



Dret civil català

cejfe

Drets del nens, nenes i adolescents en el trencament familiar

Ajut a la investigació 2021

Autores

Judith Solé Resina

Glòria Ortega Puente

Any 2022



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avís legal



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes a una llicència de Reconeixement _no Comercial_Sense Obra derivada 4.0. Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública sempre que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada) i no se'n faci un ús comercial. Aquesta obra no es pot transformar per generar obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

© **Generalitat de Catalunya**
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada

Resum

Les crisis matrimonials i les ruptures de les parelles de fet, més enllà d'incidir en les relacions personals afectives i econòmiques dels cònjuges o convivents, comporten el trencament de la família i, amb això, l'afectació de la resta de les persones amb les que conviuen, especialment els fills i filles menors d'edat o majors d'edat econòmicament dependents.

Una aproximació al dret vigent evidencia que les normes de caire substantiu i processal que regulen les crisis matrimonials no responen a l'interès de la persona menor, sinó que donen resposta als interessos contraposats de les parts, que són les persones adultes.

És per això que cal replantejar alguns aspectes del dret matrimonial des de la perspectiva de l'interès més digne de protecció, que és el dels nens, nenes i adolescents. I, alhora, cal dissenyar i implementar els processos de família de manera que es centrin en el que realment necessiten els infants i adolescents, per tractar de protegir el seu benestar i atendre a les seves necessitats reals, situant-los com a nucli essencial, preservant-los del conflicte -en la mesura que sigui possible-; però també escoltant-los.

Aquest estudi respon a la finalitat de reduir l'impacte negatiu que les crisis de parella tenen, ara com ara, sobre els fills i filles menors. Planteja propostes de reforma legislativa a fi i efecte de millorar l'administració de justícia en l'àmbit dels procediments matrimonials i garantir la tutela judicial efectiva dels nens, nenes i adolescents.

Descriptors principals de la investigació

Drets dels nens, nenes i adolescents; efectes de la crisi matrimonial i de parella; famílies reconstituïdes; audiència de les persones menors d'edat en els procediments judicials; mediació; mecanismes adequats de solució de controvèrsies; violència de gènere; violència contra els menors; violència vicària; protecció de la infància i l'adolescència.

Resumen

Las crisis matrimoniales y las rupturas de las parejas de hecho, más allá de incidir en las relaciones personales afectivas y económicas de los cónyuges o convivientes conllevan la ruptura de la familia, y, con ello, la afectación del resto de las personas con las que conviven, especialmente los hijos e hijas menores de edad o mayores de edad económicamente dependientes.

Una aproximación al derecho vigente evidencia que las normas de carácter sustantivo y procesal que regulan las crisis matrimoniales no responden al interés de la persona menor, sino que dan respuesta a los intereses contrapuestos de las partes, que son las personas adultas.

Por esta razón, es necesario replantear algunos aspectos del derecho matrimonial desde la perspectiva del interés más digno de protección, cuál es, el de los niños, niñas y adolescentes. A su vez, es necesario diseñar e implementar los procesos de familia de modo que se centren en lo que realmente necesitan los niños, niñas y adolescentes, para tratar de proteger su bienestar y atender a sus necesidades reales, situándolos como núcleo esencial, preservándolos del conflicto – en la medida de lo posible-; pero también escuchándolos.

Este estudio responde a la finalidad de reducir el impacto negativo que las crisis de pareja tienen, por ahora, sobre los hijos e hijas menores. Por ello plantea propuestas de reforma legislativa en aras de mejorar la administración de justicia en el ámbito de los procedimientos matrimoniales y garantizar la tutela judicial efectiva de los niños, niñas y adolescentes.

Descriptores principales de la investigación

Derechos de los niños, niñas y adolescentes; efectos de la crisis matrimonial y de pareja; familias reconstituidas; audiencia de las personas menores de edad en los procedimientos judiciales; mediación; mecanismos adecuados de solución de controversias; violencia de género; violencia contra los menores; violencia vicaria; protección de la infancia y de la adolescencia.

Abstract

Matrimonial crisis and domestic partnership ruptures, beyond influencing affective personal and economic relationships of spouses or partners, entails the family breakdown, and thus the impact over the rest of the people who live together, especially minor children or economically dependent adults.

An approach to current law proofs that substantive and procedural rules which regulate matrimonial breakdowns do not meet the interests of the minor child, but gives an answer to the conflicting interests of the parties, who are the adult persons.

That is why it is necessary to reformulate some aspects of matrimonial law giving a perspective of further interest of protection, which is the one of children and adolescents. And, at the same time, designing and implementing the family procedures in a way that focus in the real needs of infants and teenagers in order to seek to protect their well-being and address their real needs, placing them as an essential core, preserving them from the conflict – to the extent possible -; but also listening to them.

The research addresses the reduction of the negative impact that partnership conflicts have, at the moment, over minor children. It rises some proposals of legislative reform in order to improve the administration of justice within matrimonial procedures and ensure the effective legal protection of children and adolescents.

Main research descriptors

Children and teenager's rights; impacts of marriage and partnership crisis; reconstituted families; minor children court hearings in judicial procedures; mediation; dispute settlement appropriate mechanisms; gender-based violence; violence against minors; children and adolescent protection.

Informe de la investigació

Sumari

I.	<u>Introducció</u>	8
II.	<u>Objectius</u>	12
III.	<u>Marc teòric: context normatiu</u>	13
IV.	<u>Hipòtesis</u>	18
V.	<u>Metodologia</u>	19
VI.	<u>Resultats</u>	20
1.	<u>Efectes de les crisis de parella en els fills i filles menors d'edat</u>	21
1.1.	<u>Atribució de la guarda</u>	21
1.2.	<u>La distribució i l'extinció de l'ús de l'habitatge familiar</u>	37
1.3.	<u>Decisions sobre el trasllat del lloc de residència dels fills i filles</u>	40
1.4.	<u>Els aliments</u>	42
2.	<u>Els fills i les filles menors en les famílies reconstituïdes</u>	46
2.1.	<u>Concepte de família reconstituïda</u>	46
2.2.	<u>Efectes específics de la família reconstituïda durant la convivència i després de la mort del progenitor</u>	50
2.2.1.	<u>La cura i l'atenció personal dels fills i filles no comuns</u>	50
2.2.2.	<u>L'atenció econòmica dels fills i filles del cònjuge o la parella estable que conviu amb la família reconstituïda i l'obligació dels fills i filles de contribuir a l'aixecament de les càrregues de la família</u>	55
2.3.	<u>La família reconstituïda després de la crisi de parella o crisi matrimonial</u>	60
2.3.1.	<u>Custòdia dels fills i filles comuns i relació entre germans de vincle senzill</u>	60
2.3.2.	<u>Custòdia i relacions personals dels fills i filles del excònjuge o exconvivent</u>	63
2.3.3.	<u>Obligació d'aliments respecte el fill o filla del cònjuge o convivent després de la ruptura de la família reconstituïda</u>	66
2.3.4.	<u>El reconeixement de complaença</u>	67

2.3.5.	<u>Atribució de l'ús de l'habitatge familiar. Especial consideració del supòsit d'existència de germans de vincle senzill</u>	71
2.4.	<u>Efectes que la constitució d'una nova família produeix sobre els membres de la família d'origen</u>	75
3.	<u>El procediment judicial</u>.....	77
3.1.	<u>L'especialització dels òrgans judicials i dels operadors jurídics en els procediments de família</u>	77
3.2.	<u>La justícia terapèutica</u>	81
3.3.	<u>El recurs a la mediació i a les mecanismes adequats de solució de controvèrsies</u>	83
3.3.1.	<u>Marc normatiu</u>	83
3.3.2.	<u>Anàlisi de la situació i últimes regulacions</u>	86
3.4.	<u>La justícia col·laborativa</u>	95
3.5.	<u>Procediment apropiat i TEDH</u>	99
3.5.1.	<u>A voltes sobre la necessària especialització dels òrgans i els operadors jurídics intervinents</u>	99
3.5.2.	<u>Les mancances processals i els pronunciaments del TEDH</u>	105
3.6.	<u>La coordinació parental</u>	114
3.6.1.	<u>Concepte i antecedents</u>	114
3.6.2.	<u>Configuració jurídica en el nostre ordenament</u>	118
3.6.2.1.	<u>Marc català</u>	118
3.6.2.2.	<u>Marc estatal</u>	128
3.6.3.	<u>Anàlisi de les deficiències actuals de la figura</u>	129
3.7.	<u>L'audiència dels NNA en els procediments judicials de família</u>	139
3.7.1.	<u>Marc normatiu</u>	141
3.7.1.1.	<u>Marc normatiu supranacional</u>	141
3.7.1.2.	<u>Marc normatiu estatal</u>	146
3.7.1.3.	<u>Marc normatiu català</u>	154
3.7.1.4.	<u>Desajustos entre la normativa substantiva i processal</u>	158
3.7.2.	<u>Naturalesa jurídica de l'audiència</u>	162
3.7.3.	<u>L'audiència a la pràctica processal</u>	164
4.	<u>Novetats legislatives en ordre a la protecció dels nens, nenes i adolescents contra la violència</u>.....	190

4.1.	<u>La Llei Orgànica 8/2021, de 4 de juny, de de protecció integral a la infància i la adolescència</u>	191
4.2.	<u>La Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica</u>	201
VII.	<u>Conclusions i propostes</u>	205
VIII.	<u>Referències bibliogràfiques</u>	218

I. Introducció

Les crisis matrimonials i les ruptures de les parelles de fet, més enllà d'incidir en les relacions personals afectives i econòmiques dels cònjuges o convivents, comporten el trencament de la família i, amb això, l'afectació de la resta de les persones amb les que conviuen, especialment els fills i filles menors d'edat o majors d'edat econòmicament dependents. Certament, el final de la convivència dels progenitors influeix en els aspectes més bàsics de la vida dels fills i filles, i també la constitució de noves famílies, per la nova convivència d'un dels progenitors (o d'ambdós) amb una altra persona, afecta de manera determinant aspectes essencials de la seva vida.

La crisi de convivència dels progenitors pot incidir en el lloc on viuen els fills i filles, de manera que potser han de canviar de domicili i gairebé segur que han d'alternar periòdicament les estades en els respectius domicilis dels pares com a conseqüència del sistema de guarda o de relacions personals que s'acordi, essent ells i elles qui habitualment es desplacen, la qual cosa implica canvis en el seu espai vital i personal de referència i canvis també pel que fa als seus grup relacionals -amistats i companyies-.

La ruptura dels progenitors també pot comportar un descens del nivell de vida dels fills i filles amb les conseqüències que se'n deriven, ja que sovint les possibilitats econòmiques dels pares disminueixen perquè amb els mateixos recursos han de fer front a les despeses de dos habitatges (i a voltes a dues famílies). Per als fills i filles, això es pot traduir, per exemple, en un canvi d'escola (de privada o concertada a pública) o en la impossibilitat de mantenir les activitats extraescolars o de lleure que venien realitzant.

El trencament entre els progenitors, així mateix, pot afectar negativament a les relacions personals i afectives amb els pares, perquè hauran de conviure de forma alternativa i el temps que comparteixen es pot reduir considerablement, i en major mesura si els progenitors passen a conviure amb una altra persona i creen una nova família. En aquest sentit s'apunta que el trencament deteriora les

estratègies educacionals positives -control i responsabilitat- i incrementa les negatives -inconsistència i severitat¹.

Els fills i filles pateixen anímicament la situació d'estrès que suposa per a la família la crisi matrimonial o de parella. Quan més afectats es troben els progenitors, més perjudicats estaran els fills i filles². A més, sovint són utilitzats per un dels progenitor contra l'altre en les negociacions dels efectes de la ruptura i es veuen obligats a adoptar rols que no els corresponen i a suportar uns danys pels que no estan preparats i que poden esdevenir irreparables i causar desafeccions. A la pràctica, no és estrany que es demani la guarda exclusiva dels fills amb la motivació d'obtenir l'ús de l'habitatge familiar, o que se sol·liciti la guarda compartida amb la voluntat de no haver de pagar pensió d'aliments. Aquesta utilització pot afectar el desenvolupament dels nens, nenes i adolescents i comportar-los problemes de salut.

La gestió de la crisi de la parella en moltes ocasions compromet l'exercici d'una parentalitat positiva amb les conseqüències nocives i, molts cops, irreversibles, que això provoca als nens, nenes i adolescents. L'observança de l'exercici de la parentalitat positiva, entesa com a "comportament dels pares fonamentat en l'interès superior del fill, que cuida, desenvolupa les seves capacitats, no és violent i ofereix reconeixement i orientació que inclouen l'establiment de límits que permetin el ple desenvolupament dels nens"³ hauria de quedar garantida en qualsevol cas, a fi i efecte d'evitar greus perjudicis als fills i filles.

El sistema processal especial propi dels procediments matrimonials, lluny de procurar una solució que tendeixi a protegir l'interès dels nens nenes i adolescents, sovint agreuja el dany que la ruptura familiar els provoca. És

¹ Vid. FARIÑA RIVERA Francisca, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, NOVO PÉREZ, Mercedes, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores. (2014), La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: el papel del psicólogo, en Elsy C. Chan Gamboa, Cristina Estrada Pineda, Francisco Javier Rodríguez Díaz, *Aportaciones a la Psicología jurídica y forense desde Iberoamérica*, p. 115.

² Vid. Vid. FARIÑA RIVERA Francisca, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, NOVO PÉREZ, Mercedes, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores. (2014), La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: el papel del psicólogo. Ob. Cit. p. 116.

³ Definició extreta de la Recomanació Rec (2006) 19 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre polítiques de suport a la parentalitat positiva. Consultable a: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/parentalidadPos2012/docs/informeRecomendacion.pdf> (Última consulta 6/09/2021)

freqüent que els procediments matrimonials s'allarguin amb apel·lacions a les sentències de primera instància que fan que les mesures definitives preses canviïn, si es revoca la sentència, quan el fill o filla potser ja s'ha adaptat a una nova situació -per exemple, quan ha estat des de la sentència recorreguda en règim de la guarda exclusiva pot passar a guarda compartida o a la inversa amb tot el que això implica en el desenvolupament del seu dia a dia-. No es pot perdre de vista que aquestes dilacions dels procediments de justícia es produeixen en una etapa vital essencial dels infants i adolescents, en ple desenvolupament de la seva personalitat, maduresa i formació de la seva identitat, i que la seva visió o perspectiva temporal no coincideix amb la dels adults, el que es tradueix en un lapse temporal intens i decisiu encara més llarg per a ells.

A voltes, els desacords entre els progenitor en les decisions sobre els fills i filles són constants i es judicialitzen tot tipus de decisions que els afecten. Sovint els procediments de jurisdicció voluntària no poden donar resposta a totes les qüestions que se susciten en un nucli familiar desgastat i confrontat.

Les mesures adoptades en la sentència de primera instància també poden variar com a conseqüència d'un procediment de modificació de mesures que es pot interposar molt temps després del primer procediment i provocar canvis de guarda o de règims de relacions personals. Un cop més, la resolució de modificació de mesures normalment arriba amb retard i pot ser també apel·lada, el que fa que, de nou, el procediment i, per tant, el conflicte es dilati considerablement amb els greus perjudicis que això comporta per la vida i desenvolupament dels nens nenes i adolescents.

Moltes vegades -quan les relacions entre els progenitors es troben molt deteriorades- les execucions de les sentències en aspectes que afecten directament els fills i filles, com ara els règims de relacions personals o el pagament dels aliments, són realment complicades o directament impossibles.

I a la fi, si després de la crisi de parella, els pares refan la seva vida amb altres persones, els fills i filles de les relacions anteriors han de adaptar-se a una nova convivència (una família reconstituïda) que comporta més novetats essencials en el seu dia a dia.

Queda clar que els fills i filles són els grans perjudicats de la crisi matrimonial o de parella dels seus progenitors i són les principals víctimes del procediment matrimonial. I, no cal dir-ho, ho són en el màxim exponent en les situacions de violència masclista.

Una aproximació al dret vigent evidencia que les normes de caire substantiu i processal que regulen les crisis matrimonials no responen a l'interès de la persona menor, sinó que donen resposta als interessos contraposats de les parts, que són les persones adultes. Certament, les normes sobre atribució o distribució de la guarda dels fills i filles i les relatives a l'ús de l'habitatge familiar i les pensions d'aliments als fills i filles responen a la finalitat de resoldre el conflicte entre els progenitors, més que a garantir els drets dels infants i adolescents. És per això que cal replantejar alguns aspectes del dret matrimonial des de la perspectiva de l'interès més digne de protecció, que és el dels nens, nenes i adolescents.

Cal dissenyar i implementar els processos de família de manera que es centrin en el que realment necessiten els infants i adolescents, per tractar de protegir el seu benestar i atendre a les seves necessitats reals, situant-los com a nucli essencial, preservant-los del conflicte -en la mesura que sigui possible-; però també escoltant-los.

II. Objectius

Aquest estudi respon a la finalitat de reduir l'impacte negatiu que les crisis de parella tenen, ara com ara, sobre els fills menors. Té el propòsit de millorar l'administració de justícia en l'àmbit dels procediments matrimonials i garantir la tutela judicial efectiva dels fills i filles menors d'edat.

Els objectius concrets d'aquest estudi són:

- Identificar els efectes perniciosos per a les persones menors dels procediments matrimonials.
- Determinar les normes que és necessari modificar i proposar regles alternatives que resolguin les situacions que perjudiquen els i les menors prioritzant el seu interès.
- Avaluar el funcionament dels actuals instruments processals especialment dirigits a protegir la persona menor, i concretar la forma en que poden tenir un major abast i oferir una major garantia als nens, nenes, infants i adolescents.
- Elaborar propostes de revisió del Codi Civil de Catalunya en matèria d'efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació legal, i de la Llei 14/2020, del 27 de maig, dels drets i oportunitats en la infància i l'adolescència, i fer-la arribar a les instàncies competents per iniciar la modificació legal.

III. Marc teòric. Context normatiu

La protecció de les persones menors d'edat és una obligació prioritària dels poders públics reconeguda en múltiples Convenis i Tractats internacionals i, en l'àmbit intern, en la Constitució espanyola, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, i en normes civils d'àmbit estatal i autonòmic, generals (Codi Civil espanyol i Codi Civil de Catalunya) i especials.

La Convenció sobre els Drets de l'Infant de la ONU de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya el 1990, és el primer text normatiu de caràcter internacional que duu a terme un ampli reconeixement dels drets dels infants. Estableix el respecte a l'interès superior del nen com principi general en l'actuació de les institucions públiques i privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives i els òrgans legislatius, i els estats signants es comprometen a garantir la protecció i la cura necessaris per al seu benestar (art. 3).

La Convenció sobre els Drets de l'Infant reconeix expressament els drets dels nens, nenes i adolescents. En l'àmbit relatiu al seu desenvolupament, destaquen els següents: dret a la vida, supervivència i desenvolupament (art. 6); dret a ser cuidat pels seus pares, dret a la seva identificació en la societat i dret a conèixer els seus orígens (art. 7); dret a preservar la seva identitat, protegir-la i restablir-la (art. 8); dret a no ser separat dels pares tret que sigui necessari en casos de maltractaments (art.9); dret a expressar les seves opinions i a que es tingui en consideració en tots els assumptes que l'afectin directament, atenent a la seva edat i maduresa, i dret a ser escoltat en tot procediment judicial o administratiu (art.12); dret a la llibertat d'expressió, i dret a buscar, rebre i difondre informacions i idees de tot tipus (art. 13); dret a la llibertat de pensament, de consciència i de religió (art. 14); dret d'associació i dret de reunió pacífica (art. 14); dret a ser protegit front qualsevol ingerència arbitrària o il·legal en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la seva correspondència i d'atacs il·legals al seu honor i a la seva reputació (art. 16); dret a l'accés a la informació (art. 17); i dret del nen i nena mental o físicament impedit a gaudir d'una vida plena i decent en condicions que garanteixin la seva dignitat, li permetin arribar

a governar-se per sí mateix i facilitin la participació activa en la comunitat (art. 23).

En l'àmbit europeu, cal destacar la Carta Europea de Drets dels Infants aprovada pel Parlament Europeu el 8 de juliol de 1992⁴, que incorpora tots els drets de la Convenció de 1989; i la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2000⁵, que estableix a l'art. 24 que⁶:

“1. Els nens tenen dret a la protecció i les cures necessàries pel seu benestar. Podran expressar la seva opinió lliurement. Aquesta serà tinguda en compte pels assumptes que els afectin, en funció de la seva edat i maduresa.

2. En tots els actes relatius als nens portats a terme per les autoritats públiques o institucions privades, l'interès superior del nen constituirà una consideració primordial.

3. Tot nen té dret a mantenir de forma periòdica relacions personals i contactes directes amb el seu pare i la seva mare, tret que això sigui contrari als seus interessos”.

També el Tractat de Lisboa, que va entrar en vigor l'1 de desembre de 2009, proclama la protecció dels drets de nen com a objectiu general de la UE (art. 3.3) i de la política comuna, tant en les relacions internes com exteriors de la Unió (art. 3.5).

