de la familia le sean atribuidas por las leyes. Por tanto la exclusividad es de proyección negativa en cuanto no puede comprender otras cuestiones que las explicitadas (arts. 53 y 55 de la Ley Procesal Civil y 85 Y 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y, entre ellas, la referente al enjuiciamiento de la indemnización por convivencia, respecto a la cual carecen de competencia objetiva, por no haberse dictado norma posterior alguna que se la atribuya (68).

67, sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo. de 9-10-1982 (R.A. 1.982, 5.548)

68 Esta conclusión no podía ser otra, pues la prevé el arto 154-2.0 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que decreta la incompatibilidad de acciones para su ejercicio simultáneo en un mismo juicio, cuando el Juez que ha de conocer la principal fuera incompetente por razón de la materia o de la cuantía litigiosa para conocer la acumulada (en este caso la petición indemnizatoria por convivencia extramatrimonial), con la conclusión lógica procesal, de que el Juez de Familia que tramitó la demanda desde el principio carecía de competencia para entender da dicha pretensión económica, pues se acumuló a la petición primera que era la que fijaba su función competencial, siempre restrictiva y no extensiva. Lo expuesto se refuerza con la consideración, que no se puede marginar de que se trata de cuestión de orden publico no sometida a la disponibilidad de las partes. Es derecho necesario e imperativo para la adecuada distribución de la jurisdicción del orden civil a aquellos órganos a los que debe corresponder en su diversa Problemática contenciosa, con posibilidad de apreciarse de oficio ¡Sentencia del Tribunal Supremo de 8-3-1993 (R.A. 1993/2048), que cita las de 14-10-1989 (R.A. 1989/6917) Y 27-2-1992 (R.A. 1992/1247).

## LA DEFENSA DEL MENOR EN EL PROCESO

### EL FISCAL

La intervención del Ministerio Fiscal en los juicios matrimoniales cuando existen hijos menores o incapacitados, impuesta por el número 6 del artículo 3 de su Estatuto Orgánico (69) y por la Disposición Adicional 8a de la Ley 30/1981, encuentra su razón de ser en el interés social de que se garantice la protección de los derechos e intereses de los más desvalidos.

Cuando, siendo legalmente necesaria su intervención, está ausente del proceso, su falta de llamamiento es causa de nulidad de las actuaciones judiciales que habrá de sostenerse en el propio juicio matrimonial por la vía de los recursos.

69 Ley 50/1.981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Sin embargo, en sentencia de 26 de Enero de 1993 (70), en un supuesto en el que, en juicio de menor cuantía, la recurrente en casación (71) pretendió la declaración de nulidad del convenio regulador porque, habiendo hijos menores, el Ministerio Fiscal tuvo que ser oído, y no lo fue, cuando ella y el recurrido (72), solicitaron conjuntamente la separación judicial, el Tribunal Supremo desestimó el motivo porque en el proceso de separación conyugal (73) recayó sentencia de separación de los cónyuges y aprobación del convenio regulador, que quedó firme y se "ejecutó, hasta el punto de que fue el presupuesto legal del delito de divorcio entablado posteriormente por el recurrido contra le "recurrente" (74), en el que también hubo sentencia firme de divorcio y ratificación del convenio regulador. No en el primer procedimiento ni en el segundo recurrió contra la falta de emisión de su informe por el Ministerio Fiscal acerca del convenio regulador en lo tocante a los menores, luego, dice el Tribunal Supremo, no se ha cumplido lo ordenado en el artículo 240.q de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que previene que la nulidad de pleno derecho o los defectos de forma de los actos procesales "se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales", siendo doctrina jurisprudencia (75) que, una vez suprimido el incidente de nulidad de actuaciones por la Ley 34/1984, de 6 de Agosto, quienes fueron parte en el juicio en que se cometieron las infracciones no puede plantear la nulidad en juicio declarativo.

70. Sentencia de la Sala Primera del tribunal Supremo de 26 de enero de 1993. Ponente Sr. Gullon Ballesteros. En Actualidad Civil nº 22/31 mayo-6 de junio 1993, marginal 528.

71. Al amparo del art. 1692.5º y alegando infracción por no aplicación de los arts. 6.3. del Código Civil, en relación con el apartado 6 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, así como el art. 240 de la ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de Julio de 1985.

72 Entonces su esposo.....

73 Autos 499/84 del Juzgado de 1ª Instancia, hoy nº 1, de Alcoy

74. Autos 171/1987 del Juzgado de 1ª Instancia hoy nº 1 de Alcoy.

75. Cita las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1.990 y 24 de Febrero de 1.992

## SU ACTUACIÓN PROCESAL

La Circular núm. 3/1986 de la Fiscalía General del Estado (76) precisa la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, ya que se era consciente de que el comportamiento jurídico-procesal del Ministerio Fiscal en estos procesos, ante unas mismas cuestiones sustantivas y procesales, no siempre era uniforme. En dicha Circular, se recordaba, que el Ministerio Fiscal, se debería mostrar en los mismos en una actitud activa y no meramente formularia. En este sentido llama' la atención de los Fiscales, sobre la frecuencia, con que la obligación de alimentos, establecida por la Autoridad Judicial en los procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados o del cónyuge cuando se encuentra en estas situaciones, no es cumplida en la práctica, por diversas causas (acumulación de trabajo en los órganos, judiciales, resistencia de la persona obligada al pago, etc.). Y tras señalar que se trata de una situación que no puede consentirse, interesó de los Fiscales que pusieran todo su esfuerzo para que estas obligaciones de alimentos se cumplan, ejercitando todos los medios concedidos por el Ordenamiento Jurídico, incluso las acciones penales cuando sean procedentes, o acudiendo a las formas de garantía atípicas, que se mencionan en la Circular citada, esto es, solicitando que sea supeditado el ejercicio de la facultad de visitar a los hijos al hecho de estar al corriente en el pago de la pensión establecida para atender a su alimentación y educación.

**76. Como recuerda la Instrucción de la propia Fiscalía de 1-6-1988, núm. 3/1988 (8. INFORMACION Mº JUSTICIA IS-2-1989, núm. IS18, suplemento).**

Comparto plenamente el alto nivel de autoexigencia que la Circular propone a los Fiscales. Su intervención en esta clase de procesos está sobradamente justificada por la necesidad de proteger el interés superior de los niños, que no quedaría adecuadamente defendido si el Fiscal adoptara un comportamiento procesal meramente pasivo o formulario, lo que implicaría verdadero vaciamiento de su función y pérdida del sentido de su intervención.

## LA CUSTODIA COMPARTIDA

### EL RÉGIMEN LEGAL

El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras maternas y paterna en el niño. Su conveniencia continuada con solo uno de ellos provoca que tome a este como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias al otro con el que se relaciona esporádicamente, la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño, en otras ocasiones la falta de convivencia provoca antes o después el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor.

La propia regulación Legal parece partir del criterio de atribución de la custodia solo al padre o solo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así:

El art. 99 a) del Código civil se refiere a la "determinación de la persona (en singular) a cuyo cuidado deban quedar los hijos".

El art. 92, párrafo cuarto, establece que "podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro (cónyuge)".

El art. 94 regula el derecho de visitas, comunicación y compañía del "progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados".

El art. 96 atribuya el uso de la vivienda familiar "a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden", sin prever alternativa alguna.

Sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas: es mas, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (art. 92, párrafo segundo), deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás.

Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de tenerse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta

conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores.