El Consell d'Europa ha treballat i segueix treballant per garantir la protecció dels drets de les persones menors amb l'elaboració de molts altres convenis. Així, el Conveni Europeu de Drets Humans de 1950 (CEDH), ratificat per Espanya l'any 1979, que inclou referències específiques als nens; la Carta Social Europea, que estableix la protecció dels drets socials, amb disposicions especialment dedicades als drets de l'infant; el Conveni sobre l'estatut jurídic dels nens nascuts

⁴ DOCE nº C 241, de 21 de setembre de 1992.

⁵ DOCE nº C 364/01, de 18 d'octubre de 2000.

⁶ Totes les traduccions al català que apareixen a la present recerca són pròpies de les autores.

fora de matrimoni (1975); el Conveni en matèria d'adopció de nens, revisat el 2008; el Conveni sobre les relacions personals de l'infant (2003); o el Conveni sobre l'exercici dels drets dels infants (1996).

Ja en l'àmbit intern, la Constitució Espanyola estableix a l'art. 39.4 que:

“Els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets”

I l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006 disposa que:

“Els menors tenen dret a rebre l'atenció integral necessària per al desenvolupament de llur personalitat i llur benestar en el context familiar i social” (art. 17); i que

“ Els poders públics han de garantir la protecció dels infants, especialment contra tota forma d'explotació, d'abandonament, de maltractament o crueltat i de la pobresa i els seus efectes. En totes les actuacions portades a terme pels poders públics o per institucions privades l'interès superior de l'infant ha d'ésser prioritari” (art. 40.3)

Una primera renovació de l'ordenament jurídic espanyol en l'àmbit de la protecció de les persones menors d'edat es va dur a terme amb l'aprovació de la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi Civil i d'Enjudiciament Civil, d'ara endavant Llei Orgànica de protecció Jurídica del Menor (LOPJM), que va establir, segons dicta la seva exposició de motius "un marc jurídic de protecció que vinculés als poders públics, a les institucions específicament relacionades amb els menors, als pares i familiars i als ciutadans en general". L'art. 2.1 d'aquest cos legal disposa que:

"En l'aplicació d'aquesta Llei prevaldrà l'interès superior dels menors sobre qualsevol altre interès legítim que pugui concórrer. Així mateix, totes les mesures s'adoptin a l'empara d'aquesta Llei han de tenir un caràcter educatiu. "

A aquesta legislació bàsica se sumen les lleis que les comunitats autònomes han aprovat per a la protecció de les persones menors. A Catalunya, la Llei 14/2012, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA).

Concretament, els arts. 3 a 9 de la LOPJM i els arts. 28 a 73 de la LDOIA detallen, enuncien i regulen la relació de drets dels infants i adolescents. Són⁷:

- Dret a la identitat, al nom, al coneixement dels seus orígens i la nacionalitat.
- Dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge.
- Dret a no ser discriminat.
- Dret a la llibertat ideològica, de pensament, religió i consciència.
- Dret a la llibertat d'expressió.
- Dret a la informació i a ser escoltat.
- Dret de participació, associació i reunió.
- Dret a conviure amb els progenitors i relacionar-se amb els parents.
- Dret a l'educació.
- Dret a la prevenció, protecció i promoció de la salut.
- Dret a no ser objecte d'explotació econòmica o laboral.
- Dret a ser protegit front a qualsevol forma de maltractament, front l'ús i tràfic d'estupefaents i psicotròpics i front a la negligència, manipulació, crueltat, explotació, abús sexual, prostitució i pràctiques anàlogues.
- Dret a que en la criança i la formació es garanteixi el seu desenvolupament físic, mental, espiritual, moral i social, de manera lliure, integral i harmònica, potenciant les seves capacitats i procurant el seu benestar físic, psicològic i social.

Als anteriors s'han d'afegir els drets digitals, que cal reconèixer als menors amb base a la Recomanació del Consell de Ministres del Consell d'Europa CM/Rec (2014)⁶ sobre una Guia del drets humans pels usuaris d'Internet. Entre els drets digitals es compten el dret d'accés a Internet; el dret a l'existència i identitat digital; el dret a la intimitat i la privacitat a Internet; el dret a l'honor, respecte i

⁷ Seguim l'ordenació dels drets dels menors que fa M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera, El dret superior dels infants al desenvolupament de la personalitat. L'interès superior del menor, inèdit, p. 11.

imatge digital; i el dret de participació. Conforme aquesta Recomanació, les persones menors tenen dret a rebre protecció i orientació especial al utilitzar Internet. Alguns d'aquests drets han quedat recollits a la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i garantia dels drets digitals.

IV. Hipòtesis

Aquest treball parteix de la hipòtesi que es pot millorar el marc jurídic per aconseguir una major protecció dels nens, nenes i adolescents en els procediments de ruptura de la parella dels seus pares.

V. Metodologia

El mètode de treball ha estat el propi de l'àmbit jurídic. S'ha revisat la bibliografia existent sobre la matèria i s'ha fet un rigorós tractament jurisprudencial de les diferents qüestions que es plantegen. També s'ha efectuat un estudi de dret comparat dels sistemes jurídics més avançats en dret de família, especialment de les reformes legislatives que ja s'estan portant a terme en relació a aquesta matèria en altres ordenaments jurídics de la nostra àrea de influència.

Al llarg de l'elaboració del treball s'han dut a terme trobades periòdiques entre les dues autores per posar en comú els avenços i debatre sobre les diferents temàtiques amb la finalitat d'unificar criteris.

Les qüestions a tractar s'han repartit entre les dues sol·licitants de l'ajut en un percentatge del 50%, per bé que la Dra. Solé ha revisat el resultat final conjunt del treball assumint-ne un major grau de responsabilitat.

Com a resultat de la recerca es presenten conclusions sobre l'adequació del sistema legislatiu català i propostes de revisió del CCCat en matèria d'efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació legal i de la Llei 14/2020, del 27 de maig, dels drets i oportunitats en la infància i l'adolescència.

VI. Resultats

1. Efectes de les crisis de parella en els fills i filles menors d'edat

L'anàlisi del dret vigent evidencia que les normes de caràcter substantiu i processal que regulen la crisi matrimonial o de parella no s'han concebut des de la perspectiva de l'interès dels nens nenes i adolescents, al què no atenen de forma principal. La regulació actual tracta de donar resposta als interessos de les parts, que són les persones adultes, i busca resoldre el conflicte entre els progenitors més que de garantir els drets dels infants, nenes i adolescents.

El respecte als drets dels menors requereix introduir canvis en les normes de dret intern substantiu, que ara deixen en mans dels adults el compliment dels seus deures inexcusables derivats de la potestat i els permeten prendre decisions que perjudiquen greument als seus fills i filles menors, com els canvis de domicilis, l'exercici de la guarda i dels règims de relacions personals i l'impagament dels aliments, tot plegat en detriment de les necessitats de la persona menor.

D'altra banda, cal modificar també el propi procediment judicial en el que s'adopten les mesures a fi i efecte de garantir la defensa dels interessos dels fills i filles.

Tot plegat passa per identificar quins són els efectes perniciosos per als menors de la vigent normativa substantiva i processal i revisar-la des de la perspectiva de l'interès més digne de protecció, que és el de la persona menor.

En les properes línies abordem la identificació d'algunes normes relatives a les mesures de la separació, divorci o nul·litat matrimonial que poden comportar un greu perjudici per a la persona menor. En alguns d'aquests casos, els tribunals ja han posat de manifest la necessitat d'efectuar un procés d'interpretació correctora amb base en el principi de l'interès superior de la persona menor.

1.1. Atribució de la guarda

Tot i que encara hi ha opinions dispers entorn al sistema de la guarda compartida, a l'actualitat predomina l'opinió majoritària que, en matèria de guarda

de la persona menor, el seu interès passa per veure satisfet el dret de relacionar-se i ser atesa pels seus dos progenitors sempre que sigui possible i, en conseqüència, per no ser privada de la companyia de cap d'ells, després que aquests hagin decidit deixar de conviure. Per aquest motiu, el sistema de guarda compartida ha passat d'entendre's fa uns anys una mesura absolutament contrària a l'interès del nen, nena i adolescent per perjudicar la seva estabilitat física i emocional, a ser el sistema de guarda més recomanat avui en dia per psiquiatres i psicòlegs per afrontar amb les menors conseqüències traumàtiques la separació dels progenitors i la ruptura de la unitat familiar, sempre que circumstàncies especials no ho desaconsellin.

Amb tot, les normes vigents d'àmbit estatal i també les d'àmbit català, no opten, encara, pel sistema de guarda i custòdia compartida com a regla general:

En l'àmbit estatal, l'art. 92 CCE, en la redacció donada per la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia* (LOPIIA), disposa que⁸:

“1. La separació, la nul·litat i el divorci no eximeixen els pares de les seves obligacions envers els fills.

2. El jutge, quan hagi d'adoptar qualsevol mesura sobre la custòdia, la cura i l'educació dels fills menors, vetllarà pel compliment del seu dret a ser escoltats i emetrà una resolució motivada en l'interès superior del menor sobre aquesta qüestió.

3. En la sentència s'acordarà la privació de la pàtria potestat quan en el procés es reveli causa per a això.

4. Els pares podran acordar en el conveni regulador o el jutge pot decidir, en benefici dels fills, que la pàtria potestat sigui exercida total o parcialment per un dels cònjuges.

⁸ Totes les traduccions al català que consten en aquesta obra son pròpies de les autores.

5. S'ha d'acordar l'exercici compartit de la guarda i custòdia dels fills quan així ho sol·licitin els pares en la proposta de conveni regulador o quan tots dos arribin a aquest acord en el transcurs del procediment.

6. En tot cas, abans d'acordar el règim de guarda i custòdia, el jutge ha de demanar informe del Ministeri Fiscal, escoltar als menors que tinguin suficient judici quan s'estimi necessari d'ofici o a petició del Fiscal, les parts o membres de l'Equip Tècnic Judicial, o de mateix menor, i valorar les al·legacions de les parts, la prova practicada, i la relació que els pares mantinguin entre si i amb els seus fills per determinar la seva idoneïtat amb el règim de guarda.

7. No és procedent la guarda conjunta quan qualsevol dels pares estigui incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre cònjuge o dels fills que convisquin amb tots dos. Tampoc serà procedent quan el jutge adverteixi, de les al·legacions de les parts i les proves practicades, l'existència d'indícis fundats de violència domèstica o de gènere⁹.

8. Excepcionalment, tot i que no es donin els supòsits de l'apartat cinc d'aquest article, el jutge, a instància d'una de les parts, amb informe del Ministeri Fiscal, pot acordar la guarda i custòdia compartida fonamentant-la en que només d'aquesta manera es protegeix adequadament l'interès superior del menor.

9. El jutge, abans d'adoptar alguna de les decisions a què es refereixen els apartats anteriors, d'ofici o a instància de part, del Fiscal o membres de l'Equip Tècnic Judicial, o del propi menor, podrà sol·licitar dictamen d'especialistes degudament qualificats, relatiu a la idoneïtat de la manera d'exercici de la pàtria potestat i del règim de custòdia de les persones menors d'edat per assegurar el seu interès superior.

⁹ Cal tenir present que el Ple del Tribunal Constitucional, per provisió de 15 de desembre de 2020, ha acordat admetre a tràmit la qüestió d'inconstitucionalitat número 4701-2020, en relació amb l'incís primer de l'article 92.7 del Codi Civil, i, de conformitat amb el que disposa l'article 10.1 c) LOTC, reservar per a sí el coneixement de la present qüestió.

10. El Jutge adoptarà, al acordar fonamentadament el règim de guarda i custòdia, així com el d'estança, relació i comunicació, les cauteles necessàries, procedents i adequades per l'eficax compliment dels règims establerts, procurant no separar els germans.”

Pel que fa a la normativa catalana, l'art 233-10 CCCat disposa en relació a l'exercici de la guarda que:

“1. La guarda s'ha d'exercir de la manera convinguda pels cònjuges en el pla de parentalitat, llevat que resulti perjudicial per als fills.

2. L'autoritat judicial, si no hi ha acord o si aquest no s'ha aprovat, ha de determinar la manera d'exercir la guarda, atenint-se al caràcter conjunt de les responsabilitats parentals, d'acord amb l'article 233-8.1. Tanmateix, l'autoritat judicial pot disposar que la guarda s'exerceixi de manera individual si convé més a l'interès del fill.

3. La manera d'exercir la guarda no altera el contingut de l'obligació d'aliments envers els fills comuns, si bé cal ponderar el temps de permanència dels menors amb cadascun dels progenitors i les despeses que cadascun d'ells hagi assumit pagar directament.

4. L'autoritat judicial, excepcionalment, pot encomanar la guarda als avis, a altres parents, a persones pròximes o, si no n'hi ha, a una institució idònia, a les quals es poden conferir funcions tutelars amb suspensió de la potestat parental.”

I l'art. 233-11 CCCat estableix els criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda. Disposa que:

“1. Per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, cal tenir en compte les propostes de pla de parentalitat i, en particular, els criteris i les circumstàncies següents ponderats conjuntament:

a) La vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors, i també les relacions amb les altres persones que conviuen a les llars respectives.

- b) L'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d'acord amb llur edat.
- c) L'actitud de cadascun dels progenitors per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors.
- d) El temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per procurar-los el benestar.
- e) L'opinió expressada pels fills.
- f) Els acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciar-se el procediment.
- g) La situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors.

2. En l'atribució de la guarda, no es poden separar els germans, llevat que les circumstàncies ho justifiquin.

3. En interès dels fills, no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes.”

Les decisions judicials més recents del Tribunal Suprem i dels Tribunals Superiors de Justícia de les Comunitats Autònomes a favor d'un determinat sistema de guarda es fonamenten, a més de en la normativa vigent en matèria d'exercici de la potestat i de distribució de la guarda, en el principi general de l'interès del menor i es mostren cada dia més favorables al sistema de guarda i custòdia compartida. No pot ser d'una altra manera.

En les Sentències 54/2011, de 11 de febrer i 258/2011, de 25 d'abril de 2011, el Tribunal Suprem afirma que:

La raó es troba en que “la finalitat última de la norma és l'elecció del règim de custòdia que més favorable resulti per al menor, en interès d'aquest. (...). Sempre s'ha de tenir en compte que l'interès del menor constitueix una qüestió d'ordre públic. Es tracta de procurar que els drets fonamentals de l'infant resultin protegits i que això succeeixi de forma prioritària i preferent als dels altres implicats, a causa de la manca de capacitat del menor per actuar defensant els seus propis interessos, bé és cert que sense que sigui possible entrar a jutjar sobre els criteris utilitzats per a la seva determinació quan siguin raonables i s'ajustin a aquest interès. Aquest principi s'imposa als jutges i tribunals, segons estableixen els articles 53 CE i 5 LOPJ, i obliga a aquesta sala a prendre les decisions adequades per a la seva protecció”.

En la mateixa línia el Tribunal Suprem en la Sentència 495/2013, de 19 juliol, interpretant l'article 92.8 del Codi Civil, centra la seva argumentació en l'interès del menor que en el cas enjudiciat no s'estima salvaguardat per la custòdia individual sinó per el major compromís i la col·laboració entre els progenitors, més enllà de la rutina d'una relació simplement protocol·lària del pare no custodi amb els seus fills, el que determina en aquest supòsit l'adopció del règim de custòdia compartida per salvaguardar millor l'interès dels menors (en el mateix sentit S TSS 9/2016, de 28 gener i 311/2020, de 16 de juny, entre d'altres).

A més de reiterar la necessitat d'atendre l'interès superior del menor, el TS comença a interpretar de forma extensiva la possibilitat d'acordar la guarda compartida prevista a l'article 92 CCE. Així, en la STS 579/2011, de 22 de juliol, afirma que:

“El text actualment vigent de l'article 92.8 CC, redactat per Llei 15/2005, admet la possibilitat que el jutge estableixi com a forma de protecció dels menors, la guarda i custòdia compartida, encara que no hagi estat demanada per ambdós progenitors [...]. L'excepcionalitat a què es refereix l'inici de l'apartat 8, s'ha d'interpretar, doncs, en relació amb el paràgraf 5

del propi article que admet que s'acordi la guarda i custòdia compartida quan així ho sol·licitin els dos progenitors o un amb l'acord de l'altre. Si no hi ha acord, l'article 92.8 CC no exclou aquesta possibilitat [...]. D'aquí que no resulta necessari concretar el significat de la "excepcionalitat", a què es refereix l'article 92.8 CC, ja que en la redacció de l'article apareix clarament que ve referida a la manca d'acord entre els cònjuges sobre la guarda compartida, no al fet que hi hagi circumstàncies específiques per a acordar-la"¹⁰.

Obertament reconeix que la guarda compartida és en molts casos la millor solució. Com en la STS 60/2012, de 17 desembre, en la qual es llegeix que:

“El que s'ha dit no és més que el corol·lari lògic que la continuïtat de l'acompliment dels deures dels pares cap als seus fills, amb el consegüent manteniment de la potestat conjunta, resulta sens dubte la millor solució per al menor per tal com li permet seguir relacionant-se de la manera més raonable amb cadascun dels seus progenitors, sempre que això no sigui perjudicial per al fill, des de la idea que no es tracta d'una mesura excepcional, sinó que al contrari, s'ha de considerar la més normal, perquè permet que sigui efectiu el dret que els fills tenen a mantenir aquesta relació”.

La STS 757/2013, de 29 de novembre, disposa clarament que:

“les relacions entre els cònjuges per si soles no són rellevants ni irrellevants per a determinar la guarda i custòdia compartida. Només es converteixen en rellevants quan afectin, perjudicant, l'interès del menor (STS 22 juliol 2011), com succeeix en supòsits de conflictivitat extrema entre els progenitors, especialment sempre que hi hagi maltractaments, a causa de la contínua exposició de l'infant a l'enfrontament. I és el cas que, la genèrica afirmació <no tenen bones relacions>, no empara per si mateixa una mesura contrària a aquest règim, quan no es necessita de

¹⁰ Interpretació que es reitera, entre altres, en les STSS 229/2012, de 19 d'abril, i 257/2013, 29 d'abril.

quina manera aquestes relacions poden resultar contràries a l'interès de les menors”.

El TS segueix apostant sistemàticament per la guarda compartida en les STSS 761/2013, de 12 de desembre; 219/2014, 25 abril ; 368/2014, de 2 juliol ; 566/2014, de 16 de octubre; 576/2014, de 22 octubre ; 616/2014, de novembre 18 ; i 52/2015, de 16 de febrer , i sempre que els dos progenitors tinguin capacitat suficient per atendre de manera adequada als fills. Sovint el Tribunal Suprem canvia el sistema de guarda materna que havia regit anteriorment pel de guarda compartida, fins i tot, en casos en què els progenitors havien pactat prèviament un sistema de guarda individual.

I el TS torna sobre els avantatges del sistema de guarda compartida en la STS 52/2015, de 16 de febrer , que diu són:

“a) Es fomenta la integració del menor amb els dos pares, evitant desequilibris en els temps de presència; S'evita el sentiment de pèrdua; c) No es qüestiona la idoneïtat dels progenitors; d) S'estimula la cooperació dels pares, en benefici del menor, que ja s'ha desenvolupat amb eficiència.”

Esdevé definitiva en la matèria la STS 51/2016, de 11 de febrer, en la qual Tribunal Suprem casa la SAP Sevilla de 11 d'octubre de 2014 perquè, esgrimeix:

"1. S'entronitza la rutina com a causa de denegació de la custòdia compartida. 2. No es respecta l'interès dels menors. El concepte d'interès del menor, ha estat desenvolupat a la Llei Orgànica 8/2015 de 22 de juliol de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència, no aplicable per la seva data als presents fets, però sí extrapolable com a cànon hermenèutic, en el sentit que <es preservà el manteniment de les seves relacions familiars>, es protegirà <la satisfacció de les seves necessitats bàsiques, tant materials, física i educatives com emocionals i afectives>; es ponderarà <l'irreversible efecte del transcurs del temps en el seu desenvolupament>; <la necessitat d'estabilitat de les solucions que s'adoptin (...) > ja que <la mesura que s'adopti en l'interès superior de l'infant no restringeixi o limiti més drets que els que empara>. 3. Malgrat

que la doctrina jurisprudencial ha determinat que el sistema de custòdia compartida, llevat d'excepcions, s'hauria de considerar com normal, en la sentència recorreguda s'exigeix un plus de prova per poder aplicar-lo.

I afegeix que “A la llum del que s'ha exposat hem de declarar que en la sentència recorreguda es considera a la custòdia compartida, de facto, com un sistema excepcional que exigeix una acreditació especial, quan la doctrina jurisprudencial ho ve considerant com el sistema desitjable, quan això sigui possible. En la resolució recorreguda s'accepta que tots dos progenitors tenen capacitat per a educació dels seus fills. A la llum d'aquestes dades s'acorda casar la sentència recorreguda per infracció de l'art. 92 del CC i jurisprudència que el desenvolupa, assumint la instància, atès que en aquest cas amb el sistema de custòdia compartida: a) Es fomenta la integració del menor amb els dos pares, evitant desequilibris en els temps de presència. b) S'evita el sentiment de pèrdua. c) No es qüestiona la idoneïtat dels progenitors. d) S'estimula la cooperació dels pares, en benefici del menor, que ja s'ha desenvolupat amb eficiència.”

La Sentència 526/2016, de 12 de setembre de 2016, disposa:

La presa de decisions sobre el sistema de guarda i custòdia: “està en funció i s'orienta en interès del menor; interès que ni l'article 92 del Codi Civil ni l'article 9 de la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del Menor, desenvolupada en la Llei 8/2015, de 22 de juliol de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència, defineix ni determina, i que la jurisprudència d'aquesta sala, en supòsits com el que ara es jutja, concreta a partir d'un compromís major i una col·laboració dels seus progenitors tendent a que aquest tipus de situacions es resolguin en un marc de normalitat familiar que tregui de la rutina una relació simplement protocol·lària del pare no custodi amb els seus fills que, sense l'expressa col·laboració de l'altre, acabi per desincentivar-la tant des de la relació del no custodi amb els seus fills, com d'aquests amb aquell (sentències de 19 de juliol 2013 2 de juliol de 2014 9 de setembre 2015) (...) El que es pretén és aproximar aquest règim a el model de convivència existent abans de la ruptura matrimonial i garantir a el temps

als seus pares la possibilitat de seguir exercint els drets i obligacions inherents a la potestat o responsabilitat parental i de participar en igualtat de condicions en el desenvolupament i creixement dels seus fills, el que sembla també el més beneficiós per a ells (Sentència 368/2014, de 2 de juliol)”.

Finalment, la Sentència 175/2021, de 29 de març de 2021, estableix que:

“Aquesta Sala es mostra totalment favorable a la mesura de la custòdia compartida com a mecanisme per mantenir vius els llaços d'unió i afectivitat inherents a les relacions entre els progenitors amb els seus fills. En aquest sentit hem establert que:

A) L'adopció de la mesura definitiva de la custòdia compartida es troba condicionada a l'interès i benefici dels menors i és reputada abstractament beneficiosa, en la mesura que: 1) Es fomenta la integració del menor amb els dos pares, evitant desequilibris en els temps de presència; 2) S'evita el sentiment de pèrdua; 3) No es qüestiona la idoneïtat dels progenitors; 4) S'estimula la cooperació dels pares, en benefici dels menors.

En aquest sentit, les sentències, 433/2016, de 27 de juny; 526/2016, de 12 de setembre; 545/2016, de 16 de setembre; 413/2017, de 27 de juny; 442/2017, de 13 de juliol i 654/2018, de 30 de novembre, entre altres.

B) No es tracta d'una mesura excepcional, sinó per contra normal i fins i tot desitjable, perquè permet que sigui efectiu el dret que els fills tenen a relacionar-se amb els dos progenitors, fins i tot en situacions de crisi, sempre que això sigui possible i en tant quant ho sigui (sentències 526/2016, de 12 de setembre; 545/2016, de 16 de setembre; 553/2016, de 20 de setembre; 559/2016, de 21 de setembre; 442/2017, de 13 de juliol ; 630/2018, de 13 de novembre o 311/2020, de 16 de juny, entre d'altres).

C) Amb aquest règim es pretén acostar el model de convivència existent abans de la ruptura matrimonial i garantir als pares la possibilitat de seguir exercint els drets i obligacions inherents a la potestat o responsabilitat

parental, així com participar en igualtat de condicions en el desenvolupament i creixement dels seus fills, el que sembla també el més beneficiós per a ells (sentències 386/2014, 2 de juliol; 393/2017, de 21 de juny; 311/2020, de 16 de juny i 559/2020, de 26 de octubre, entre d'altres).

D) Són criteris determinants per enjudiciar la seva procedència: la pràctica anterior dels progenitors en les seves relacions amb el menor i les seves aptituds personals; els desitjos manifestats pels menors competents; el nombre de fills; el compliment per part dels progenitors dels seus deures en relació amb els fills i el respecte mutu en les seves relacions personals; el resultat dels informes exigits legalment, i, en definitiva, qualsevol altre que permeti als menors una vida adequada, encara que a la pràctica pugui ser més complexa que la que es porta a terme quan els progenitors conviuen (sentències 242/2016, 12 d'abril; 369/2016, de 3 de juny; 545/2016, de 16 de setembre; 559/2016, de 21 de setembre; 116/2017, de 22 de febrer i 311/2020, de 16 de juny, entre d'altres moltes).

I) Com recullen les sentències 433/2016, de 27 de juny i 166/2016, de 17 de març, que reproduïxen la doctrina assegurada a la sentència 9/2016, de 28 de gener, <l'estabilitat que té el menor en situació de custòdia exclusiva de la mare, amb un ampli règim de visites del pare, no és justificació per no acordar el règim de custòdia compartida>.

F) També hem declarat que, per a l'adopció de sistema de custòdia compartida, no s'exigeix un acord sense fissures entre els progenitors, sinó una actitud raonable i eficient amb vista al desenvolupament dels menors, així com unes habilitats per al diàleg que s'han de suposar existents (sentències 545/2016, de 16 de setembre; 559/2016, de 21 de setembre; 23/2017, de 17 de gener, entre d'altres). D'altra banda, l'existència de desacords propis de la crisi de convivència tampoc justifiquen per se, que es desautoritzi aquest tipus de règim de guarda i custòdia. Caldria que existís prova que aquestes diferències o enfrontaments afectessin de manera rellevant als seus fills menors, causant-los un perjudici (sentència 433/2016, de 27 de juny).

En definitiva, com assenyala la sentència 318/2020, de 17 de juny:

"En íntima relació amb aquest interès és cert que la sentència de 30 d'octubre de 2014, RC. 1359/2013, a què fa menció la de 17 de juliol de 2015, RC. 1712/2014, afirma que <Aquesta Sala ha de declarar que la custòdia compartida comporta com a premissa la necessitat que entre els pares hi hagi una relació de mutu respecte que permeti l'adopció d'actituds i conductes que beneficiïn el menor, que no pertorbin el seu desenvolupament emocional i que malgrat la ruptura efectiva dels progenitors es mantingui un marc familiar de referència que sustenti un creixement harmònic de la seva personalitat>. Però això no obsta al fet que l'existència de desencontres, propis de la crisi matrimonial, no autoritzin per se aquest règim de guarda i custòdia, fora de perill que afecten de manera rellevant als menors en perjudici d'ells.

Perquè la tensa situació entre els progenitors aconselli no adoptar el règim de guarda i custòdia compartida, caldrà que sigui d'un nivell superior al propi d'una situació de crisi matrimonial (STS de 16 d'octubre de 2014, rec. 683/2013) .

Insisteixen en aquesta doctrina les sentències 433/2016, de 27 de juny, i 409/2015, de 17 de juliol.

En el mateix sentit, la sentència 242/2018, de 24 d'abril."

Convé referir, també, la STSJC 29/2008, de 31 de juliol, que recull l'enumeració dels efectes positius de la guarda compartida que estableix la SAP de Barcelona de 20 de febrer de 2007, tot i que admet que en sistema del Codi de família la guarda compartida satisfia una demanda residual:

"Doncs bé, abstracció feta de les opinions que des de plantejaments militants s'han emès profusament en els últims temps, no hi ha dubte que l'anomenada <custòdia compartida> o conjunta per ambdós progenitors presenta indubtables avantatges per a l'evolució i desenvolupament de l'infant en les situacions de conflicte familiar produït per la ruptura matrimonial, en la mesura que evita l'aparició dels <conflictes de lleialtats>

dels menors envers els seus pares, afavoreix la comunicació d'aquests entre sí, encara que no serveixi per disminuir les diferències entre ells - tampoc pot afirmar-se que les accentui- i, en fi, coadjuva, d'una banda, a visualitzar la ruptura matrimonial com un conflicte en el qual no hi ha vencedors i vençuts ni culpables i innocents, i, de l'altra, a concebre el repartiment equilibrat de càrregues derivades de la relació paternofilial com una cosa consubstancial i natural, i no com una cosa eventual o accidental, afavorint la implantació en els fills de la idea de la igualtat de sexes. En aquest sentit, resulta clarificadora l'enumeració d'efectes positius continguda en la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 20 de febrer de 2007, d'acord amb la qual:

a) es garanteix als fills la possibilitat de gaudir de la presència dels dos progenitors, tot i la ruptura de les relacions de parella, sent tal presència similar de les dues figures parentals i constitueix el model de convivència que més s'acosta a la forma d' viure dels fills durant la convivència de parella dels seus pares, de manera que la ruptura resulta menys traumàtica;

b) s'eviten determinats sentiments negatius en els menors, entre els quals cal relacionar els següents: por a l'abandonament; sentiment de lleialtat; sentiment de culpa; sentiment de negació; sentiment de suplantació; etc.,

c) es fomenta una actitud més oberta dels fills cap a la separació dels pares que permet una major acceptació del nou context i s'eviten situacions de manipulació conscient o inconscient per part dels pares davant dels fills;

e) es garanteix als pares la possibilitat de seguir exercint els seus drets i obligacions inherents a la potestat o responsabilitat parental i de participar en igualtat de condicions en el desenvolupament i creixement dels seus fills, evitant, així, el sentiment de pèrdua que té el progenitor quan s'atribueix la custòdia a l'altre progenitor i la desmotivació que es deriva quan s'ha d'abonar la pensió d'aliments, aconseguint, a més, amb això,

una major conscienciació de tots dos en la necessitat de contribuir a les despeses dels fills;

f) no es qüestiona la idoneïtat de cap dels progenitors;

g) hi ha una equiparació entre ambdós progenitors pel que fa a temps lliure per a la seva vida personal i professional, amb la qual cosa s'eviten d'aquesta manera dinàmiques de dependència en la relació amb els fills, ja que en ocasions el dolor i buit que produeix una separació es tendeix a suplir amb la companyia del fill o filla que es converteix així en l'única raó de viure d'un progenitor; i

h) els pares han de cooperar necessàriament, de manera que el sistema de guarda compartida afavoreix l'adopció d'acords, el que es converteix així mateix en un model educatiu de conducta per al menor ".

Si bé aquesta mateixa SAP conclou que: <En definitiva, en la seva aplicació han de ser ponderades les circumstàncies de cada cas, com ara l'edat dels fills, l'horari laboral o professional dels progenitors, la proximitat de lloc de residència de tots dos progenitors, la disponibilitat per aquests d'una residència adequada per tenir amb si als fills, el temps lliure o de vacances, l'opinió dels menors al respecte, o altres similars>."

Amb relació a la regulació establerta al Codi Civil de Catalunya, el TSJC interpreta, en la Sentència 48/2012, de 26 de juliol que:

"I és que, en efecte, en l'Exposició de motius de l'esmentat llibre que va entrar en vigor l'1-1-2011, es destacava com una de les principals novetats l'abandonament del (...) principi general segons el qual el trencament de la convivència entre els progenitors significa automàticament que els fills s'han d'apartar d'un per a encomanar-los individualment a l'altre. En canvi, s'introdueix com a norma que la nul·litat, el divorci o la separació no alteren les responsabilitats dels progenitors envers els fills. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen, després de la ruptura, el caràcter compartit i correspon a l'autoritat judicial determinar, si no hi ha acord sobre el pla de parentalitat o si aquest no s'ha aprovat, com s'han d'exercir

les responsabilitats parentals i, en particular, la guarda del menor, atenint-se al caràcter conjunt d'aquestes i a l'interès superior del menor. S'estima que, en general, la coparentalitat i el manteniment de les responsabilitats parentals compartides reflecteixen materialment l'interès del fill a continuar mantenint una relació estable amb els dos progenitors. La igualtat de drets i deures entre els progenitors elimina les dinàmiques de guanyadors i perdedors, i afavoreix la col·laboració en els aspectes afectius, educatius i econòmics (...)"

Així doncs, en línies generals, s'adverteix que l'evolució en la interpretació i l'aplicació de la normativa per part dels tribunals i amb base en el principi d'interès superior del menor, és clarament i favorable a sistema de la guarda compartida i a règims de relacions personals el màxim d'amplis amb ambdós progenitors. Excepció feta dels supòsits en que hi ha violència de gènere¹¹.

Cal que de *lege ferenda* la norma substantiva estableixi la custòdia compartida com a regla general i preferent en la solució de les crisis de convivència, sempre a excepció feta que en supòsits excepcionals la custòdia individual sigui més convenient per al fill, com en el cas indicat de l'existència de violència de

¹¹ En la STS 350/2016, de 26 de maig, en un cas de violència domèstica, s'assenyala que: "Partint de delictes sotmès a enjudiciament i de les actituds del pare, exercint una posició irrespectuosa d'abús i dominació, és impensable que es pugui portar a bon port un sistema de custòdia compartida que exigeix, com la jurisprudència refereix, un mínim de respecte i actitud col·laborativa, que en aquest cas brilla per la seva absència, pel que procedeix casar la sentència per infracció de la doctrina jurisprudencial, atès que l'esmentada conducta del pare, que es considera provada en la sentència recorreguda, desaconsella un règim de custòdia compartida, ja que afectaria negativament a l'interès del menor, que requereix un sistema de convivència pacífic i estable emocionalment".

I la STS 23/2017, de 17 de gener, dicta que:

"A la vista d'aquesta doctrina, hem de declarar que la condemna de l'espòs per amenaçar la seva parella i a la família d'aquesta i la prohibició de comunicació, impedeixen l'adopció de sistema de custòdia compartida, ja que el mateix requereix una relació raonable que permeti l'intercanvi d'informació i un raonable consens en benefici dels menors, que aquí brilla per la seva absència, pel que procedeix desestimar el recurs de cassació.

Per tot això, en la tessitura exposada, no podem considerar que un règim de custòdia compartida sigui convenient per a l'interès i benefici de la nena; ja que hi ha una dinàmica d'imposició del demandat i desconsideració cap a l'actora, que a més projecta sobre la filla comuna, que no genera un clima procliu al seu establiment, que requereix una intensa col·laboració entre els progenitors i un model de respecte recíproc que a més serveixi de exemple o pauta d'actuació per a la menor que, en aquest cas, no concorre pel comportament del pare.

Per tant, procedeix assumir la instància, desestimar el recurs d'apel·lació interposat, amb confirmació de la sentència dictada pel jutjat, havent d'ajustar la decisió al pronunciament condemnatori de la sentència dictada pel Jutjat Penal, en la mesura que estableix la pena d'allunyament, el que es durà a efecte en execució de sentència."

gènere¹². I cal, encara més, una reforma legislativa de major calat, que protegeixi els drets fonamentals de les persones menors, que passi per limitar determinades decisions i actuacions dels progenitors que dificulten o impedeixen aquest règim de guarda -com la ubicació del nou domicili allunyat del domicili familiar- quan seria el més beneficiós per als seus fills i filles.

En aquest darrer aspecte, cal referir que els tribunals segueixen defensant, encara, la impossibilitat d'afrontar un sistema de custòdia compartida en el supòsit en que existeixi una distància important entre els domicilis dels progenitors. Es diu que s'evita la custòdia compartida dels menors en edat escolar, quan hi ha una distància considerable entre els domicilis dels custodis, perquè implica un desarrelament de la menor, la seva submissió a canvis intermitents de col·legis i de sistema sanitari, fins i tot en alguns casos, amb diferències lingüístiques en el seu procés d'aprenentatge (Vid. STSS 58/2020, de 28 de gener ; 4/2018, de 10 de gener ; 566/2017, de 19 d'octubre; 748/2016, de 21 de desembre , i 115/2016, d'1 de març, entre d'altres). Pensem que cal revisar aquesta doctrina o, preferiblement, la regulació positiva d'aquesta qüestió:

La contrapartida del dret dels fills i filles de seguir mantenint una relació continuada amb els seus dos progenitors després de la crisi matrimonial o ruptura de la parella és la obligació dels progenitors de complir amb les responsabilitats que van assumir al moment o en què es va constituir la relació de filiació. I ja ha quedat prou justificat que la decisió de separar-se o divorciar-se dels progenitors ha d'afectar en la menor mesura possible als fills i filles, i que no poden anteposar els seus interessos als dels fills o filles. El respecte a l'interès superior a la persona menor hauria de suposar un límit a les decisions i actuacions dels seus progenitors.

Concretament, pel que fa a la ubicació del nou habitatge del progenitor que surt de l'habitatge familiar, aquest hauria de situar-se en un lloc que permeti als fills seguir en el seu entorn o habitual, i conservar les seves amistats i activitats

¹² Aquesta és la solució que va introduir el Decret Legislatiu 1/2011, de 22 de març, pel que s'aprova el Codi Foral d'Aragó en l'art. 80, per bé que va ser modificada per la Llei 6/2019, de 21 de març, sota l'argument que no és convenient que el legislador preestableixi amb caràcter general o preferent l'interès o benefici del menor.

habituals. A més, en la mesura del possible, els fills i filles menors haurien de disposar de les mateixes condicions de les que disposaven en l'habitatge comú, encara que això impliqui duplicar objectes. Ambdós progenitors haurien també de tractar d'adaptar el seu horari laboral, en la mesura del possible, per a conciliar l'activitat laboral amb la cura dels fills i filles. L'anterior, pot no coincidir amb el que algunes persones voldrien després de la ruptura de la convivència amb la seva parella. Sovint, la distància entre els domicilis dels progenitors és fins i tot buscada pel que surt de l'habitatge familiar, i obeeix a la voluntat de deixar enrere una etapa de la seva vida i perdre de vista a l'ex parella. També raons d'àmbit laboral o el desig de conviure amb una altra persona en una zona geogràfica allunyada poden trobar-se darrere de la decisió d'un canvi de domicili del progenitor. Totes aquestes són pretensions molt lícites, però que no poden ser ateses quan hi ha fills i filles menors comuns, i haurien de quedar supeditades a l'interès prevalent de la persona menor que, com s'ha dit, ha de suposar un límit a la llibertat de decisions del progenitor. Això és el que vol dir que l'interès de la persona menor preval -és superior- a la resta d'interessos amb els quals concorre.

Aquesta nova perspectiva, més respectuosa amb l'interès superior de les persones menors podria incidir també positivament en l'actitud i relació dels progenitors amb els seus fills i filles durant la convivència de la parella abans de la ruptura, ja que en tot moment es coneixeria que, al marge dels pactes expressos o tàcits entre els progenitors respecte a l'organització de l'atenció de la família, la responsabilitat i dedicació exigida després de la ruptura seria sempre la màxima, la qual cosa de ben segur fomentaria la corresponsabilitat i la paternitat i maternitat perseguida.

1.2. La distribució i l'extinció de l'ús de l'habitatge familiar

A falta de pacte, l'atribució o distribució de l'habitatge familiar després de la ruptura de la parella, té lloc en favor dels fills i filles menors d'edat i el cònjuge custodi quan en tingui la guarda exclusiva. En el cas que la guarda sigui compartida, s'ha d'estar al interès més digne de protecció, i s'ha d'atribuir al progenitor més necessitat (art. 96 CCE, art. 233-20 CCCat, art. 81CDFA i art. 12 Llei 7 / 2015, de 30 de juny, de relacions familiars en supòsits de separació o

ruptura dels progenitors, del País Basc). En principi, aquesta mesura d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar protegeix degudament als fills i filles menors d'edat.

No obstant això, entre les causes d'extinció de l'ús de l'habitatge familiar es troba la del matrimoni o convivència marital de beneficiari de l'ús amb una altra persona, llevat que expressament s'hagués pactat el contrari. I aquesta causa d'extinció pot resultar contrària a l'interès prevalent de la persona menor.

Així, en l'àmbit estatal, tot i que el Codi Civil espanyol no compta amb cap disposició expressa en aquest sentit, la doctrina del TS sosté que la convivència del cònjuge beneficiari amb una altra persona extingeix l'ús.

En aquesta línia, la STS 641/2018, de 20 novembre, resol un cas en què l'ús de l'habitatge familiar -copropietat dels cònjuges- es va atorgar a l'esposa, qui havia obtingut la guarda de dos fills menors de 5 i 8 anys. La dona va començar a conviure amb una nova parella i l'exmarit va interposar una demanda de modificació de mesures en què sol·licitava l'extinció del dret de l'ús i alternativament la reducció de l'import de la pensió d'aliments dels fills. El Tribunal Suprem adverteix la insuficiència de l'art. 96 CC per a resoldre aquest i altres problemes associats a l'ús de l'habitatge familiar.

Amb tot, l'Alt tribunal argumenta en la citada resolució que l'entrada d'una tercera persona determina la pèrdua de la condició de "habitatge familiar" deixant de servir als fins propis del matrimoni i que els fills menors poden satisfer el seu dret d'habitació mitjançant altres mitjans. Dicta que:

“La mesura (extinció de l'ús de l'habitatge) no priva els menors del seu dret a un habitatge, ni canvia la custòdia, que es manté a favor de la seva mare. L'atribució de l'ús als fills menors i a el progenitor custodi es produeix per a salvaguardar els drets d'aquells. Però més enllà que se'ls proporcioni un habitatge que cobreixi les necessitats d'allotjament en condicions de dignitat i decor, no és possible mantenir-los en l'ús d'un immoble que no té el caràcter de domicili familiar, ja que va deixar de servir als fins que van determinar l'atribució de l'ús en el moment de la ruptura matrimonial, més enllà del temps necessari per liquidar la societat legal de guanys existent entre els dos progenitors. L'interès dels fills no es pot

desvincular absolutament del dels seus pares, quan és possible conciliar-los. El interès en abstracte o simplement especulatiu no és suficient i la mateixa decisió adoptada en el seu dia pels progenitors per posar fi a el matrimoni, l'han de tenir ara per actuar en benefici i interès dels seus fills respecte de l'habitatge, una vegada que s'ha extingit la mesura inicial d'ús, i que en el cas es veu afavorida pel caràcter ganancial de l'immoble i per la possibilitat real de poder seguir ocupant-lo si la mare adquireix la meitat o es produeix la seva venda i adquireix un altre habitatge.”