## LAS ALTERNATIVAS

### DOMICILIO FAMILIAR SOLO PARA EL NIÑO

Varios son los mecanismos que se me ocurren para la articulación de un sistema alternativo. El primero consistiría en mantener al niño en el uso continuado del domicilio familiar bajo la custodia alternativa de uno u otro progenitor por el tiempo que se determinara en la sentencia o, eventualmente, en el convenio regulador. La ventaja de esta modalidad estriba en que el pequeño gozaría de notoria estabilidad, no se vería obligado al constante peregrinaje de una casa a otra y, siendo sus padres los que habrían de trasladarse, se sentiría siempre en su propia casa. Este régimen casaría bien con el mandato de que el uso de la vivienda familiar se atribuya a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96). Habría de complementarse seguramente con acuerdos o decisiones referentes al uso por ambos, o no, de todo o parte del ajuar, y la atribución del uso exclusivo y excluyente de una habitación distinta para cada progenitor. Los inconvenientes pueden surgir de las fricciones que se produjeran entre los progenitores que, viviendo alternativamente en la misma casa, no supieran encontrar fórmulas de armonía y crearan un ambiente de tensiones o

violencias lesivo para los hijos. Constituirá también un inconveniente, seguramente insalvable, el que uno o ambos progenitores hubieran formado otra familia, sobre todo si en ésta también hubiera niños.

Las notables dificultades que pueden plantearse me hacen pensar que sólo será posible aplicarlo cuando ambos progenitores lo acepten y estén dispuestos a ceder frente al otro, en beneficio del interés superior de sus hijos.

### CUSTODIA COMPARTIDA EN DISTINTOS DOMICILIOS

Otra fórmula posible de custodia compartida es la que supondría la atribución de ésta alternativamente a uno u otro progenitor, por períodos de tiempo determinados, en el respectivo domicilio. Este régimen evitaría los inconvenientes que he reseñado derivados del uso alternativo de la vivienda familiar y sería aplicable incluso en el caso de que el padre o la madre hubieran constituido otra familia y tuvieran hijos de diversos matrimonios. Debe cuidarse de que su aplicación no provoque la disolución o disociación del ambiente de amistades y núcleo de relaciones escolares y extraescolares del pequeño. Otro inconveniente reseñable es que, en cuanto deja sin resolver la atribución de la vivienda familiar, podría chocar con las previsiones del art. 96, que señala a los hijos como primeros destinatarios del uso de ésta; no obstante ello, el interés superior de los menores, cuya obtención constituye el objetivo último de las medidas a adoptar, justifica una interpretación flexible de la norma que permita la obtención de ese fin último.

Sea cual fuere el concreto régimen de custodia compartida que teóricamente pudiera resultar preferible, ninguno de ellos será aplicable en la práctica si no se cuenta con la buena disposición de los progenitores, pues las dos fórmulas apuntadas y cualesquiera otras que el buen sentido aconseje, exigirán de los padres un mayor grado de cooperación en beneficio de los niños.

De igual manera, cualquiera que sea la opción, habrá que prever un régimen que evite las interferencias en el ejercicio de la custodia, distinguiendo entre cuestiones diarias, cuya decisión le corresponderá al progenitor que ostente la custodia en cada momento, y cuestiones de relevante importancia o trascendencia (por ejemplo elección de colegio, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo) sobre las que corresponderá decidir a ambos padres conjuntamente.

En cualquiera de ambas fórmulas propuestas, es cuestión importante la determinación del plazo de alternancia en el ejercicio de la custodia. Aunque su concreción habrá de hacerse teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, en el primer sistema -cuando el niño se mantiene en el uso permanente de la vivienda familiar- pueden establecerse plazos cortos (por días, semanas o quincenas), pudiendo resultar innecesario el establecimiento de un régimen de visitas; pero si se optara por el segundo, deberían ser más amplios (no menos de un mes), para evitar al niño

un trasiego excesivo, y necesariamente deberá combinarse con el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor no custodio en cada período.

## CONTACTO DIARIO CON AMBOS PROGENITORES

Por último, aún manteniendo el régimen usual de atribución unilateral de la custodia, cabe limitar las facultades de decisión del progenitor custodio a los aspectos ordinarios de la vida diaria del niño, y atribuir las demás a la decisión conjunta de ambos padres; complementariamente conviene articular con esa limitación un régimen de visitas, comunicación y compañía tan amplio e intenso que suponga un permanente contacto del hijo con los dos (durante varias horas tras la salida del colegio, todos los días o en días alternos).