Aquesta decisió no té en compte que l'habitatge a més de al matrimoni, serveix a la família i que després de la ruptura dels progenitors segueix servint a la família -ara a la família reconstituïda- i a l'interès superior dels menors, i que en el seu moment l'atribució de l'ús es va entendre la resposta més adequada als problemes econòmics que resultaven del divorci.

Alguns drets civils autonòmics sí que compten amb regles expressess sobre aquesta qüestió. Així, els art. 233-24 CCCat i art. 12.11 Llei 7/2015, de 30 de juny, de relacions familiars en supòsits de separació o ruptura dels progenitors del País Basc, preveuen expressament que el matrimoni o la convivència matrimonial del cònjuge beneficiari amb una altra persona n'extingeixen el dret d'ús, tot i que amb una diferència significativa: la llei basca estableix aquesta causa d'extinció de l'ús com a norma general, llevat de pacte en contra; i en canvi, la llei catalana preveu l'extinció de l'ús per causa de matrimoni o convivència marital amb una altra persona només en el cas en què el dret d'ús s'hagués atribuït amb caràcter temporal per raó de la necessitat del cònjuge. Essent així, no és aplicable quan l'ús s'atribueix per raó de la guarda dels fills, supòsit en el qual l'extinció es produirà només per arribar la fi de la guarda. En aquest sentit, l'art. 233-24.1 i .2 CCCat¹³ disposa:

“1. El dret d'ús s'extingeix per les causes pactades entre els cònjuges i, si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament de la guarda.

¹³ D'acord amb el que disposa l'art. 234-8.4 CCCat, l'art. 233-24 s'aplica a la distribució o atribució de l'ús de l'habitatge a l'extinció de les parelles estables.

2.El dret d'ús, si es va atribuir amb caràcter temporal per raó de la necessitat del cònjuge, s'extingeix per les causes següents:

- a) Per millora de la situació econòmica del cònjuge beneficiari de l'ús o per empitjorament de la situació econòmica de l'altre cònjuge, si això ho justifica.
- b) Per matrimoni o per convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona.
- c) Per la mort del cònjuge beneficiari de l'ús.
- d) Pel venciment del termini pel qual es va establir o, si s'escau, de la seva pròrroga.
- e) De comú acord entre els cònjuges o per renúncia del cònjuge beneficiari.”

La solució catalana sembla la més respectuosa amb els fills i filles atès que protegeix en major mesura els seus interessos, perquè no vincula a la constitució de la família reconstituïda l'efecte automàtic de l'extinció de l'ús de l'habitatge familiar. En la nostra opinió, aquesta norma hauria d'inspirar canvis legislatius dels ordenaments veïns en la mateixa línia.

1.3. Decisions sobre el trasllat del lloc de residència dels fills i filles

Amb gran encert la Llei Orgànica de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència (LOPIIA) conté, en la disposició final segona, la modificació de l'art. 154 del Codi Civil, per tal d'establir amb claredat que la facultat de decidir el lloc de residència dels fills i filles menors d'edat forma part del contingut de la potestat que, per regla general, correspon a ambdós progenitors. Això implica que, excepte suspensió, privació de la potestat o atribució expressa d'aquesta facultat a un dels progenitors, es requereix el consentiment de tots dos o, si no, autorització judicial per al trasllat de la persona menor d'edat, amb independència de la mesura que s'hagi adoptat en relació a la seva guarda o custòdia. Aquest canvi concorda amb la modificació de l'art. 158 CCE en el que s'afegeixen com a mesures de protecció que pot acordar l'autoritat judicial, les necessàries per evitar la sostracció dels fills menors per algun dels

progenitors o per terceres persones i, particularment, el sotmetiment a autorització judicial prèvia de qualsevol canvi de domicili del menor.

En aquesta línia, l'art. 236-11.6 CCCat ja contempla la necessitat del consentiment de l'altre o d'autorització judicial per variar el domicili si això aparta els fills o filles del seu entorn habitual.

No obstant això, el problema s'origina quan el canvi de domicili es produeix, contravenint la norma, sense el consentiment de l'altre progenitor ni l'autorització preceptiva i resulta un fet consumat.

El TS, ha declarat que el canvi de residència unilateralment acordat, és reprovable, però això no pot comportar una sanció que perjudiqui l'interès de la menor (STSS 230/2018, de 18 d'abril, i 58/2020, de 28 de abril, entre altres) . Per això condiona l'autorització de trasllat de residència del menor, al fet que no quedi afectat el seu desenvolupament emocional, la progressió de la seva personalitat, la seva estabilitat, el contacte amb progenitors i germà (STSS 748/2014, de 11 de desembre , 642 / 2012, de 26 d'octubre , 230/2018, de 18 d'abril, i 58/2020, de 28 d'abril, entre altres).

El TS reconeix que en els casos en què es produeix un canvi unilateral de residència, sense acord o sense autorització judicial, aquest canvi de domicili "de fet" és il·legítim, però quan es resol aquesta situació en recurs de cassació es troba consolidat, de manera que el seu rebuig provocaria un major perjudici sobre la persona menor. En aquest sentit la STS 230/2018, de 18 d'abril, després d'haver reconegut que no hi havia causa justificada per al canvi de localitat de domicili, dicta que:

"És forçós reconèixer que gairebé tres anys després d'efectuat el canvi de residència és difícil abordar la qüestió, atès que la menor s'ha arrelat en un nou entorn, en un nou col·legi, amb noves amigues i veïns (...) "

La solució, ha de buscar-se, també d'acord amb el que apunta l'Alt tribunal, amb l'adopció de mesures provisionals que impedeixin el canvi de domicili de la persona menor. En aquest sentit afirma que :

"De l'expressat es dedueix que s'ha produït la consolidació d'una nova residència a Oñati que, al seu dia, va poder haver-se evitat amb l'adopció de les corresponents mesures provisionals o cautelars, però que a hores d'ara provoca que no sigui aconsellable sotmetre a la menor a un nou canvi de ciutat, escola, amics i entorn, sobretot quan l'escassa distància entre localitats no impedeix el contacte del pare amb la menor (arts. 92, 94 i 103 del CC)".¹⁴

Caldria plantejar si l'incompliment de la norma que disposa com a preceptiu el consentiment de l'altre progenitor o l'autorització judicial per al trasllat de lloc de residència de la persona menor d'edat, pot continuar produint-se, com fins ara, sense generar cap tipus de responsabilitat sobre el progenitor incomplidor. En aquest cas, poc o res s'haurà aconseguit en la defensa dels drets dels nens, nenes i adolescents.

1.4. Els aliments

La Sentència de separació, divorci o nul·litat matrimonial o de ruptura de parella estable acorda els aliments (quantia i forma de pagament) que els progenitors han de satisfer als seus fills i filles després del trencament de la parella. A la pràctica, els procediments d'execució de sentència en els que es demana el pagament d'aquestes pensions són molt habituals, perquè el progenitor obligat no compleix voluntàriament amb la seva obligació de prestar aliments al seu fill o filla. Aleshores, l'altre progenitor -si el fill o la filla és menor d'edat- o el fill o filla major d'edat han d'interposar la corresponent demanda executiva per aconseguir que es facin efectius. El procediment executiu s'estén en el temps en cas d'oposició a l'execució i recurs d'apel·lació per part de l'obligat. I sovint els progenitors incomplidors segueixen sense complir després d'una execució, forçant que s'interposin successius procediments que esdevenen la única forma de cobrar els aliments deguts. Per descomptat aquesta actitud perjudica greument els fills i filles creditors dels aliments, com també a l'altre progenitor.

¹⁴ En la mateixa línia la STS núm. 58/2020, de 28 de gener.

La LO 15/2003, de 25 de novembre, per la qual es modifica la LO 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, va introduir el delictes d'impagament de pensions. L'art. 207 CP en el redactat actual disposa que:

“1. El qui deixi de pagar durant dos mesos consecutius o quatre mesos no consecutius qualsevol tipus de prestació econòmica en favor del seu cònjuge o els seus fills, establerta en conveni judicialment aprovat o resolució judicial en els supòsits de separació legal, divorci, declaració de nul·litat del matrimoni, procés de filiació, o procés d'aliments a favor dels seus fills, serà castigat amb la pena de presó de tres mesos a un any o multa de sis a 24 mesos.”

Amb tot, aquesta reforma no ha estat suficient per evitar que, com ja s'ha dit, l'impagament dels aliments acordats en les sentències de separació, divorci, nul·litat matrimonial o ruptura de parella estable, sigui molt habitual.

Tampoc altres previsions legals han servit com a revulsius de l'incompliment de l'obligació dels aliments, com seria desitjable. A la pràctica, malgrat que l'autoritat judicial podria intentar garantir els aliments de forma sistemàtica, amb fonament als arts. 158 CCE o 236-3 CCCat, no s'acostumen a prendre d'ofici aquestes mesures. Recordem que l'art. 158 CCE disposa que: “El Jutge, d'ofici o a instància del propi fill, de qualsevol parent o del Ministeri Fiscal, dictarà:: 1º Les mesures convenients per assegurar la prestació d'aliments i proveir les futures necessitats del fill, en cas d'incompliment d'aquest deure, pels seus pares. 2º Les disposicions apropiades a fi d'evitar als fills pertorbacions danyoses en els casos de canvi de titular de la potestat de guarda...”. I que l'art. 236-3 CCCat disposa que: “L'autoritat judicial, en qualsevol procediment, pot adoptar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial als fills en potestat. A aquest efecte, pot limitar les facultats dels progenitors, exigir-los la prestació de garanties i, fins i tot, nomenar un administrador judicial”.

La recent STS (Sala Penal) 239/2021, de 17 de març, ha fet un important pas endavant al fallar que el delictes d'impagament de pensió alimentària configura

una forma de violència econòmica sobre els fills i filles i sobre l'altre progenitor. Planteja dues idees principals, que són:

- 1) l'impagament de pensions d'aliments dels fills és una forma de violència econòmica sobre aquests i sobre l'altre progenitor que es veu obligat a prestar-los.
- 2) i ho és, en qualsevol cas, encara que l'obligació no l'exigeixi ni la llei ni una resolució judicial, ja que es tracta d'una obligació natural que han de resoldre els tribunals amb base en l'exigència moral i natural del progenitor obligat a no deixar desproveïdes les necessitats dels seus fills i filles.

Per la seva especial claredat i interès, transcrivim a continuació part d'alguns dels seus fonaments:

“(...) pot configurar-se com una mena de violència econòmica, atès que l'incompliment d'aquesta obligació deixa als propis fills en un estat de necessitat en què, davant la seva curta edat, i manca d'autosuficiència, necessiten d'aquest suport alimentari de l'obligat a prestar-lo, primer per una obligació moral i natural que té l'obligat i si aquesta no arriba ho haurà de ser per obligació judicial (...) al punt que si es produeix l'incompliment de l'obligat a prestar-los, això exigeix al progenitor que els té en custòdia a dur a terme un excés en el seu esforç de cura i atenció cap als fills, privant d'atendre les seves pròpies necessitats per cobrir les obligacions que no verifica l'obligat a fer-ho”.

“(...) determina que puguem anomenar a aquestes conductes com a violència econòmica quan es produeixen impagaments de pensions alimentàries. I això, per suposar l'incompliment d'una obligació que no hauria d'exigir ni per llei ni per resolució judicial, sinó que hauria de complir-se pel propi convenciment de l'obligat a cobrir la necessitat dels seus fills; tot això des del punt de vista de l'enfocament que d'obligació de dret natural té l'obligació a el pagament d'aliments (...) ha de ser el legislador el que configuri aquesta obligació 'ex lege', i els tribunals els que resolguin aquests conflictes que no haurien d'existir, per l'exigència moral i natural del progenitor obligat a no deixar desproveïdes les

necessitats dels seus propis fills, i sense anteposar mai els seus desitjos i / o preferències a les d'aquells, ja que respecte a aquests no són desitjos o preferències, sinó necessitats dels mateixos”.

“(…) si no es satisfà la pensió alimentària en la quantia que es va estipular en conveni o resolució judicial serà el progenitor que es queda amb ells en custòdia qui ha de substituir amb el seu esforç personal, com hem exposat, l'incompliment de l'obligat, amb el que, a la fi, s'exerceix una doble victimització, a saber: sobre els fills com necessitats d'uns aliments que no reben i sobre el progenitor que ha de substituir l'obligat incomplidor per haver de cobrir els aliments que no presta l'obligat a donar-los”.

De *lege ferenda* cal cercar i implementar fórmules efectives i d'abast general per a la garantia del pagament puntual dels aliments als fills i filles i lligar a l'impagament sancions significatives d'ordre econòmic que el desincentivin, tot plegat als efectes de protegir en major mesura els interessos dels nens, nenes i adolescents. En aquest sentit, entenem que hagués estat encertat que la LOPIIA es referís expressament a la desatenció econòmica per part d'un dels progenitors per l'impagament dels aliments com a una forma o supòsit de violència contra les persones menors.

2. Els fills i les filles menors en les famílies reconstituïdes

2.1. Concepte de família reconstituïda

Són famílies reconstituïdes les formades per persones que, després de l'extinció d'una relació anterior, contrauen un nou matrimoni o constitueixen una parella estable -homosexual o heterosexual- i creen una nova llar en la que conviuen de forma permanent o temporal amb al menys un fill no comú, fruit d'una anterior relació de qualsevol d'ells -o dels dos-. A aquest grup familiar se li poden unir fills o filles comunes fruit d'aquesta segona relació, que seran mig germans dels fills o filles no comuns.

En aquestes famílies es produeix un entramat de relacions més complex que en les primeres famílies ja que, normalment, a més de la parella i els fills o filles comuns i no comuns, subsisteix la "parella parental", això és l'altre progenitor dels fills o filles no comuns que viu fora del nucli familiar. Llavors, els fills viuen i es traslladen entre dues llars i hi ha més de dos adults en el rol parental¹⁵. En tot cas, cal advertir ja que entre l'adult i el fill de la seva parella poden establir-se vincles afectius profunds o més distants, això depèn de cada cas concret. Però, per regla general, aquests llaços són més intensos quan falta l'altre progenitor o no compleix les seves funcions, és a dir, en cas de vacant per mort o abandonament del pare o mare biològic, perquè llavors la nova parella del progenitor substitueix les seves funcions de criança.

En tot cas, no s'ha de perdre mai de vista que els menors no decideixen trencar una família originària ni passar a formar part d'una família reconstituïda. No decideixen tampoc que la família reconstituïda, potser, torna a trencar-se i pot ser que es constitueixi una de nova. No obstant això, carreguen amb les conseqüències de totes aquestes decisions i vicissituds afectives dels adults¹⁶.

¹⁵ NEIRINK, Claire. (2003). *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution de droit de la famille*, èrès ed., p. 24, sosté que la noció de reconstituïció de la institució familiar és, en veritat, incorrecta, perquè els fills tinguts en altres relacions continuen vinculats amb els seus respectius progenitors més enllà de les vicissituds de les vides afectives i la família d'origen persisteix, no es recompon.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. (2001). *La sociedad individualizada*, Ed. Cátedra, considera que les famílies reconstituïdes són l'expressió diàfana de la societat líquida, en la que els patrons

Les famílies reconstituïdes reben altres denominacions com: famílies recompostes, combinades, acoblades, famílies complexes, segones famílies, o famílies plurals, entre altres. Les parelles dels progenitors es coneixen amb els termes de madrastra o padrastra, pares i mares afins, o pares i mares socials.

No es discuteix que aquest model de convivència s'ha de qualificar com a família i mereix la protecció social, econòmica i jurídica dels poders públics (art. 39 CE). En aquest sentit, la STS 320/2011 de 12 maig, disposa expressament que "El sistema familiar actual és plural, és a dir, que des del punt de vista constitucional, tenen la consideració de famílies aquells grups o unitats que constitueixen un nucli de convivència, independentment de la forma que s'hagi utilitzat per formar-la i del sexe dels seus components, sempre que es respectin les regles constitucionals". I reconeix, a continuació, l'obligació de l'Estat de protegir tot tipus de família també amb base a l'art. 8 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, de 4 novembre 1950 que estableix, en el seu paràgraf primer, que "tota persona té dret a el respecte de la seva vida privada i familiar (...)" i l'art. 7 de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE, que diu: "Tota persona té dret a el respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de les seves comunicacions".

El Codi Civil espanyol no conté cap referència expressa a aquest model familiar. Per contra, alguns ordenaments civils autonòmics presenten una definició legal de família reconstituïda. Així, l'article 231.1.2 CCCat defineix com a família reconstituïda aquella que es compon dels progenitors, els fills de cada un d'ells no comuns i els fills comuns de l'actual unió. També la Llei 50 de la Compilació de Dret Civil Foral de Navarra, després de la reforma operada per Llei Foral 21/2019, de 4 d'abril, de modificació i actualització de la Compilació, defineix en el paràgraf segon, com a membres de les famílies reconstituïdes "els fills de cada progenitor que convisin en el mateix grup familiar, sense que la seva pertinença a elles modifiqui el vincle amb l'altre progenitor i amb els efectes que l'ordenament jurídic determini".

familiars són més complexes i diversos i, en conseqüència, els paràmetres entorn a la noció de família més ambigus.

Actualment la majoria de les famílies reconstituïdes tenen l'antecedent d'una ruptura de parella anterior (separació o nul·litat matrimonial, divorci o crisi de la parella de fet) i, en menor mesura, altres tenen com a causa la viduïtat d'un dels seus components. En aquesta línia, l'exposició de motius del Llibre Segon del CCCat afirma que l'augment de divorcis dels últims temps s'ha traduït en un augment significatiu del nombre de famílies reconstituïdes. I això -al costat de la major tolerància social, l'escassa regulació sobre aquesta realitat i la transició demogràfica- porta a el legislador català a regular normativament en aquest àmbit, d'acord a la línia iniciada per altres ordenaments europeus.

En tot cas, la característica principal de la família reconstituïda és que en forma part un o més fills o filles nascuts fora de la mateixa. Efectivament, ni tan sols cal que compti amb una parella com a nucli essencial, ja que la família reconstituïda també pot mantenir-se després de la desaparició sobrevinguda d'un dels membres de la parella, de manera que és alhora una família monoparental i reconstituïda .

Per descomptat que entre els fills i filles no comuns i el progenitor amb qui no conviuen -si n'hi ha- es manté la relació de potestat si són menors d'edat i el conjunt d'efectes derivats de la relació de filiació, de manera que els fills i filles no comuns, fora de la família recomposta, poden tenir relacions personals amb el seu altre progenitor -ja perquè es troba en un sistema de custòdia compartida, ja perquè sent la custòdia individual hi un règim de visites amb el progenitor no custodi- i conserven els seus drets respecte aquell -que, al seu torn, manté els drets i obligacions derivats de la potestat -també els d'ordre econòmic-. En aquest sentit, l'art. 231-1.2 CCCat disposa expressament que el reconeixement dels fills i filles no comuns com a membres de la família reconstituïda no altera els vincles amb l'altre progenitor.

Si falta un dels progenitors -perquè ha mort o si el fill o filla no té cap relació amb ell (arts. 175-178 CC)- es podrà crear la relació de filiació entre el fill o filla menor i el cònjuge del progenitor que viu -també amb el convivent d'acord amb el CCCat- mitjançant l'adopció. I d'acord amb el dret civil estatal no pot descartar-se el recurs a el reconeixement de complaença, amb la mateixa finalitat de crear una relació de filiació, tot i que, per contra, el Codi Civil de Catalunya estableix

expressament la nul·litat del reconeixement de complaença per constituir un frau de llei art. 235-27.4 CCCat -més endavant tornarem sobre això-.

En aquests casos d'adopció o reconeixement de complaença del fill o filla de la parella, faltaria a la nova família la característica de coexistir amb la "resta" de la família primera o d'origen, de manera que deixaria de ser el que *stricto sensu* es considera una família reconstituïda, per passar a ser una "família" -sense més- que no té la major complexitat de la reconstituïda. Per aquest motiu la noció de la "constel·lació familiar recomposta" proposada per la sociòloga francesa Thery¹⁷ resulta especialment gràfica per conceptualitzar la família recomposta, ja que representa les unitats familiars connectades pels fills que graviten entre elles i la xarxa de vincles que es generen¹⁸.

En tot cas, la família reconstituïda planteja noves qüestions relacionals i econòmiques, diferents a les de les primeres famílies¹⁹. Així, d'una banda, les relatives a les facultats i obligacions (de contingut personal i patrimonial) de la parella o cònjuge del progenitor custodi amb relació al fill o filla no comú, i els correlatius deures d'obediència i de contribució a les càrregues de la família recomposta dels fills, durant la convivència de la família. D'altra banda, les qüestions relatives a l'atribució o distribució de la custòdia dels fills o filles menors no comuns, els règims de visites o relacions personals després de la crisi de parella o crisi matrimonial i l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, amb especial atenció als supòsits d'existència de germans de vincle senzill.

¹⁷ THERY, Irène. (2002). Le temps des recompositions, en DORTIER, J. F. *Familles. Permanences et métamorphoses*. Auxerre Cedex : Éditions Sciences Humaines, p. 55-62.

¹⁸ THERY, Irène, LEROYER, Anne Marie. (2014). *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé*, Odile Jacob, p. 277, van més lluny i afirmen que "On a alors pris conscience de l'existence d'une constellation familiale au sein de laquelle circulent non seulement les enfants, mais des pensions alimentaires, des biens, des services, des sentiments, des souvenirs et des interdépendances, même si chaque foyer a son autonomie et veille à la protéger".

¹⁹ Alguns autors defensen l'existència d'un parentesc per afinitat de primer grau entre el cònjuge del progenitor i el fill o filla no comú, si bé coincideixen en senyalar que aquest parentiu no serveix per regular les famílies reconstituïdes perquè no ofereix solucions als problemes que es generen en el seu sí. Vid. per tots, CARRILLO LERMA, Celia. (2020). *Las familias reconstituídas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común*, tesis inédita, Universidad de Murcia.

És d'assenyalar que hi ha algunes previsions legislatives en els diversos ordenaments civils que coexisteixen en el territori espanyol que s'ocupen de qüestions concretes relatives a les famílies reconstituïdes, que analitzarem a continuació. No obstant això, per regla general es pot afirmar que el legislador no ha tingut en compte aquest model familiar al regular el dret de família, el que pot comportar efectes perjudicials, especialment per als fills i filles no comuns²⁰. Per al tractament de la institució que ens ocupa és especialment interessant l'estudi de la jurisprudència que permet analitzar els supòsits de fet resolts pels tribunals.

2.2. Efectes específics de la família reconstituïda durant la convivència i després de la mort del progenitor

Les característiques específiques de la família reconstituïda plantegen algunes qüestions noves, que no es donen en les "primeres" famílies. Durant la convivència de la família reconstituïda, en l'àmbit personal, cal determinar fins a quin punt la parella del progenitor ha de prestar cura i atenció personal als fills no comuns i si aquests, per la seva banda, tenen deure d'obediència respecte aquell. En el terreny patrimonial, també cal aclarir si el cònjuge o la parella del progenitor ha de prestar atenció econòmica als fills i filles no comuns, i si aquests i aquestes han de contribuir a l'aixecament de càrregues de la família reconstituïda. D'altra banda, cal resoldre què succeeix en les relacions entre els fills o filles i la parella del progenitor quan aquest mor.

2.2.1. La cura i l'atenció personal dels fills i filles no comuns

L'art. 68 CCE -en la seva redacció donada per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi Civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci- disposa entre els deures dels cònjuges, el deure de compartir les responsabilitats domèstiques i la cura i atenció d'ascendents i descendents i altres persones dependents al seu càrrec. D'aquesta manera cal entendre que, en el cas que la família reconstituïda es basi en el matrimoni, el cònjuge del progenitor té el deure, de caràcter personal, de cuidar i atendre els fills no

²⁰ Així, per exemple, les normes relatives a la distribució de l'ús de l'habitatge familiar (art. 96 CCE i 233-20 CCCat). Sobre aquesta qüestió tornarem més endavant.

comuns. No hi ha una norma paral·lela, en el dret estatal, per al supòsit que la família reconstituïda es constitueixi a partir d'una unió no matrimonial, en la que no poden predicar-se deures entre els convivents.

El dret aragonès va més enllà i preveu la possibilitat que el cònjuge del progenitor -a qui anomena padrastre o madrastra- comparteixi l'exercici de la potestat parental del fill o filla menor no comú a la mort d'aquell, sempre que el progenitor fos el únic titular de l'autoritat familiar i que el menor conviski amb tots dos. L'art. 85 del Codi de Dret Foral d'Aragó (en endavant CDFA) disposa que, mort l'únic titular de l'autoritat familiar, el seu cònjuge pot continuar tenint en la seva companyia als fills menors d'aquell i encarregar-se de la seva criança i educació, assumint a tals fins la corresponent autoritat familiar .

El primer apartat de l'art. 85 CDFA parla d' "exercir l'autoritat familiar" -no de posseir la titularitat- per la qual cosa sembla que segueix sent el progenitor l'únic titular de l'autoritat i que el padrastre o madrastra només té l'exercici. Però per al cas que mori el progenitor, el paràgraf segon d'aquesta norma es refereix a la possibilitat que el cònjuge "assumeixi l'autoritat familiar" amb el fi d'encarregar-se de la criança i educació del fill o filla menor. Una autoritat familiar que s'assumeix de forma automàtica al fer-se càrrec voluntàriament de la criança i educació (art. 88.1 CDFA) i que comprèn, en la mesura necessària al compliment d'aquestes funcions, en l'àmbit personal, els mateixos drets i obligacions que la dels pares, i no s'estén a la gestió dels béns del menor. En aquest punt es planteja la necessitat que el padrastre o la madrastra assumeixi la titularitat -no només l'exercici- de l'autoritat familiar, ja que al morir el progenitor hauria quedat vacant. I, en aquesta línia, el paràgraf 4 d'aquest mateix precepte es refereix expressament a la titularitat d'aquesta autoritat quan disposa que "Si no viuen els pares, només per motius de mal tracte o incompliment d'aquesta funció podrà ser separat el menor de titular o titulars d'aquesta autoritat ". D'aquí que el més lògic sigui pensar que en ambdós supòsits previstos en l'art. 85 CDFA el que s'atorga al padrastre o madrastra és la titularitat de l'autoritat familiar -és també el més coherent en una interpretació sistemàtica del precepte-. I, si bé en rigor el contingut d'aquesta autoritat es refereix solament a la faceta personal de la cura -criança i educació-

dels menors (art. 64, 65 CDFA), porta lligada, dins dels límits establerts per la llei, l'administració i disposició dels béns de la persona menor no emancipada (art. 9 CDFA) i la representació legal de la menor de 14 anys (art. 12 CDFA).

En definitiva, es podria dir que el dret aragonès concedeix al cònjuge del progenitor, quan aquest mor, i sempre que fos l'únic titular de l'autoritat familiar, idèntics drets i obligacions que al progenitor, respecte al fill o filla menor no comú amb el que van conviure, amb un resultat semblant al de la institució de la tutela sobre la persona menor²¹. Però, en tot cas, és d'assenyalar que el CDCFA atén només a un tipus de famílies reconstituïdes, que són aquelles en què només un progenitor té l'autoritat familiar sobre el o la menor, i es basen en el matrimoni. Per a la resta de tipologies de família reconstituïdes segueix havent-hi un buit legal.

També el dret català contempla la possibilitat d'atribuir la guarda al cònjuge o convivent del progenitor que la tenia atribuïda de forma exclusiva en cas de mort, tot i que la preveu expressament com "excepcional" davant de la solució normal que sigui l'altre progenitor el que recuperi la guarda²². El CCCat equipara a aquests efectes els convivents als cònjuges (art. 236-15.1 CCCat). En aquest sentit, l'art. 236-15.2 CCCat, estableix que l'autoritat judicial, amb informe del ministeri fiscal, pot atribuir la guarda i les altres responsabilitats parentals al cònjuge o convivent en parella estable del progenitor si aquest mor, sempre que: a) l'interès del fill ho requereixi; 2) el cònjuge o convivent del progenitor difunt

²¹ L'art. 116 CDFA col·loca els "padrastrès" en el quart lloc en l'ordre de la delació dativa de tutela -després del cònjuge de l'incapacitat que conviski amb aquest o a l'altre membre de la parella estable no casada, els descendents majors d'edat de l'incapacitat, i els pares- llevat que l'interès de la persona tutelada demani variar aquest ordre. Per al cas que la persona tutelada sigui menor d'edat no emancipada, la tutela només procedeix quan falten els pares o han estat privats de l'autoritat familiar i la menor no es troba sota l'autoritat familiar d'una altra persona -com el padastre o la madrastra, els avis o els germans grans d'edat- encara que si estigués en aquesta última situació, es nomenarà tutor o tutora dels béns que no tinguin d'administrador o administradora (art. 130 CDCFA). És difícil d'imaginar la situació en què el padastre o madrastra sigui nomenat tutor o tutora perquè s'haurà convertit abans en titular de l'autoritat familiar, que s'assumeix de forma automàtica a el fer-se càrrec voluntàriament de la criança i educació de la persona menor (art. 88 CDCFA) .

²² L'art. 236-15.1 CCCat disposa la regla general que "Si mor el progenitor que tenia atribuïda la guarda de manera exclusiva, l'altre progenitor la recupera". La redacció d'aquest apartat és poc afortunada perquè porta a confusió la interpretació del concepte ja superat de "guarda exclusiva".

hagi conviscut amb el menor .; i 3) s'escolti a l'altre progenitor i a el menor d'acord amb el que estableix l'article 211-6.2 CCCat.

Aquestes atribucions -la "guarda i altres responsabilitats parentals" - coincideixen amb les pròpies de la titularitat de la potestat parental, encara que la norma no aclareix si el convivent o cònjuge del progenitor difunt passa a ser titular. Cal notar que l'atribució de la guarda i altres responsabilitats parentals al cònjuge o convivent en parella estable del progenitor que mor no es condiciona, en el dret català, al fet que sigui l'únic titular de la potestat parental, per la qual cosa pot passar que aquesta titularitat vagi a ser compartida entre el progenitor que sobreviu i l'últim cònjuge o convivent del progenitor difunt.

En darrer terme, l'art. 236-15. 3 CCCat estableix que el cònjuge o convivent del progenitor difunt a qui no correspongui la guarda d'acord amb aquesta previsió, si l'interès del fill ho justifica, pot demanar a l'autoritat judicial que li atribueixi un règim de relació, sempre que hagi conviscut amb el menor durant els dos últims anys. En aquest cas no tindrà la potestat parental, encara que se li concedeixi un ampli règim de relació, de manera que en els temps o períodes de relació que gaudeixi de la guarda del menor tindrà la condició de guardador de fet.

D'altra banda, l'art. 222-10 CCCat situa el cònjuge o parella estable del progenitor entre els cridats a la delació dativa de la persona menor amb la que conviu en cas de mort del progenitor. Amb el benentès que la menor que es subjecta a tutela és no emancipada i no es troba subjecte a potestat parental (art. 222-1 CCCat).

En un altre ordre de coses, el dret català també disposa que el cònjuge o convivent en parella estable que en cada moment té la guarda del fill o filla té dret a participar en la presa de decisions sobre els assumptes relatius a la seva vida diària. I preveu la solució als supòsits en què pugui haver algun desacord entre el progenitor i el seu cònjuge o convivent en parella estable, disposant que preval el criteri del progenitor. A més, estableix la possibilitat que, en cas de risc imminent per a la persona menor, el cònjuge o convivent en parella estable del progenitor que té la guarda del fill pugui adoptar unilateralment les mesures necessàries per al benestar del nen o nena, encara que ha d'informar sense

demora al seu cònjuge o convivent, que al seu torn ha d'informar l'altre progenitor (art. 236-14 CCCat). D'aquesta manera es permet que el cònjuge o convivent del progenitor, durant la convivència, pugui exercir algunes facultats inherents a la potestat parental, encara que amb un abast molt limitat o de forma excepcional, sense que això pugui incidir en l'exercici o la titularitat de la potestat parental de l'altre progenitor del menor (el que no és la seva parella).

Encara que no es diu expressament, cal entendre que el fill o filla, com a contrapartida, tindrà el deure d'obediència, és a dir, ha d'obeir al cònjuge o convivent del seu progenitor en la mesura de les facultats que aquell exerceixi. Sent així, són aplicables les previsions de l'art. 236-17.3 i 4 CCCat amb relació al deure de respecte mutu; el deure d'obediència dels fills -llevat que se'ls tracti d'imposar conductes indignes o delictives- i la facultat correctora sobre els menors proporcionada, raonable i moderada amb ple respecte a la seva dignitat i integritat física i psíquica.

Com ja s'ha dit, les relacions personals i afectives entre els fills o filles i la parella del progenitor poden ser més o menys intenses en funció de la família i el cas concret. Les variables són infinites i van des del caràcter, l'edat i la personalitat de les persones implicades, fins a les circumstàncies, també canviants, que envolten la convivència: si el nen o la nena té l'altre progenitor fora de la família reconstituïda que compleix les seves funcions parentals, quina és la durada de la família reconstituïda, si es tracta de la primera família reconstituïda o si ja hi ha més d'una família anteriors o simultànies. Aquesta casuística fa poc aconsellable tractar d'establir unes regles fixes que regulin les relacions entre els fills o filles i les parelles dels seus progenitors en les famílies reconstituïdes.

Certament, algunes de les normes a què hem fet referència anteriorment, atorguen unes facultats al cònjuge o parella del progenitor que, en funció del cas concret, poden ser massa limitades o poden resultar excessives. Són normes sense una clara fonamentació i un abast poc delimitat que no aporten sinó dubtes en la seva aplicació. Encara que responen a la voluntat de facilitar el dia a dia de les famílies reconstituïdes, parteixen de les necessitats dels adults i no prenen com a element a considerar de manera primordial la situació concreta de la persona menor d'edat.

Probablement, les parelles dels progenitors no necessiten el reconeixement legal de facultats especials per a exercir la guarda de les persones menors que no són filles seves -són suficients les relatives a la guarda de fet, per exemple en els casos d'urgència-. La cura dels fills i filles menors correspon als seus pares que, és clar, poden ajudar-se d'altres persones com les seves parelles, però les decisions sobre els assumptes que afecten els menors han de recaure, en la mesura del possible, en les pròpies persones menors i, en darrer terme, als qui tenen la potestat parental. Augmentar el nombre de persones que poden decidir sobre assumptes de la vida quotidiana dels fills i filles menors d'edat de cap manera es pot entendre que redunda en el seu interès.

Si falta l'altre progenitor -o no és titular de la potestat- i el cònjuge o la parella de fet del progenitor desitja exercir les funcions de la potestat, pot procedir a l'adopció mitjançant el procediment d'adopció que garanteix la protecció de l'interès del menor. Llavors, les facultats parentals tindran una fonamentació -la relació de filiació- i romandran amb independència d'una possible nova ruptura familiar.

Si el que passa és que mor el progenitor amb el qual conviu el fill o filla menor, caldrà determinar amb base en el seu interès superior si ha de quedar sota la potestat de l'altre progenitor viu o subjecte a tutela i, en aquest últim cas, si la persona tutora ha de coincidir amb aquella amb la qual ha conviscut, sempre en atenció a l'interès de la nen o nena. Per descomptat, que no cal rebutjar la possibilitat que el pare o mare social es converteixin en pare o mare adoptiu o en tutor o tutora de la menor, ni tampoc que pugui establir-se, en un altre cas, un règim de relacions personals quan sigui en benefici de la persona menor, i sempre sota la supervisió de l'autoritat judicial que enjudiciarà el cas concret.

2.2.2. L'atenció econòmica dels fills i filles del cònjuge o la parella estable que conviu amb la família reconstituïda i l'obligació dels fills i filles de contribuir a l'aixecament de càrregues de la família

El CCE subjecta els béns dels cònjuges a l'aixecament de les càrregues del matrimoni, amb independència del règim econòmic que reguli el matrimoni (art. 1318 CCE). Doncs bé, sembla que les despeses de manteniment i educació dels

fills o filles no comuns que conviuen amb la família reconstituïda han de considerar-se càrregues del matrimoni i per tant han de ser suportats per tots dos cònjuges. La lògica contrapartida és l'obligació dels fills i filles de la família de contribuir a les càrregues de la mateixa mentre visquin a la llar familiar, recollida en l'article 155.2.º CCE -els fills han de contribuir equitativament, segons les seves possibilitats, a l'aixecament de les càrregues de la família, mentre convisquin amb ella-.

A més, el CCE disposa expressament que, per al cas que el matrimoni es trobi casat en règim econòmic de societat de guanys, l'alimentació i educació dels fills i filles d'un sol dels cònjuges aniran a càrrec de la societat de guanys quan convisquin en la llar familiar. En cas contrari, les despeses derivades d'aquests conceptes seran sufragats per la societat de guanys, però donaran lloc a reintegrament en el moment de la liquidació (art. 1362 CCE).

Res es preveu en aquest cos legal per al supòsit que la família reconstituïda sigui no matrimonial, i aquí el debat està obert perquè, com és sabut, la majoria de la doctrina i la jurisprudència rebutja la possibilitat d'aplicar per analogia les normes econòmiques del matrimoni a les parelles estables.

El CDFA tampoc fa una referència expressa general a l'obligació de contribuir al manteniment dels fills no comuns, però l'art. 218 CDFA disposa que en el consorci conjugal són a càrrec del patrimoni comú: "Les atencions legítimes de la família i les particulars de cada cònjuge, fins i tot la criança i educació dels fills d'un sol d'ells que convisquin amb el matrimoni ".

D'altra banda, el dret aragonès estableix també el deure del fill i filla de contribuir equitativament a satisfer les necessitats familiars mentre convisquin amb la família (art. 187.3 CDFA), i el deure de col·laborar en les tasques de la llar i en els negocis familiars, en la mesura pròpia de la seva edat i de la seva condició vital, sense que per això tingui dret a reclamar pagament o recompensa (art. 66 CDFA). I disposa la facultat dels pares que exerceixin l'autoritat familiar sobre el fill i filla, de destinar els productes de la feina i indústria d'aquest i els fruits líquids dels seus béns per a atendre les despeses de la seva criança i educació; ateses aquestes despeses, els pares que convisquin amb el fill o filla podran destinar la

part sobrant a satisfer, equitativament, altres necessitats familiars. Si no disposen d'altres mitjans, poden destinar a aquest fi els béns del fill o filla en la part que, segons la situació econòmica de la família, resulti equitativa (art. 67 CDFA). En la mateixa mesura, quan l'autoritat familiar correspongui a persones diferents dels progenitors, així, al padrastre o la madrastra, aquestes poden destinar els productes de la feina o indústria de la persona menor amb el qual conviu i els fruits líquids dels seus béns per a atendre les despeses de la seva criança i educació. Per a això podran demanar el seu lliurament a la persona que administri els béns del fill o filla. Aquesta facultat no pot ser exclosa per qui transmeti béns a favor de la menor (art. 68 CDFA).

En el Dret Foral Navarrès, les despeses dels fills o filles no comuns que conviu amb la família són despeses del matrimoni, als quals hauran de contribuir ambdós cònjuges (Llei 80 CDCFN). Expressament es reconeixen despeses de la societat de conquestes els d'alimentació i habitació de qualssevol dels cònjuges econòmicament dependents i meritats en aquells períodes en que comparteixin la convivència i els aliments i l'educació dels fills i filles de l'anterior unió d'un dels cònjuges si aquest no ha fet la partició i lliurament de béns a què es refereix la Llei 114 CDCFN quan la mateixa sigui procedent. (Llei 90 CDCFN). La Llei 109 CDCFN estén la condició de comuns de la parella a les despeses derivades de l'alimentació i habitació en l'habitatge familiar dels fills o filles d'un sol dels convivents en parella estable.

Per la seva banda, el CCCat inclou els aliments als fills o filles no comuns que visquin amb els cònjuges, sempre que els necessitin, entre les despeses familiars a què estan obligats a contribuir tots dos cònjuges (art. 231-5 CCCat). El CCCat, no disposa, en canvi, d'una norma paral·lela en el cas de convivència estable de parella. D'altra banda, estableix expressament que els fills i filles no comuns -concretament diu els "fills comuns o no" - mentre conviu amb la família han de contribuir proporcionalment a les seves possibilitats a les despeses familiars (art. 231-6.2 i 236-22.1 CCCat).

A les anteriors cal afegir altres concretes previsions que, com adverteix Celia CARRILLO²³, evidencien l'estreta connexió entre les matèries de dret de família i de successions. Així, l'art. 68 Compilació Dret Civil Illes Balears²⁴, aplicable a les illes d'Eivissa i Formentera, preveu l'obligació del cònjuge usufructuari de prestar aliments als fills i filles del cònjuge premort que habitin a la llar familiar, a càrrec de l'usdefruit universal capítular instituït en els espolits.

En tot cas, i en termes generals, es pot afirmar que el deure d'alimentar als fills i filles del cònjuge que convisquin amb el matrimoni, allà on es reconeix, troba causa en l'existència d'un matrimoni i en la convivència familiar, de manera que l'obligació cessa tant en el moment en què els fills i filles no comuns deixen de viure en l'habitatge familiar com en el cas de dissolució de l'enllaç conjugal.