En definitiva se trata de instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres que le permita estar seguro de que, aunque ellos se hayan separado, ninguno se ha separado de él.

## EL DERECHO DE LOS MENORES A LA INTIMIDAD REVELACIÓN DEL ORIGEN DE HIJO ADOPTIVO

Los niños tienen derecho a la intimidad, y ese derecho abarca el de que no se dé publicidad a su origen cuando en el concepto público pueda ser negativamente considerado, como sucede en el caso de los hijos adoptivos.

La cuestión fue afrontada por la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 1991, en la que, revocando la dictada por el Juzgado, desestimó la demanda formulada por P. Th. Y S. M., en nombre de sus hijos adoptivos, contra la revista «PRONTO» por el reportaje publicado bajo el título «HABLA LA MADRE NATURAL DE ZEUS: Jamás QUITARÉ MI HIJO A SARA M.»t en el que se recogía una entrevista personal concedida por Gisela M., en la que figurando como madre biológica de Zeus, uno de los hijos adoptados por Sara M., narra sus circunstancias personales y familiares desde su infancia hasta los diversos sucesos que fueron configurando su vida dentro del ejercicio de la prostitución (77).

77 En la sentencia de la Audiencia de Barcelona de fecha 13 de septiembre de 1991 se sientan entre otras las siguientes conclusiones:

A) Que los padres de José y Thais T. A., en representación de los mismos formularon demanda al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil al derecho a honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por estimar que el reportaje publicado en la Revista -PRONTO correspondiente al 25 de febrero de 1989, número 887, en las páginas 34 a 41, bajo el título -Habla la madre natural de Zeus: Jamás quitaré mi hijo a Sara M.-, atentó contra la intimidad personal y familiar de sus hijos constituyendo una agresión ilegítima de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 números 3 y 4 de la citada ley. En el referido artículo periodístico se recoge una entrevista personal concedida por Gisela M., en la que figurando como madre biológica de Zeus, uno de los hijos adoptados por Sara M., narra sus circunstancias personales y familiares desde su infancia hasta los diversos sucesos que fueron configurando su vida dentro del ejercicio de la prostitución. Del mismo, los actores destacan y denuncian no la transcripción fidedigna de la entrevista realizada, sino el montaje periodístico ilustrado con fotografías de los padres adoptantes con sus hijos, y principalmente por la publicación de los datos de los menores fotocopiados de la correspondiente hoja del libro de familia.

B) Que al respecto conviene destacar, por un lado que el hecho de la adopción fue dado a conocer por los propios padres adoptantes en el año 1983 a través de diversas revistas, que el nacimiento del hijo en Alicante y la posible maternidad biológica de Gisela M. se hizo pública asimismo con motivo del denominado tráfico de niños que salió a la luz pública en el año 1985, en la localidad de Alicante. No se desvela por lo tanto en el reportaje ningún hecho desconocido concerniente al hijo adoptado o a la familia adoptante. Por otro lado no puede olvidarse que la valoración de los hechos denunciados ha de hacerse en relación con el propio ámbito de reserva que mantiene el actor, y en este caso a través de sus padres que SOD quienes ejercen la patria potestad, y determinan con su conducta los límites de tal reserva. En este sentido se observa que la vida de los hijos se ha visto en numerosas ocasiones involucrada en reportajes concedidos por los padres, así la operación quirúrgica de apendicitis sufrida por Thais, la celebración del cumpleaños de Zeus, etc.

Por otro lado también Sara M. ha publicado sus memorias en una conocida revista de ámbito nacional. De ahí que al tratarse la publicación que se enjuicia de una entrevista personal, que los hechos concernientes a Zeus ya eran conocidos, incluso por lo revelado por los padres, quienes tampoco han mai1tenido a sus hijos al margen de la vida pública, y que incluso la madre ha revelado datos concernientes a su vida privada, cabe concluir que la esfera de intimidad que se ha invadido tiene tan escasa relevancia que no tenga entidad suficiente para limitar- el derecho a la libertad expresión, máxime relativizando las circunstancias en atención a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la ley 1/1982.