En la nostra opinió, és important interpretar aquestes previsions legals de manera que no se solapin les obligacions de contribuir als aliments dels progenitors i del cònjuge o convivent (dels dos si tots dos progenitors tenen noves relacions). Tots dos progenitors (si la filiació està determinada) estan obligats a alimentar els seus fills i filles i són els únics creditors dels aliments en sentit estricte. Llavors, a quina finalitat responen les normes que disposen que les noves parelles dels progenitors han de contribuir a les seves despeses? No hi ha regla que expliqui en quina mesura han de contribuir ni com hauran de fer-se nous càlculs, i falta un aclariment que eviti el que en bona mesura podria ser una suma de responsables de les mateixes despeses no justificable. Sobre aquest aspecte, Miquel MARTÍN sosté que els pares socials estan obligats a prestar aliments als fills i filles de la seva parella quan els aliments que aquests reben dels seus progenitors no són suficients per satisfer les seves necessitats, però si així fos aquests pares socials actuarien a manera de responsables subsidiaris de l'obligació d'aliments, i no sembla que hi hagi base legal per a aquesta afirmació. En la nostra opinió, és més encertat entendre que la

²³ CARRILLO LERMA, Celia. *Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común*, Ob. Cit., p. 170.

²⁴ L'art. 68 CDCIB disposa que: "L'usufructuari queda obligat a prestar, amb càrrec a l'usdefruit, aliments a l'hereu, al consort d'aquest i als fills del cònjuge premort i de l'hereu que visquin a la casa, així com a consentir que es facin al usdefruit les reduccions necessàries per pagar les llegendes i, si escau, per constituir la dot. "

contribució a les despeses dels fills i filles del cònjuge no és conseqüència de l'obligació de prestar-los aliments -que no existeix-. El fonament del deure a aquesta contribució es pot trobar en el fet que el nivell de vida de la família reconstituïda sigui més alt que el de la família d'origen i això comporti que les despeses dels fills i filles també siguin superiors i que aquesta diferència hagi de ser parcialment sufragada pel cònjuge o parella estable del progenitor²⁵.

En un altre ordre d'idees es debat si en la dada de la convivència - i per al cas de les famílies reconstituïdes- se sustenten altres drets dels seus membres:

S'ha plantejat concretament amb relació a la subrogació en el dret d'arrendament. La STC 13/1995, de 24 de gener de 1995, resol un supòsit en el qual es pretén la subrogació de la filla del cònjuge de l'arrendatària -qui ja s'havia subrogat prèviament en el contracte del què era arrendatari original la seva cònjuge-, que havia conviscut en l'habitatge des de la seva infància. La primera instància va fallar a favor de la segona subrogació al considerar que existia una relació "plenament assimilable" a la de mare i filla. L'Audiència Provincial, en canvi, va revocar la sentència i va descartar la segona subrogació amb base a una interpretació literal de l'art. 59 LAU de 1964 -que era la llei aplicable al contracte- que reconeixia aquest dret als "descendents legítims, naturals o adoptius". El TC, per la seva banda, va considerar que les dues interpretacions realitzades pels tribunals d'instància eren constitucionals i, en el cas concret, la solució final va ser la que havia resolt l'AP, és a dir, el rebuig a la subrogació del contracte d'arrendament de la que era titular la cònjuge del seu pare mort, tot i haver estat aquest el primer arrendatari. Aquesta interpretació perjudica clarament als fills i filles no comuns de la família reconstituïda.

També s'ha plantejat amb relació a el dret a la indemnització per la mort en accident de trànsit. La SAP Madrid 39/2020, de 24 de febrer, reconeix la indemnització a el marit de la mare, que exercia les funcions parentals i convivia amb el mort fins al moment de l'accident, i descarta aquest dret del pare biològic que no havia complert ni amb el règim de visites ni amb l'obligació d'aliments

²⁵ MARTÍN CASALS, Miquel. (2016). Els pares i mares socials al Codi Civil de Catalunya, en AAVV. *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, Societat Catalana d'Advocats de Família, p. 120, també es refereix a aquest tipus de despeses.

establerta en la sentència de divorci. L'Audiència considera que és el marit de la mare qui ostentava la condició de perjudicat i que pot incloure dins de la categoria de "ascendents de la víctima" a la qual es refereix l'art. 62.3 de Reial Decret Legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles a motor²⁶. I d'aquesta manera, en aquest cas concret, no es discrimina per raó del model familiar, tot i que és difícil de defensar l'existència d'una relació de parentiu - ascendència- entre la víctima i la parella del seu progenitor que sembla podria encaixar millor en la categoria de "persona propera".

2.3. La família reconstituïda després de la crisi de parella o crisi matrimonial

Hi ha un absolut buit legal amb relació als problemes concrets que es presenten a la família reconstituïda després de la crisi matrimonial o de parella amb els fills no comuns, motiu pel qual són els tribunals els que estan proporcionant solucions a la multitud de qüestions que es els plantegen. Vegem algunes de les més interessants:

2.3.1. Custòdia dels fills i filles comuns i relació entre germans de vincle senzill

La jurisprudència menor distingeix entre germans de vincle senzill i germans de doble vincle al resoldre sobre la custòdia dels fills de les famílies reconstituïdes després de la crisi matrimonial o de parella. Es tendeix a considerar que el criteri de no separació de germans de l'art. 92.5 CCE no té el mateix abast en tots dos

²⁶ L'art. 62 TRLRCSCVM estableix les categories de perjudicats: "1. En cas de mort hi ha cinc categories autònomes de perjudicats: el cònjuge vidu, els ascendents, els descendents, els germans i les persones properes (*allegados*). 2. Té la condició de perjudicat qui està inclòs en alguna d'aquestes categories, llevat que concorrin circumstàncies que suposin la inexistència del perjudici a rescabalar. 3. Igualment té la condició de perjudicat qui, de fet i de forma continuada, exerceix les funcions que per incompliment o inexistència no exerceix la persona que pertany a una categoria concreta o assumeix la seva posició".

El cònjuge i el convivent del progenitor també podria incloure en la categoria de "cercles pròxims" que són persones que han conviscut familiarment amb la víctima durant un mínim de cinc anys immediatament anteriors a la defunció i fora especialment properes a ella en parentiu o afectivitat (art. 67.1 TRLRCSCVM)

casosi, d'aquesta manera, s'atribueix la custòdia dels fills comuns amb independència de la custòdia dels fills no comuns.

En aquest sentit, la SAP de Les Palmes de Gran Canària de 4 de juliol de 2015 exclou que:

"El fet que la mare compti amb una altra filla d'una altra relació suposi inviabilitat de la custòdia compartida, ja que el criteri de <no separació de germans> de l'art . 92-5 del CCE ni és absolut, ni té el mateix abast pel que fa a germans d'un sol vincle -de la mateixa manera, podrà passar que el pare tingui altres nous fills en el futur-, ja que no pot sacrificar la relació paritària amb els progenitors, quan és favorable a l'interès del menor, en nom exclusivament d'un major temps de convivència amb un mig germà. Aquest argument pot ser un indicador de conveniència de la custòdia exclusiva com a reforç d'altres elements de decisió, però de per sí no té força per eludir la custòdia compartida quan els indicadors principals condueixen a aquest tipus de guarda. Ja que, a més en el sistema de custòdia exclusiva Crescència també perdria contactes amb el seu mig germà durant el temps de les visites i els períodes de vacances, ja que al no ser germans de doble vincle la separació en aquests períodes seria inevitable ".

La SAP de Cadis de 11 d'abril de 2016 afirma que:

"Quant a la separació de la germana, cal dir que es tracta únicament de germana per part de mare, és a dir mig germana, però així mateix no hi ha una separació de la mateixa, ja que precisament el règim de guarda i custòdia compartida, el que produirà és que d'una part estiguin les mateixes juntes, en els períodes que correspongui, i d'una altra que no perdi relació la filla amb el seu pare, i si bé s'ha de procurar que els germans romanguin junts, la relació amb el pare, dins d'un sistema de normalitat, és més beneficiosa per a la menor, que l'increment de les relacions amb la filla de la mare, per la qual cosa tampoc aquest punt és essencial per excloure la guarda i custòdia compartida. "

Especialment clara sobre aquesta qüestió resulta la SAP de Lleida 228/2012, de 31 de maig, que explica que:

"L'art. 231-1-2 de l' CCCat reconeix com a membres de la família als fills de cadascun dels progenitors que convisquin en el mateix nucli familiar, com a conseqüència de la formació de famílies reconstituïdes. Aquest reconeixement, diu el mateix precepte, no altera els vincles amb l'altre progenitor. Per tant, aquest reconeixement ho és com < membre de la família > i < amb els efectes que es determinin legalment >, sense que es pugui compartir la tesi de l'apel·lant quan es refereix a l'ampli concepte de < germà > i quan invoca l'art. 233-11 segons el qual no pot separar-se als germans, llevat que les circumstàncies ho justifiquin. Oscar i Arturo no són germans, encara que tots dos formin part de la família reconstituïda, i l'art. 233-11 CCCat. no resulta d'aplicació al cas, ni tan sols analògicament o com a criteri orientador, perquè el precepte s'està referint als supòsits en què a causa de la crisi conjugal s'ha de decidir sobre l'atribució de la guarda de dos o més germans a un o altre de seus progenitors, mentre que en el supòsit que ens ocupa només s'està plantejant el règim i la manera d'exercir la guarda del fill comú dels litigants, Oscar, i no la d'Arturo, que ja va quedar fixada en la sentència de divorci que va aprovar el conveni regulador subscrit pels progenitors d'Arturo, sense que aquesta decisió pugui determinar que el règim d'alternances per a l'exercici de la guarda compartida d'Oscar hagi de ser el mateix que l'establert per aquell. De seguir-se l'interessat criteri que propugna la recurrent s'arribaria a la insòlita situació que en el cas que s'extingís la parella estable constituïda per la seva mare i Don Juan Luis la guarda d'Oscar també es veuria afectada per aquesta circumstància, perquè no podria separar-se del seu < germà > Artur. Els efectes jurídics de l'extinció de la parella estable també estan previstos en la nova regulació i, entre ells, l'art. 234-7 CCCat es remet als arts. 233-8 a 233-12 pel que fa a l'exercici de la guarda dels fills i relacions personals, insistim, < guarda dels fills >, òbviament, dels fills comuns, nascuts d'aquesta parella estable. No es tracta de desconèixer o ignorar les noves formes de família que s'incorporen, reconeixen i regulen en el Codi Civil de Catalunya (a què també s'al·ludeix en el preàmbul de

la Llei 25/2010, destacant les novetats respecte de la Llei 10/98) sinó, simplement, d'atenir-nos precisament als mateixos criteris que estableix l'art. 233-11 a efectes de determinar la manera d'exercir la guarda compartida d'Oscar, tenint en compte les propostes de pla de parentalitat presentades per les parts i el ministeri fiscal durant la substanciació de la litis (...) "

Tot i això, els tribunals procuren fomentar la relació entre els germans de vincle senzill mitjançant els règims d'estades o visites amb el progenitor comú, establint, per exemple, pernoctes que la facilitin. Així, per exemple, la SAP de Girona de 28 de febrer de 2005, atorga a el pare un règim de visites de caps de setmana alterns amb pernocta d'una menor de 6 anys amb expressa referència a el fet que aquest afavoreix la relació amb els seus germans de vincle senzill.

2.3.2. Custòdia i relacions personals dels fills i filles del excònjuge o exconvivent

Especial atenció mereix l'atribució de la custòdia del fill o filla del cònjuge o convivent després de la ruptura de la família reconstituïda, que també ha estat objecte d'algunes resolucions judicials, si bé és molt poc freqüent.

A la STS 679/2013, de 20 de novembre, el TS va atorgar la custòdia de dues germanes de vincle senzill al pare d'una d'elles, que havia impugnat amb èxit la paternitat respecte de l'altra que va resultar no ser la seva filla biològica. Aquest home s'havia tornat a casar i tenia un altre fill amb una nova dona, però va continuar encarregant-se de les dues menors de les que s'havia desentès la seva mare. El TS atén en aquesta resolució a l'interès superior del menor que havia conviscut amb la seva germana des del naixement i es trobava adaptada a la nova unitat familiar.

Molt més freqüent és l'establiment de règims de relacions personals o visites entre el menor i el cònjuge o convivent del seu progenitor amb el qual el menor ha conviscut en el si de la família reconstituïda. En aquest aspecte, els tribunals cada vegada en major mesura reconeixen aquest dret amb base en el dret de relacions personals del menor amb els seus "cercles pròxims" que estableix l'art. 160.2 CC. Així:

La SAP Madrid 249/2015, de 12 de març, planteja el cas en què la senyora Encarna que és la parella de la mare biològica, Anna Maria, reclama la maternitat del fill concebut per Ana María mitjançant tècniques de reproducció assistida amb el seu consentiment. Aquí l'interès resideix en que les dones es trobaven casades i separades de fet a el temps del naixement del menor. Les dones havien contret matrimoni el 5 de setembre de 2008, i tenien una filla gran també fruit de tècniques de reproducció assistida, la mare biològica era la Sra. Encarna. Es van separar de fet entre desembre de 2012 i gener de 2013 i van presentar la demanda de divorci amb sol·licitud de mesures amb data 19 de febrer de 2013. El naixement del segon dels fills va ser al març de 2013 i fou inscrit amb el nom de la progenitora la Sra. Ana Maria, mare biològica, anotada en el Registre Civil com casada. La mare biològica al·lega que no és aplicable l'art. 7.3 LTRHA perquè estaven casades però separades de fet, però, l'Audiència aplica l'art. 116 CCE i resol en favor de determinar la maternitat de la senyora Encarna. Atribueix a cadascuna de les mares la guarda del seu fill biològic i estableix un règim de visites amb les respectives progenitores no custòdies, que ha de contribuir, diu la sentència a reforçar la relació paterno-filial.

La solució és diferent a la SAP Madrid 1015/2018, de 30 de novembre. En aquest cas la parella dona de la mare biològica presta consentiment a les tècniques de reproducció assistida i hi ha possessió d'estat durant 5 anys. Després es trenca la relació i la mare es casa amb una altra dona a la qual la menor considera la seva segona mare. La primera parella de la mare biològica reclama es determini la seva maternitat i en altressí que s'estableixi al seu favor un règim de visites. L'Audiència entén que "les actuals relacions del menor amb la demandant impedeixen considerar positiu en l'interès del menor que es fixi la filiació sol·licitada, que lluny de repercutir en el seu benefici desestabilitzaria el seu actual equilibri", però, sí que entén apropiat fixar un règim de relacions personals que disposa en un cap de setmana a el mes, la meitat de les vacances de Nadal i de setmana Santa i 15 dies d'estiu.

En aquesta línia la STS 320/2011, de 12 de maig de 2011, afirma que l'interès del menor obliga els tribunals a decidir que el nen té dret a relacionar-se amb els membres de la seva família, amb independència que entre ells hi hagi o no llaços biològics i amb els cercles pròxims. I planteja la qüestió de l'abast de les relacions

personals entre el menor i el cònjuge o convivent del seu progenitor, partint de la base que si es fonamenten en el dret de relacions propi d'un progenitor ha de ser més ampli que si es circumscriuen a el dret de relacions que el menor pugui tenir amb una persona propera, conforme l'art. 160.2 CCE. Si bé reconeix que "és cert que l'art. 160 CC no determina l'extensió ni la intensitat dels períodes en què el menor pot relacionar-se amb els seus afins. Per tant, es tracta d'una qüestió que ha de ser decidida pel jutge, qui ha de tenir en compte: i) la situació personal de l'infant i de la persona amb la que desitja relacionar-se; ii) les conclusions a què s'hagi arribat en els diferents informes psicològics que s'hagin demanat; iii) la intensitat de les relacions anteriors; iv) la no invasió de les relacions del menor amb el titular de la pàtria potestat que exerceix la guarda i custòdia i, v) en general, totes aquelles que siguin convenients per al menor. "

El supòsit de fet que dona lloc a l'esmentada sentència, ve configurat per una parella de fet de dues dones que després d'haver conviscut 10 anys se separa amb acusacions de maltractament mutu i doble prohibició d'aproximació i comunicació. Tres anys abans de la ruptura de la parella, una d'elles s'havia sotmès a tècnica de reproducció assistida i havia tingut un fill respecte de què la seva companya també havia exercit el paper de mare. En primera instància, l'autoritat judicial atorga a la companya de la mare biològica un dret de visites ampli amb base en el poder que li atorga l'art. 158 CCE i per tal d'evitar-li perjudicis. La mare biològica apel·la i demana que el dret de visites es limiti a l'establert per a persones pròximes a l'art. 160.2 CCE i no a qual s'atorga als progenitors. L'Audiència Provincial de Toledo confirma la sentència d'instància i el Tribunal Suprem desestima el recurs contra la sentència de l'Audiència. Entén l'Alt Tribunal que les relacions personals s'han d'adoptar amb base a l'art. 160.2 CCE per la condició de pròxima i no amb fonament en l'art. 158 CCE i la condició de progenitora de la parella de la mare. No obstant això, manté el règim que disposa la sentència d'instància ja que considera que l'interès del menor passa per no privar-lo de les relacions afectives de les que venia gaudint i que li eren beneficioses i això amb independència de si hi ha o no llaços de sang. En un sentit similar, SAP Tenerife 231/2002 de 6 de maig i SAP Madrid 851/2019, de 18 d'octubre.

Altres sentències, en canvi, deneguen el règim de visites a favor del cònjuge o parella del progenitor, també en atenció a l'interès del menor, perquè s'aprecien males relacions entre ells, cal una estreta relació personal, o el menor el rebutja. Així, les SAP Tenerife 104/2006, de 13 de març; SAP Alacant 149/2008, de 9 d'abril; i la SAP Melilla 71/2016, de 29 de desembre.

En tot cas, la relació entre les parelles dels progenitors i les persones menors s'ha de valorar des de les necessitats i interessos de les menors, no dels progenitors ni de les seves parelles. Si la relació personal és intensa i provoca llaços afectius que beneficien les menors, aquests s'han de preservar i mantenir-se en el temps, fins i tot més enllà de la ruptura de la convivència. I poden donar lloc a l'establiment d'un règim de relacions personals amb l'exparella del progenitor després de la ruptura de la relació o fins i tot a l'atribució de la guarda de la menor si les circumstàncies ho aconsellen. Caldrà estar a cada cas concret i a la voluntat i l'opinió de la menor que mereixen ser especialment ateses en aquesta qüestió.

2.3.3. Obligació d'aliments respecte el fill o filla del cònjuge o convivent després de la ruptura de la família reconstituïda

Com s'ha vist, durant la convivència les despeses relacionades amb les persones menors que conviuen a les famílies reconstituïdes, tot i ser fills o filles no comuns, són considerats -almenys en part- expressament per la majoria d'ordenaments civils d'Espanya com a despeses familiars, que han de ser afrontades per ambdós cònjuges o convivents amb la contribució del propi fill o filla, en el cas que tinguí possibilitats econòmiques. No obstant això, després de la ruptura de la relació entre el progenitor i la nova parella, les despeses derivades dels aliments en sentit ampli tornen a correspondre exclusivament als seus progenitors, ja que cap norma els atribueix d'una altra manera. Fins al moment sembla existir unanimitat entre la doctrina i la jurisprudència entorn a la inexistència d'una obligació d'aliments del cònjuge o convivent del progenitor amb el fill o filla no comú després del cessament de la convivència²⁷.

²⁷ En el sentit que no procedeix atorgar de pensió d'aliments: SAP Lleida 374/2016, de 19 de juliol; i SAP Melilla 71/2016, de 29 de desembre.

La justificació d'aquesta negativa es troba en que falten els elements que podrien generar l'obligació d'aliments. Així, d'un banda, manca la relació de parentiu entre alimentant i alimentat requisit de l'obligació d'aliments entre parents (arts. 143 CC i 237.2 CCCat); i d'una altra, tampoc hi ha aliments institucionals perquè aquesta obligació no deriva de la pàtria potestat, ja que la parella del progenitor no és titular de la mateixa.

En aquest sentit, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la Sentència 6/2006, de 23 de febrer, disposa que no es deuen aliments després de la ruptura matrimonial per falta de vincle parental entre un dels cònjuges i els fills o filles de l'altre que els justifiqui.

Amb tot, no es pot descartar que l'existència de fills o filles d'un sol dels cònjuges pugui influir en el muntant de la pensió compensatòria que, si escau, hagi de satisfer-li l'altre després del cessament de la convivència. En aquest punt cal recordar que la pensió compensatòria ve a resoldre els desequilibris econòmics que puguin generar entre els cònjuges i tracta d'evitar en la mesura del possible que la separació o el divorci comporti un empitjorament respecte de la situació anterior. I, per descomptat, els aliments dels fills que corresponen afrontar al progenitor influeixen en la seva situació econòmica. A més, entre les dades que l'autoritat judicial ha de considerar per fixar el seu import es troben les necessitats dels cònjuges i qualsevol altra circumstància rellevant, de manera que l'existència de fills a càrrec no és una dada neutre amb vista a la pensió compensatòria.

2.3.4. El reconeixement de complaença

Tractament al marge mereix el supòsit del reconeixement de complaença en la família reconstituïda. És el cas en què el cònjuge o convivent de la mare, sabent que el fill de la seva parella no és fill seu, i per als supòsits en què no s'hagi determinat la relació de paternitat respecte d'un altre home, el reconeix com a fill generant-se d'aquesta manera una relació de filiació entre tots dos. Sovint passa que, després de la ruptura de matrimoni o parella estable amb la mare de la criatura, el reconeixedor perd tot interès a seguir exercint de pare i busca acabar

també amb aquesta relació de filiació i extingir així les obligacions que se'n deriven, amb el perjudici que això comporta per al menor.

És d'assenyalar que l'art. 235-27.4 CCCat disposa que el reconeixement de la paternitat fet en frau de llei és nul. L'acció de nul·litat és imprescriptible i pot ser exercida pel ministeri fiscal o per qualsevol persona amb interès directe i legítim. D'aquesta manera es tracten d'evitar els reconeixements de complaença i la seva posterior revocació que no beneficia de cap manera la persona menor d'edat.

Però no hi ha una norma paral·lela al Codi Civil espanyol i la doctrina debat sobre la possibilitat de revocació del reconeixement quan el reconeixedor era sabedor que no era el pare biològic en el moment d'emetre la declaració de voluntat - reconeixement de complaença -²⁸.

Algunes sentències, com la Sentència de l'Audiència Provincial de Pontevedra de 26 de setembre de 2014, amb base en la doctrina dels propis actes, havien resolt impedir la revocació del reconeixement de complaença²⁹.

No obstant això, el Tribunal Suprem senti la doctrina contrària a la STS 494/2016, de 15 de juliol³⁰. En aquesta STS, en què es tracta d'un supòsit de reconeixement

²⁸ Cal tenir en compte que, en la majoria dels casos resolts pels tribunals, la impugnació arriba amb el divorci de la parella, quan es plantegen les càrregues econòmiques a què ha de fer front el pare respecte el fill reconegut.

²⁹ En sentència de 26 setembre 2014, l'Audiència de Pontevedra advoca per la irrevocabilitat del reconeixement de complaença. Això es fonamenta en la pròpia naturalesa jurídica del reconeixement d'un fill, que no és una mera declaració de ciència, basada en la convicció que el reconegut és biològicament fill del reconeixedor, sinó una declaració de voluntat, un negoci jurídic pel qual es crea un vincle familiar, assumint la paternitat social i legalment, sent conscient, de vegades, el seu autor que això no es correspon amb la veritat biològica. Revocar tal negoci pugna amb la doctrina dels propis actes (en contra STS 2016). A més, si en un negoci essencialment revocable com és el testament, l'art. 741 CC salva el reconeixement d'un fill, que no es podria deixar sense efecte, encara que es revoqués el testament que el conté, no té lògica que, fora de l'àmbit testamentari, es permeti la impugnació del reconeixement de la mer canvi de voluntat del reconeixedor o de la mare, gairebé sempre en funció de l'empitjorament de les seves pròpies relacions personals. En tot cas, a més d'entrar en joc la no disponibilitat de l'estat civil, regit per normes d'ordre públic imperatives, el propi interès del menor es converteix en argument decisiu, segons l'esmentada sentència, ja que existint un vincle familiar amb el reconeixedor, a qui té com a pare, difícilment pot cohonestar aquell interès amb la revocabilitat del reconeixement. No obstant això, la mateixa disponibilitat de la filiació com a estat civil s'argumenta també, precisament, per alguns autors, per negar l'aplicació de la doctrina dels propis actes a la impugnació dels reconeixements de complaença, tot i contemplats aquests com un frau a les normes sobre la irrevocabilitat de l'adopció.

³⁰ En el mateix sentit la STS 713/2016, de 28 de novembre.

de complaença, l'aplicació dels estàndards de la bona fe s'efectua amb un clar biaix de gènere. El Tribunal Suprem nega l'aplicació dels principis de bona fe i la doctrina dels actes propis. Per contra, diu resoldre aplicant els principis de seguretat jurídica, indisponibilitat de l'estat civil, i interès superior del menor.

Diu la citada resolució que el reconeixement no és nul per ser de complaença, que la seva validesa no depèn de que es correspongui amb la veritat biològica (art. 138 CCE). I això malgrat que d'acord amb la STC 138/2005, de 26 de maig, les exigències del principi de veracitat biològica o prevalença de la veritat biològica, poden i han de cohonestar amb les que imposa el principi de seguretat jurídica en les relacions familiars i d'estabilitat dels estats civils, especialment en els menors d'edat.

Concretament afirma la STS 494/2016 que "No es pot sostenir la il·licitud de la causa del reconeixement de complaença sobre la base que la intenció del reconeixedor és fer néixer, al marge de les normes de l'adopció, una relació jurídica de filiació entre ell i la persona de la qual sap o té la convicció que no és fill biològic seu, ja que aquesta motivació no pot considerar-se contrària a la llei: l'autor d'un reconeixement de complaença no pretén (ni per descomptat aconseguirà) establir una relació jurídica de filiació adoptiva amb el reconegut. No es pot considerar tampoc una motivació contrària a l'ordre públic, quan el mateix legislador (avui la Llei 17/2006, de 26 de maig) permet amb gran amplitud les tècniques de reproducció humana assistida amb gàmetes o preembrions de donants. Ni contrària a la moral: es constata que els reconeixements de complaença de la paternitat són freqüents, i no s'aprecia que suscitin retret social; el que suggereix que compleixen una funció que, normalment -quan la convivència entre el reconeixedor i la mare del reconegut perdura-, s'ajusta als desitjos i satisfà bé els interessos de tots els concernits (...) En la contestació a la demanda, el representant de la Sra. Rosalia va al·legar que: "(...) arran de diversos anys de convivència, dos d'ells casats, i una vegada que el matrimoni va decidir tenir descendència, l'avui actor va plantejar al meu presentada la conveniència de reconèixer abans a la filla perquè tots els fills tinguessin els mateixos cognoms i no fossin objecte de comentaris entre tots els companys una vegada que els escolaritzessin".

Justifica aquesta mateixa resolució que: "Sembla creïble, es comprèn humanament, i tot va poder acabar bé. Cal comprendre també les reticències de la gent comuna davant la solució alternativa de l'adopció. Els reconeixements de complaença no són, doncs, una pràctica que el braç armat del Dret hagi de combatre. " I que "(...) Tampoc cal invocar a aquest efecte del que disposa l'article 7.1 CC (doctrina dels actes propis), ja que les qüestions d'estat civil són d'ordre públic no disponible (art. 1814 CC)".

I afegeix que: "És cert que l'article 8.1 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció assistida, prohibeix impugnar la seva paternitat al marit que hagi prestat consentiment formal, previ i exprés a la fecundació de la seva dona amb contribució de donant; però la diferència entre aquest tipus de casos i els reconeixements de complaença de la paternitat és clara i decisiva: el reconeixedor de complaença és aliè a la decisió de la mare d'engendrar a què serà reconegut per aquell ". I que: "No sembla justa una visió general dels reconeixadors de complaença com a persones frívols o inconstants, els capritxosos canvis d'opinió no pugui el Dret tolerar: a les que s'hagi de privar de tota possibilitat de reconstruir la seva vida afectiva i familiar, tot i que s'hagi trencat la convivència amb la mare del reconegut malgrat la qual cosa, en la normalitat dels casos, preveïen i desitjaven que ocorregués. La solució que, tot i ser reconeixadors de complaença, puguin tenir aquesta possibilitat oberta durant els breus terminis de caducitat establerts amb caràcter general en els articles 136 i 140.2 CC, ens sembla una solució moderada, que conjuga adequadament els interessos en joc. "

D'aquesta manera, argumentant que no es tracta d'un "reconeixement de conveniència" amb frau de llei, sinó d'un reconeixement de complaença; i excloent l'aplicació de la doctrina dels actes propis, atès que les qüestions d'estat civil són d'ordre públic no disponible, la STS 494/2016 permet a qui havia reconegut ser pare impugnar la paternitat.

Amb molt d'encert, el magistrat Excm. Sr. Xavier O'CALLAGHAN expressa en el seu vot particular de la STS de 4 de juliol de 2011 la necessitat d'un canvi de doctrina de TS, amb base en els valors socials -que han de traslladar-se a la solució mitjançant l'aplicació del principi general de la bona fe-: "en paraules

planes i en síntesi, el cas ho resollem en forma veritablement sagnant: un home s'enamora d'una dona soltera que té un fill reconegut només per ella, d'una relació anterior, ell, en la calor del seu enamorament reconeix a aquell fill com a seu, sabent que no ho és; més tard s'extingeix aquell amor i trenca, com si fos un simple paper, aquell reconeixement i, amb això, l'estat civil d'aquell nen (o ja noi o ja home). En altres paraules, el seu reconeixement depèn exclusivament de la voluntat del reconeixedor; quan el reconeixedor es baralla amb la dona, se separa i s'acaba la possessió d'estat amb el reconegut. S'aplica realment el paràgraf primer de l'article 140 del Codi civil al·legant el reconeixedor que no és pare (el que és cert), prescindint que ho sabia i acceptava quan va reconèixer (el que també és cert). La realitat social i l'ordenament entenc que no ho admeten i espero que la Sala -més aviat o més tard- canviï el criteri que ara s'ha mantingut en el ple i impedeixi aquest desgavell ...”.

En la nostra opinió és urgent una reforma del Codi Civil espanyol que, en la línia del Codi Civil de Catalunya disposi la nul·litat del reconeixement fet en frau de llei.

2.3.5. Atribució de l'ús de l'habitatge familiar. Especial consideració del supòsit d'existència de germans de vincle senzill

Les regles sobre atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar es basen en la dada de l'existència o no de fills comuns i desatenen la possibilitat que convisquin amb la família fills no comuns.

Així, l'art. 96.1 CC estableix que "En defecte d'acord dels cònjuges aprovat pel jutge, l'ús de l'habitatge familiar i dels objectes d'ús ordinari que hi hagin corresponen als fills comuns menors d'edat i al cònjuge en quina companyia quedin" i l'art. 233-20 CCCat disposa que "si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, preferentment, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre dura aquesta."

Això obliga els tribunals a efectuar interpretacions forçades de la norma en recerca de la justícia material de cas concret i l'interès superior dels menors.

En aquest sentit, hi ha dos pronunciaments recents del Tribunal Suprem sobre aquesta qüestió que mereixen ser comentats. Són dues sentències que posen de manifest la necessitat d'adaptar la normativa relativa als efectes de les crisis matrimonials que estan pensades per a les crisis de les "primeres" famílies, però no de les famílies reconstituïdes o recompostes:

La STS 563/2017, de 17 d'octubre. En el cas d'actuacions, la senyora Raimunda va formular demanda d'adopció de mesures definitives en les que, entre altres, va sol·licitar se li atribuís l'ús de l'habitatge familiar, com progenitora custòdia de la seva filla menor Zaira, nascuda el 2008, havent-la d'abandonar el pare, Don Justinià. L'oposició a aquesta mesura per part el demandat es justifica pel perjudici que la mateixa produiria a la seva altra filla menor, Victòria, nascuda el 2000, fruit d'una relació anterior i que havia conviscut amb ells durant els vuit anys que havia durat la relació, per ser el d'aquesta filla l'interès més necessitat de protecció, i perquè l'habitatge és propietat dels seus pares, disposant la Sra. Raimunda d'una altra habitatge adequat a les seves necessitats, també de propietat familiar.

El TS reconeix que "L'article 96 del Codi Civil no contempla la situació familiar que deriva de l'interès de dues filles de mares diferents per mantenir-se en la mateixa casa, que és a més propietat dels pares d'un d'ells, el que posa en evidència una vegada més la necessitat d'un canvi legislatiu que s'adapti a aquestes noves realitats. "

I disposa el TS que:

"L'aplicació analògica que ha fet la sentència, incardinant la mesura d'ús en el paràgraf 2n i no en el 1r de l'article 96, és correcta perquè: 1. només en cas de pluralitat de fills i custòdia dividida es concedeix normativament al jutge la decisió d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar a un i altre progenitor en el que ha existit una convivència estable. 2.-És cert que el pare de Victòria no té atribuïda la custòdia d'aquesta filla, germana de vincle senzill de Zaira, que no és part en aquest litigi. És, però, fet provat de la sentència que l'habitatge litigiós ha constituït la residència familiar estable de les dues nenes, el seu lloc de trobada, durant períodes amplis, tot i no ser

propietat de cap dels progenitors, la qual cosa ha permès no només una efectiva comunicació entre les germanes de vincle senzill, sinó omplir una de les indicacions en les que el Codi Civil objectiva l'interès del menor: procurar <no separar els germans> (article 92.5). Que les filles siguin de progenitores diferents no ha de donar lloc al fet que aquesta unió entre les dues quedi desfavorida mitjançant l'atribució de l'ús a la part recurrent a través del paràgraf 1r de l'article 96 del Codi Civil, per ser la progenitora en la companyia queda la filla. No fent-ho, s'aconsegueix mantenir la trobada entre Victòria i Zaira en l'habitatge que va ser de les dues ja que si l'ús s'atribueix a Zaira i la seva mare, sota la custòdia de la que queda, es veuria desplaçada l'altra filla menor del pare i <desfavorides ambdues en les seves necessitats de convivència amb el progenitor que tenen en comú>, el que no és conforme amb l'interès familiar preferent i necessitat de major protecció al entorpir <el desenvolupament vital comú de les filles, custòdia i comunicació entre elles> en els períodes de convivència amb el pare. (...) Existeix en aquest cas un altre habitatge a la mateixa zona, que va constituir el domicili de la recurrent abans d'iniciar-se la convivència amb el demandat, propietat familiar, i de la qual no nega que pugui utilitzar-la, ni oposa raons per considerar-la inadequada (...) La sentència 695/2011, de 10 d'octubre va establir la doctrina següent: <el jutge pot atribuir l'ús d'un habitatge que no sigui el que s'està ocupant en concepte d'habitatge familiar quan l'immoble que s'està utilitzant pertanyi a terceres persones amb vista a protegir l'interès dels menors i això sempre que la residència que s'atribueixi sigui adequada per satisfer les necessitats dels fills>. Doncs bé, l'habitatge que va ser familiar d'aquesta segona relació és propietat dels pares del demandat, de manera que atribuir el seu ús a la filla i a la mare que ostenta la guarda i custòdia, corre el risc de resultar inútil, ja que els seus propietaris poden recuperar-la mitjançant l'exercici de l'acció de desnonament per precari (...) Això perjudicaria la menor, l'interès és el que ha de presidir l'atribució de l'habitatge” (sentències 695/2011, de 10 d'octubre; 596/2015, de 30 d'octubre, 279/2016, de 28 d'abril).

La STS 79/2018, de 14 de febrer, es remet a la doctrina establerta a la STS 563/2017. La qüestió que es planteja en aquest cas és també la de a qui s'ha d'atribuir l'ús i gaudi del domicili familiar quan hi ha fills o filles menors de diferents relacions. La recurrent, que té la guarda exclusiva del seu fill menor comú de dos anys d'edat, sol·licita l'ús de l'habitatge familiar per aplicació de l'art. 96 CC. Aquest ús havia estat atribuït al pare, que al seu torn tenia atribuïda en exclusiva la guarda i custòdia de les filles nascudes d'una relació anterior i que és el titular de l'habitatge.

El TS reitera que no procedeix una aplicació automàtica de l'art. 96 CCE. Destaca que l'habitatge és privatiu del demandat i es troba gravat amb una hipoteca amb una quota d'amortització de 550 euros mensuals i que, sent els ingressos mensuals del demandat d'uns 1500 euros mensuals, l'ús de l'habitatge li és imprescindible per garantir la convivència, la cura i la manutenció d'altres dues filles menors al seu càrrec hagudes d'una relació anterior.

L'anterior posa en evidència, tal com es ve repetint, la necessitat de prendre en consideració els diferents models familiars existents al regular les crisis matrimonials o de parella. Cal atendre, especialment, la possibilitat que hi hagi fills comuns i fills no comuns en les famílies recompostes -germans de vincle senzill-.

I un supòsit específic a considerar és aquell en què no hi ha fills comuns, però si conviuen amb la família reconstituïda fills o filles d'un dels membres de la parella.

Conforme la legislació vigent, en cas de ruptura del matrimoni, es podrà atribuir l'ús de l'habitatge familiar a aquell dels dos cònjuges que és progenitor únicament quan que en ell concorri l'interès més necessitat de protecció, però no es contempla l'atribució per motiu de la convivència amb els seus fills no comuns (art. 96 CC i art. 233-30 CCCat).

I, per al cas de la ruptura de la parella estable ni tan sols es preveu aquesta possibilitat. Per descomptat no es planteja en el Codi Civil espanyol, que no estableix els efectes de l'extinció de la parella de fet. Però cal notar que tampoc el dret català, que preveu un règim jurídic de les parelles estables i una norma específica sobre l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar després de

la ruptura de la parella, preveu la possibilitat d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar al convivent no titular amb fills o filles menors quan aquests no són comuns (art. 234-8 CCCat).

2.4. Efectes que la constitució d'una nova família produeix sobre els membres de la família d'origen

La formació d'una nova família per part d'un o dels dos cònjuges o convivents de la família originària no és neutra per a la resta de membres d'aquella. Suposa una nova circumstància que pot fer variar les mesures definitives adoptades en el procediment de separació, divorci o ruptura de la parella anterior, tant les d'abast econòmic com les d'abast personal i afectar directament -en general en sentit negatiu- a l'excònjuge i als fills de la relació anterior. Consideració especial mereix l'afectació que provoca sobre el dret a l'ús del domicili familiar que s'ha atorgat a qui forma la família reconstituïda.

D'una banda, els fills haguts en la família recomposta són considerats una nova circumstància o circumstància sobrevinguda que pot suposar un canvi substancial i comportar una disminució de les possibilitats econòmiques del creditor amb la corresponent rebaixa o extinció d'una pensió compensatòria a l'excònjuge o de la pensió d'aliments als fills haguts d'una relació anterior³¹.

D'altra banda, la formació d'una nova família per part d'un dels progenitors també pot tenir efectes en l'atribució de la guarda dels menors que hi ha hagut en l'anterior relació. És d'assenyalar que els tribunals tenen en compte a aquests

³¹ Vid. per totes la STS 250/2013 de 30 abril que afirma que: "... Sens dubte el naixement de nous fills, tant en seu matrimonial normalitzada com en una altra posterior després de la ruptura, determina una redistribució econòmica dels recursos econòmics dels que estan obligats a alimentar-los per afrontar les seves necessitats. No és el mateix alimentar un que a més fills, però si és la mateixa l'obligació que s'imposa en benefici de tots ells. El fet que el naixement es produeixi per decisió voluntària o involuntària del deutor d'una prestació d'aquesta classe, no implica que l'obligació no pugui modificar-se en benefici de tots, a partir d'una distinció que no té cap suport entre uns i altres, per més que es produeixi per la lliure voluntat de l'obligat. El tractament jurídic és el mateix ja que deriva de la relació paternofilial. Tots ells són iguals davant la llei i tots tenen el mateix dret a percebre aliments dels seus progenitors, d'acord amb l'article 39 de la Constitució, sense que hi hagi un crèdit preferent a favor dels nascuts a la primitiva unió respecte dels que hi ha hagut d'una altra posterior, fruit d'una nova relació de matrimoni o d'una unió de fet el alimentant. És a dir, el naixement d'un nou fill si que per suposar una modificació substancial de les circumstàncies que es van tenir en compte en el moment de fixar-los a favor dels anteriors ... "

efectes la dada de la relació personal entre el cònjuge o convivent del progenitor a les famílies reconstituïdes. En aquest sentit, Joan CERDÀ³² ha posat de manifest com aquesta relació personal incideix en la casuística judicial en la solució de la sol·licitud o revisió de la custòdia dels menors, especialment quan es sol·licita la custòdia compartida en un procediment de modificació de mesures d'una ruptura de parella anterior. De vegades, la sol·licitud de la custòdia compartida es recolza en la bona relació de menor amb la una nova parella del progenitor que assumeix un paper destacat i els germans de vincle senzill, i la bona integració del menor en una nova unitat familiar (família reconstituïda).

En aquesta línia, la SAP Barcelona 28/2019, de 17 de gener, resol un procediment de modificació de mesures en què el pare sol·licita passar d'un règim de custòdia de la mare a un règim de custòdia compartida, i expressament reconeix que "(...) en el present cas hi ha diverses variacions importants respecte de les previstes per les dues parts a el temps de convenir seu divorci (...) una d'elles és que el pare ha reconstituït família en domicili propi de lloguer, que està a la mateixa distància del centre escolar que ho està el domicili matern; que els nens tenen un nou germà per part de pare i que aquest té un nou treball com a cuiner amb horari més estable, sense canvis de torn i amb certa flexibilitat d'entrada i sortida que li ha de permetre organitzar els seus deures de cura i atenció als fills ja sigui directament o a través de terceres persones de confiança (...). "

I la formació d'una família recomposta produeix efectes, així mateix, amb relació a l'extinció de l'ús de l'habitatge familiar atribuït després de la ruptura de la primera família. En remetem en aquesta qüestió al que s'ha explicat al tractar sobre l'extinció del dret d'ús de l'habitatge familiar en un apartat anterior.