El Tribunal Supremo (78) casó la sentencia absolutoria y declaró haber lugar a estimar infracción del artículo 7.3 y 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, así como de la jurisprudencia que lo interpreta en atención a las siguientes razones que encuentran su base en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional:

Primera: que el derecho a la intimidad personal del artículo 10 de la CE está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana-. Desde esta perspectiva de la dignidad de la persona, no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además en este caso sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 de la CE. No es ocioso recordar, a tal efecto, que la legislación civil ofrece una pauta significativa sobre la privacidad de estos datos (artículo 178.1)(80).

Segunda: que no puede entenderse legitimada la intromisión por el ejercicio del derecho a la información ante el hecho de desvelarse una serie de datos relativos al área de extracción familiar y social del menor que, ni eran precisos para la pretendida denuncia de hechos delictivos, ni podrán ser

imputados a otros móviles que no fueran los de satisfacer curiosidades malsanas desvelando hechos que, lógicamente, afectaban a la intimidad familiar de los recurridos, ocasionándoles, además, con ello, un evidente perjuicio(81).

78 Sentencia de 7-12-1995 (RJ 1995\9268). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López

79. Sentencia del Tribunal Constitucional nº231/1988 (RTC 1988\231).

80. Pero el derecho a la intimidad se extiende, sigue diciendo el alto Tribunal, no solo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la CE protegen. No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges e hijos tienen normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un secreto propio y no ajeno a la intimidad, constitucionalmente protegido. Ello implica que la noticia no solo ha afectado al derecho a la intimidad personal del menor, sino también al derecho a la intimidad de sus padres adoptivos

81. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 marzo 1992 (RJ 1992\2204)

Tercera: Que si bien es cierto que el artículo 20 de la Constitución reconoce y protege los derechos a la libertad de expresión e información, no lo es menos que tales derechos no pueden ejercerse de manera incondicional o absoluta ya que el mismo precepto, en su número 4, establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título y, especialmente, en el derecho al honor a la intimidad, y a la propia imagen, los cuales se encuentran garantizados en el constitucional artículo 18, y su protección jurisdiccional, en el ámbito civil, se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/1982 mencionadas (82).

82. En relación con el problema de la colisión entre derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de la libertad de información y expresión del otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis se expresan a continuación:

Que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente entre ellos;

Que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1. d). en función, de su doble "carácter" de libertad individual: y de garantía constitucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen;

Que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; Que tal relevancia comunitaria y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra- (STS 5 abril 1994 (RJ 1994\2938)) en análogo sentido, ya habían dicho las Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 octubre 1991 (RTC 1991\197) y 11 abril 1992, que en cuanto el derecho afectado es el derecho a la intimidad la excepción de veracidad no es aquí legítima, pues responde de la revelación y divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces. El elemento decisivo es, aquí, la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su revelación resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa o, si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento.

Cuarta: Que aunque el derecho a la intimidad como limite a la libertad de información, deba ser interpretado restrictivamente, ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad (83). No toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea (84).

83. El que la información publicada se refiera a un personaje público, añade el Tribunal Supremo, no implica de por sí que los hechos contenidos en la misma no puedan estar protegidos por el derecho a la intimidad de esa persona, que constituye siempre un límite del derecho a la intimidad de las personas que, por razón de su actividad profesional cómo aquí sucede, son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido radicalmente, en el sentido que el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición, de figura pública. Que estos hechos se flexibilicen en ciertos supuestos es una cosa, y otra bien distinta es que cualquier información sobre hechos que les conciernen guarden o no relación con su actividad profesional, cuenten o no con su conformidad, presenten ya esa relevancia pública que la legitime plenamente y dote de una especial protección.

84 Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 octubre 1991 (RTC 1991\197)

Quinta: Que habida cuenta que los demandados hicieron públicos datos relativos a la vida íntima de los menores que promovieron la demanda, hechos privados referidos a su adopción, que sus padres no habían colocado fuera de la esfera de la intimidad familiar y que carecían totalmente de relevancia pública que legitimase su difusión, obvio es que su publicación comporta una intromisión ilegítima en la intimidad de los actores, al implicar la revelación de datos conocidos a través de la actividad profesional de los periodistas autores de la entrevista publicada.

## EL DERECHO AUTONOMICO

La necesidad de proteger a los menores en la sociedad actual, materialista, competitiva y hedonista, se manifiesta en todos los ordenes de la actividad humana donde se tiende a marginar al débil y al indefenso. Organizaciones e Instituciones publicas y probadas, nacionales e internacionales han reconocido frente a situaciones y actitudes degradantes de la condición humana y han promovido con mayor empeño el arraigo de una nueva sensibilidad por los problemas de los niños.

Las Comunidades Autónomas en España no son ajenas a esta corriente de humanización de la vida social y de Lucha contra el maltrato, el abandono, la explotación y la marginación de los menores. Por ello, aunque contemplan situaciones que exceden del ámbito propio de este trabajo, no resistimos la tentación de mencionar siquiera los instrumentos jurídicos promulgados por las comunidades autónomas para la adecuada protección de quienes constituyen el futuro de todos nosotros.

### ANDALUCÍA

- Ley 17-12-1985, num. 8/1985, de Andalucía, creación del Consejo de la Juventud de Andalucía. 10-3-1986)

### ARAGÓN

- Ley de 28-3-1986, num. 2/1985, del Parlamento de Aragón, sobre creación el Consejo de la Juventud de (BOE 4-6-1985).
- Ley de 14-12-1989, núm. 10/1989, del Parlamento de sobre Protección de Menores (BOE 5-1-1990).

### ASTURIAS

- Ley 27-1-1995, Asturias, sobre 20-4-1995). del Principado de Asturias sobre Protección de Menores (BOE 20-4-1995)

- Ley 19-12-1990, núm. 5/1990, Asturias, sobre Prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores de 16 años. (BOE 6-2-1991).
- Ley 31-3-1985, num. 1/1986, del Principado de Asturias, sobre creación y regulación del Consejo de la Juventud del Principado de Asturias. (BOE 11-6-1986).

#### BALEARES

- Ley de 28-3-1985, num. 2/1985, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares , de Creación Consejo de la Juventud de las Islas Baleares. (BOE 23-8-1985).
- Ley de 4-6-1986, núm. 6/1986, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, modifica la Ley 2/1985, de 28-3-1985, de creación del Consejo de la Juventud de las Islas Baleares. (BOE 30-7-1986).
- Ley de 21-3-1995, núm. 6/1995, de la comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sobre aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores (BOE 12-5-1995)
- Ley de 21-3-1995, núm. 7/1995, de la Comunidad Islas Baleares, sobre Guarda y protección de los menores desamparados (BOE 19-5-1995).

#### CANARIAS

- Ley de 7-2-1997, núm. 1/1997, del Parlamento Canario, de Atención Integral a los menores. (BOE 16-3-1997)

#### CANTABRIA

- Ley de 17-5-1985, núm. 3/1986, del Parlamento de Cantabria, de Creación del Consejo de la Juventud de Cantabria. (BOE 27-8-1985)

#### CASTILLA-LA MANCHA

- Ley de 2-3-1995, núm. 2/1995, de la Comunidad de Castilla-La Mancha, sobre prohibición de venta y publicidad de bebidas alcohólicas a menores. (BOE 5-3-1996)
- Ley de 16-4-1986, núm. 2 1986, de la Comunidad de Castilla-La Mancha, sobre creación del consejo Regional de la Juventud de Castilla-La Mancha. (BOE 15-7-1986)

#### CASTILLA y LEÓN

- Ley 5-10-1984, núm. 3/1984, de Castilla y León, sobre creación del Consejo de la Juventud de Castilla y León. (BOE 22-1-1985)

#### CATALUNA

- Ley de 13-6-1985, núm. 11/1985, del Parlamento de Cataluña, sobre Protección de Menores (BOE 3-8-1985)
- Ley de 28-6-1985, núm. 14/1985, del Parlamento de Cataluña, de Regulación del Consejo Nacional de la Juventud de Cataluña. (BOE 5-8-1985).
- Ley de 21-11-1988, núm. 12/1988, del Parlamento de Cataluña, sobre Protección de Menores, modifica la Ley 11/1985, de 13-6-1985. (BOE 9-12-1988).
- Ley de 30-12-1991, núm. 37/1991, del Parlamento de Cataluña, sobre Medidas de protección de los menores desamparados y regulación de la adopción (BOE 21:-2-1992).
- Ley de 30-12-1991, núm. 38/1991, del Parlamento de Cataluña, sobre Instalaciones destinadas a actividades con niños y jóvenes (BOE 10-3-1992).
- Ley de 30-10-1991, núm. 39/1991, del Parlamento de Cataluña, de la Tutela e Instituciones Tutelares. (BGE de 24 de Febrero de 1992).
- Ley del Parlamento Catalán 39/1991, Diciembre, de la Tutela e Instituciones (BOE de 24 de Febrero de 1992) de 30 de Tutelares .

- Ley de 22-10-1993, núm. 11/1993, de la Generalidad de Cataluña, sobre transferencia de competencias de las Diputaciones Provinciales a la Generalidad en materia de juventud. (BOE 22-11-1993, núm. 279).
- Decreto Legislativo 13-7-1994, núm. 2/1994, de la Generalitat de Cataluña, sobre Adecuación de Leyes 14/1985, de 28-6-1985, reguladora del Consejo Nacional de la Juventud de Cataluña y 38/1991, de 30-12-1991, sobre instalaciones destinadas a actividades con niños y con jóvenes a la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (DO. Generalitat de Catalunya 27-7-1994).
- Decreto Legislativo 13-7-1994, núm. 3/1994, de la Generalidad de Cataluña, sobre adecuación de Ley 10/1981, de 2-12-1981, de creación de Instituto Catalán de Servicios a la Juventud a la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. (DO. Generalitat de Catalunya 27-7-1994) .
- Ley de 27-7-1995, núm. 8/1995, del Parlamento de Cataluña, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. (BOE de 30 de agosto de 1995).
- Ley 10/1996, de 29 de julio, del Parlamento Catalán, de Alimentos entre Parientes. (BOE de 23 de agosto de 1996) .
- Ley 11/1996, de 29 de julio, del Parlamento Catalán, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de Diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares. (BOE de 23 de agosto de 1996).
- Ley 12/1996, de 29 de julio, del Parlamento Catalán, de la Potestad del Padre y de la Madre. (BOE 23 de Agosto).

#### EXTREMADURA

- Ley 10-11-1994,- núm. 4/1994, de Extremadura sobre Protección de Menores. (BOE 27-12-1994).
- Ley 24-1-1985, núm. 1/1985, de Extremadura, sobre creación del Consejo de la Juventud de Extremadura. (BOE 22-5-1985).

#### GALICIA

- Ley 14-4-1993, núm. 4/1993, de Galicia, Servicios Sociales. (BOE 11-5-1993).
- Ley 8-5-1987, núm. 2/1987, de Galicia de regulación del Consejo de la Juventud de Galicia (BOE 23-6-1987).

#### MADRID

- Ley de 4-12-1986, núm. 10/1986, de la Comunidad de Madrid, de creación del Consejo de la Juventud de la Comunidad de Madrid. (BOE 17-2-1987).
- Ley de 0-3-1995, núm. 6/1995, de la Comunidad de Madrid, de Garantías de los derechos de la Infancia y la adolescencia. (BOE 2-8-1995)

#### MURCIA

- Ley de 21-3-1995, núm. 3/1995, de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia, Ley de la Infancia. (BOE 2-6-95)