³² CERDA SUBIRACHS, Joan. (2019). *La modificación de medidas en la sociedad líquida*, Tesis doctoral inèdita, Universitat Autònoma de Barcelona.
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/665795/jcs1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

3. El procediment judicial

La protecció dels drets dels nens, nenes i adolescents en el trencament familiar requereix també d'una urgent reformulació i revisió dels procediments judicials. Cal dissenyar i implementar un nou sistema que se centri en les necessitats dels nens, nenes i adolescents i protegeixi el seu benestar -preservant-los en la mesura que sigui possible del conflicte- i prengui en consideració la seva voluntat i escolti la seva opinió en tot allò que els afecti.

Aquest canvi de model és essencial per tractar d'evitar els efectes perniciosos i irreversibles que es produeixen i deriven dels procediments judicials en l'actualitat. Els fills i filles ja han viscut l'estrès de la crisi de parella dels seus progenitors i, quan ja és efectiva la ruptura de la família, el procediment judicial ha de tractar de preservar els seus interessos al marge de les possibles lluites de poder i enfrontaments econòmics dels seus progenitors. En tot cas, cal no oblidar que els fills i filles han de participar de les decisions que els afecten i han de ser escoltats i escoltades i cal prendre en consideració els seus desitjos i opinions.

Per a això és necessària una revisió i reformulació del procediment de família que aconsegueixi disminuir el patiment de totes les persones afectades, especialment les menors i que passa per: a) una major especialització dels òrgans judicials i dels operadors jurídics; b) la recerca d'una justícia terapèutica amb la reducció de la conflictivitat mitjançant el recurs a tècniques de resolució de conflictes com la mediació i la justícia col·laborativa; c) la revisió de determinats aspectes dels procediments judicials per tal que siguin més garantistes amb les persones menors, tals com: l'adopció d'ofici de les garanties necessàries per part de l'autoritat judicial; l'audiència de la persona menor; i el recurs a figures com la coordinació parental.

3.1. L'especialització dels òrgans judicials i dels operadors jurídics en els procediments de família.

El dret de família pren com a pressupost fets i condicions de la persona que la relaciona amb altres persones per raó de l'establiment d'un vincle jurídic com el

matrimoni, de l'existència de parentiu entre elles, de la relació de generació o de la comunitat de vida.

El dret de família té un abast personal, en tant que tracta de les qüestions relatives a l'estat personal dels subjectes i un abast econòmic o patrimonial, perquè regula les relacions econòmiques que es produeixen entre les persones en relació. Tracta les qüestions que afecten d'una forma més directa i immediata a la persona i a l'ús i desenvolupament dels seus drets fonamentals: la família, el matrimoni, la convivència, la filiació, la protecció de les persones menors d'edat, de la gent gran i amb discapacitat. Afers íntims i extraordinàriament importants en la vida de la persona alhora que fonamentals en el desenvolupament de la societat.

Tradicionalment s'ha assenyalat l'existència de notes pròpies i distintives del dret de família que permeten que es signifiqui com una branca o part diferenciada del dret civil. La doctrina destaca de forma unànime que els caràcters propis del dret de família obliguen a matisar les regles aplicables en altres matèries de dret civil. Entre les seves característiques particulars s'expliquen:

- a) La limitació del principi d'autonomia de la voluntat: a més dels límits generals (art. 1255 CC: la llei, la moral i l'ordre públic), en el dret de família, la naturalesa dels interessos en joc comporta altres restriccions a la llibertat tant en l'àmbit de les relacions personals com en el de les relacions econòmiques. La major part del contingut de les mateixes queda sostret a l'autonomia privada.
- b) El principi d'indisponibilitat: no és possible realitzar negocis jurídics que comportin la transmissió, renúncia o transacció de les condicions personals familiars, i els drets i deures que s'atribueixen a les persones, per regla general, no poden alterar-se.
- c) El caràcter formal dels negocis: els actes jurídics que constitueixen, modifiquen o extingeixen situacions familiars acostumen a exigir forma per la seva transcendència i repercussió social.

- d) La importància de l'ètica i la moral: els valors ètics i morals de la societat influeixen de forma definitiva a les normes del dret de família, de manera que l'evolució social requereix de constants adaptacions i reformes del sistema legal.
- e) A nivell processal, els procediments de família són procediments especials amb unes regles específiques i especificitats diferenciades en les que, entre d'altres aspectes, la prevalença de l'interès superior de la persona menor trenca la rigidesa pròpia de la proposició i la pràctica de la prova, atenuant-se els principis de disposició, d'aportació de part i de preclusió dels terminis; i que fan que es limiti la publicitat de les sessions i que intervinguin altres subjectes, com el Ministeri Fiscal -de forma preceptiva-, i, en alguns supòsits, els equips tècnics judicials, el Punt de Trobada, o auxiliars com el coordinador de parentalitat. També, és freqüent la intervenció de perits i l'aportació de peritatges que caldrà examinar i que atenen a qüestions de caire subjectiu que han de ser valorades i ponderades per les parts.³³

Totes aquestes notes pròpies i específiques del dret de família evidencien l'oportunitat / necessitat que l'estudi i aplicació pràctica del dret de família es dugui a terme amb unes regles pròpies i específiques.

A més, la influència dels valors socials -ètics i morals- majoritaris en les normes del dret de família és decisiva a l'hora que impescindible, ja que és precisament en atenció a l'ètica dominant com s'ha de regular la societat i les relacions personals entre els individus que la componen.

La conseqüència immediata d'aquesta necessària interrelació entre els valors socials i el dret de família és que el continu canvi de valors que comporta la pròpia evolució de la societat ha d'anar acompanyat d'una constant adequació del dret de família. La reforma de la norma haurà d'anar per darrere del canvi social que la provoca -*ubi societas ibi ius*- però en un bon sistema jurídic, la

³³ Respecte d'aquest extrem, pot consultar-se: ABEL LLUCH, XAVIER (octubre-novembre 2019). El informe pericial psicológico en los procedimientos de familia: indicaciones técnicas para facilitar su valoración judicial. *Revista de Derecho de Familia Aranzadi*, p. 27-48.

norma ha de donar una resposta ràpida i eficaç a les demandes socials contínues i canviants d'una societat líquida - en termes de Bauman³⁴- i per això les reformes legislatives han de ser àgils i continuades.

A l'anterior cal afegir la necessitat de disposar de processos de família sumaris àgils, que aconseguixin donar una resposta eficaç als conflictes de família en temps més breus, ja que en aquest, més que en cap altre àmbit del dret, la lentitud de la justícia perjudica greument el justiciable, molt especialment a les persones més vulnerables: les persones menors d'edat, les persones d'edat avançada i les persones amb discapacitat.

En darrer terme, per atendre i resoldre degudament els conflictes de família és imprescindible que l'autoritat judicial sigui assistida per un equip multidisciplinari de tècnics -psicòlegs, treballadors socials...-i, la complexitat de la matèria que es dirimeix exigeix que tots els operadors jurídics comptin amb una formació específica.

En definitiva, l'àmbit del dret de família requereix una especialització adaptada a les seves pròpies característiques, amb l'oportuna especialització dels/les jutges/esses, advocats/des, fiscals i altres operadors jurídics; la facilitació del recurs a la mediació i a la col·laboració; la imprescindible participació dels equips de psicòlegs/es, treballadors/es i educadors/es socials; la creació / utilització d'espais adequats per a l'atenció a les persones menors; i la unificació de criteris entre els diferents jutjats de família. I això perquè l'especialització en aquest àmbit del dret civil és, sense cap dubte, la millor resposta, la més garantista de la tutela judicial efectiva de la ciutadania i també i més concretament de les persones menors d'edat.

En aquest sentit cal reclamar les actuacions i mesures necessàries per fer-la efectiva³⁵, més enllà de les previsions que recull la LOPIIA en la Disposició Final

³⁴ BAUMAN, Zygmunt (2004). *Modernidad líquida*, Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 8.

³⁵ En aquesta direcció treballa la Plataforma Derecho&Familia
<https://plataformafamiliayderecho.org/>

quarta, relativa a la formació especialitzada en drets de la infància i l'adolescència en les carreres judicial i fiscal.

Concretament pel que fa a l'ordre jurisdiccional civil, en matèria de família, la LOPIIA també ha introduït el mandat al legislador de garantir l'especialització dels òrgans judicials en *Infància, Família i Capacitat*.

Si bé és cert que es tracta d'un pas endavant en el reconeixement de la necessitat de protegir de forma efectiva i garantista els drets de les persones menors d'edat, està per veure com el legislador afrontarà aquest repte i si realment tindrà lloc l'especialització necessària i la dotació de recursos suficient que permeti la reestructuració del sistema i la implementació d'uns òrgans especialitzats integrats per personal sensibilitzat amb l'abast i transcendència de les decisions o peticions que es puguin sol·licitar i que funcionin de forma cohesionada amb d'altres professionals que necessàriament han d'auxiliar als operadors jurídics per poder dur a terme la tasca amb l'eficiència requerida.

Professionals de l'àmbit jurídic clamen per aquesta especialització de tots els professionals que intervinguin en aquests procediments, per la unificació de criteris entre els jutjats i per la creació dels Jutjats de *Infància, Família i Capacitat* a tot el territori redistribuint les competències i modificant el mapa judicial.³⁶

3.2. La justícia terapèutica

La justícia terapèutica parteix de la base que moltes patologies de la societat tenen el seu origen en un conflicte mal resolt, estudia el paper que exerceix la Llei i la seva aplicació en el procés legal com a agent terapèutic i busca propietats terapèutiques en les lleis i les polítiques públiques.

De manera específica, la justícia terapèutica analitza com incideix el sistema legal en el benestar psicoemocional de les persones que acudeixen a la Justícia³⁷, promou la humanització del Dret, i busca resoldre, al costat dels casos

³⁶ Vid. Conclusiones I Congrés de la Infància i l'Adolescència, celebrat a Madrid els dies 25 i 26 de març de 2021. Consultable a: <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/03/CONCLUSIONES.-I-CONGRESO-INFANCIA-Y-ADOLESCENCIA.pdf>

³⁷ Sobre aquesta qüestió es pot consultar: WEXLER, David B., OYHAMBURU, María Silvia, FARIÑA, Francisca. (2020). Justicia Terapéutica un Nuevo Paradigma Legal. Wolters Kluwer; i FARIÑA, Francisca, SEIJO, María Dolores, ARCE, Ramón, VÁZQUEZ, María José, (2017).

judicials, les causes que els originen³⁸. Els dictats de la justícia terapèutica són aplicables a qualsevol branca del dret; però, en el dret de família -per les seves característiques singulars i l'afectació que té sobre els aspectes més íntims de les persones- té una especial transcendència i resulta d'una perspectiva obligada quan els conflictes afecten persones menors d'edat³⁹.

Els procediments de ruptura de la parella -en veritat, de ruptura de la família- requereixen ser abordats pels agents jurídics tenint en compte l'estat psicoemocional dels seus membres i dels fills i filles, perquè el benestar emocional dels progenitors i de la resta de membres de la família facilita la coparentalitat positiva -a la que es refereix expressament la LOPIIA- i només d'aquesta manera s'aconsegueix protegir els drets de les persones menors d'edat. Els que sostenen el contrari⁴⁰, no valoren adequadament el superior interès de la persona menor ni posen en valor l'obligació de l'estat de protegir-la.

Mecanismes com la mediació, la justícia col·laborativa i la intervenció de figures facilitadores com la coordinació parental -als quals s'han d'afegir programes d'intervenció específics- són eines molt útils per aconseguir una justícia terapèutica, per a aconseguir, en definitiva, que el procediment ajudi a superar la ruptura familiar i no produeixi un major sofriment en les persones implicades. L'objectiu ha de ser desjudicialitzar en la major mesura possible els conflictes familiars.

Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma, Anuario de psicología jurídica, Nº. 27, p. 107-113.

³⁸ Vid. en aquest sentit la Guía del Consejo General del Poder Judicial sobre custodia compartida p. 28
<file:///C:/Users/Judith/AppData/Local/Temp/20200710%20Gu%C3%ADa%20de%20criterios%20de%20actuaci%C3%B3n%20judicial%20en%20materia%20de%20custodia%20compartida.pdf> (última consulta 8/11/2020)

³⁹ En aquest sentit, ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual. (2019). La justicia terapéutica en la jurisdicción de familia, Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales, por ANTÓN MORENO, Mari Paz; PÉREZ VALLEJO, Ana María (coords.) p. 267-279.

⁴⁰ En aquest sentit CARRASCO PERERA, Angel. (2018). Terapia del Derecho en los tribunales de familia, Actualidad Jurídica Aranzadi, num.943/2018, p. 6.

3.3. El recurs a la mediació i als mecanismes adequats de solució de controvèrsies

3.3.1. Marc normatiu

El principal camp de desenvolupament de la mediació, com a tècnica de resolució de conflictes ha estat i continua sent l'àmbit d'ells conflictes familiars.

La Recomanació número R (98) 1 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa als Estats membres va suposar un impuls rellevant per a la implantació de la mediació familiar en diversos territoris de l'Estat espanyol.

La primera Comunitat que es va dotar de legislació va ser Catalunya, amb la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar. Aquesta llei va ser derogada i substituïda per la Llei de mediació en l'àmbit de dret privat (Llei 15/2009, de 22 de juliol), que amplia el seu objecte d'aplicació a més de qualsevol conflicte en l'àmbit familiar, a altres conflictes caracteritzats també per la presència d'un element relacional determinant - "qualsevol tipus de qüestió o pretensió en matèria de dret privat que es pugui conèixer en un procés judicial i que es caracteritzi perquè s'hagi trencat la comunicació personal entre les parts, si aquestes han de mantenir relacions en el futur "(art. 2.2) - com a) Els conflictes relacionals sorgits en l'àmbit de les associacions i fundacions; b) Els conflictes relacionals en l'àmbit de la propietat horitzontal i en l'organització de la vida ordinària de les urbanitzacions; c) Les diferències greus en l'àmbit de la convivència ciutadana o social per evitar la iniciació de litigis davant dels jutjats; d) Els conflictes derivats d'una diferent interpretació de la realitat a causa de la coexistència de les diverses cultures presents a Catalunya; e) Qualsevol altre conflicte de caràcter privat en què les parts hagin de mantenir relacions personals en el futur, si, raonablement, encara es pot evitar la iniciació d'un litigi davant dels jutjats o se'n pot afavorir la transacció.

Altres comunitats autònomes han legislat en matèria de mediació: Andalusia; Aragó, Astúries, Canàries, Cantàbria, Castella La Manxa, Castella i Lleó, Comunitat Valenciana, Galícia; Illes Balears; Comunitat de Madrid i País Basc. Totes elles han aprovat normes que regulen bàsicament la mediació familiar,

amb dues excepcions: les lleis catalana -que com hem vist s'obre a altres assumptes de dret privat- i la càntabra que arriba a regular també la mediació en l'àmbit del dret administratiu o de dret laboral.

El 21 de maig de 2008, el Parlament Europeu i el Consell, van aprovar la Directiva 2008/52/CE, sobre certs aspectes de la mediació en matèria civil i mercantil que procurava facilitar l'accés a modalitats alternatives de resolució de litigis i fomentar-ne la resolució amistosa, mitjançant la promoció del recurs a la mediació i la garantia d'una relació raonable entre la mediació i el procés judicial. En l'informe de la Comissió Europea de 26 d'agost de 2016, es posava de manifest que, de conformitat amb l'article 11 de la Directiva, si bé la mediació era beneficiosa generalment en matèria civil i mercantil, ho era encara més en l'àmbit del dret de família, en què podia crear un ambient constructiu per a les negociacions i garantir un tracte just entre mares i pares.

En aquell moment ja calia afrontar el repte de desjudicialització dels processos de família implementant dissenys o estructures menys conflictives o bel·ligerants per les famílies, entenent la necessària implementació de la mediació com un repte per la justícia, per la “modernització de les seves estructures i les seves metodologies”, tal i com ja afirmava Pascual ORTUÑO⁴¹, que afegia que “la mediació contribueix, tal i com ja ha fet amb els països de tradició de *common-law*, a la millora de la qualitat de la justícia, ja que és una eina d'eficàcia contrastada (...) i és un recurs que evita dinàmiques de guanyadors i vençuts, oferint una oportunitat als ciutadans per a que transformin les seves disputes en relacions viables de col·laboració”.

En l'àmbit estatal, la DF 3a de la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi Civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci, obligava a el Govern a remetre a les Corts Generals un projecte de llei sobre mediació basada en els principis establerts en les disposicions de la Unió Europea. Però no va ser fins després de l'aprovació de la Directiva 2008/52/CE que es va aprovar la Llei estatal 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes

⁴¹ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual (2008). A propósito del ámbito de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.20/2008.

civils i mercantils. Aquesta Llei és d'aplicació a les mediacions en assumptes civils o mercantils, inclosos els conflictes transfronterers, sempre que no afectin a drets i obligacions que no estiguin a disposició de les parts en virtut de la legislació aplicable. Per contra, queden exclosos, en tot cas, de l'àmbit d'aplicació d'aquesta Llei la mediació penal; la mediació amb les administracions públiques i la mediació laboral (art. 2). Alguns aspectes d'aquesta Llei es troben desenvolupats al Reial Decret 980/2013, de 13 de desembre.

En tot cas, les finalitats pròpies de la mediació la converteixen en un sistema de resolució de conflictes especialment eficaç en l'àmbit dels conflictes familiars, ja que entre els seus objectius s'expliquen:

- a) Construir relacions i afavorir la comunicació, elevat la satisfacció psicològica i personal;
- b) Disminuir tensions i fomentar el comportament pacífic, encoratjant la cooperació;
- c) Limitar les conseqüències negatives per als fills, facilitant assumir la nova situació familiar; garantir el seu dret i necessitat de tenir a tots dos progenitors; evitar sentiments de culpabilitat; i proporcionar-los una informació adequada a la seva edat;
- d) Permetre que les responsabilitats siguin assumides pels participants;
- e) Ajustar els acords o opcions a les necessitats reals;
- f) Evitar el sentiment guanyador / perdedor;
- g) Afavorir la flexibilitat i la col·laboració davant els canvis;
- h) Disminuir el cost afectiu, econòmic i temporal; i
- i) Aconseguir un alt grau de compliment de les resolucions judicials.

En aquesta línia l'art. 28 LOPIIA disposa que, a fi de garantir que la ruptura dels progenitors no impliqui conseqüències perjudicials pel benestar i ple desenvolupament dels fills i filles menors d'edat, les Administracions Públiques han de prendre mesures, en les situacions de ruptura familiar, per al impuls dels gabinets psicosocials dels jutjats així com de serveis de mediació i conciliació, amb ple respecte a l'autonomia dels progenitors i dels nens, nenes i adolescents implicats.

3.3.2. Anàlisi de la situació i últimes regulacions

Tot i els intents del legislador i de gran part dels operadors jurídics per a donar a conèixer, implementar i promoure el recurs a la mediació com a model de resolució pacífica del conflicte i com a eina rehabilitadora del diàleg entre els progenitors, amb les conseqüències favorables que això suposa pels fills i filles, certament, a la pràctica, de moment no es pot afirmar que s'hagi estès aquest model ni tampoc que la implementació del mateix hagi estat un èxit.

Contràriament, els procediments judicials contenciosos han continuat a l'alça i si analitzem les dades estadístiques a Catalunya podem observar que mentre al 2012 es van donar tràmit a 2.091 sol·licituds de mediació en l'àmbit del dret de família, al 2020 el nombre de sol·licituds va ser de 1.817⁴²; tot i els intents de derivació de les parts a instància dels Jutjats a sessions informatives de mediació per a promoure i donar a conèixer el recurs. Aquestes xifres cal posar-les en relació amb l'increment dels procediments judicials, que no han deixat d'augmentar. A l'àmbit català, si ens centrem només en els Jutjats de família -als partits judicials a on existeixen òrgans especialitzats- si al 2012 van tenir entrada 9.397 demandes, al 2020, segons les dades provisionals publicades, la xifra era de 13.592⁴³; sense comptar els procediments de família instats davant jutjats de primera instància o a jutjats de primera instància i instrucció, en els partits judicials o municipis que no compten amb òrgan especialitzat. Si bé és cert que no tenim accés a dades que ens permetin conèixer si els procediments van finalitzar amb acord o tampoc si, d'inici, eren instats com a procediment

⁴² Font: <http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/mediacio/>

⁴³ Font: <http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/aj/>

contenciós o de mutu acord, s'infereix d'aquestes dades que el recurs pel ciutadà al jutjat és principal o prioritari, potser per desconeixement o per desconfiança en el mecanisme de la mediació, el que fa advertir que, de moment, no s'ha aconseguit traslladar al ciutadà les oportunitats que ofereix aquest valuós recurs.

Sembla que existeix una resistència social al reconeixement d'altres mecanismes adequats de solució de controvèrsies (ADR o MASC) que no passin per recórrer a la figura de l'autoritat judicial. En aquest sentit, Pascual ORTUÑO (2012) venia afirmant que "la inserció de la mediació com a mètode alternatiu de resolució de conflictes en el sistema de justícia espanyol es un procés complex que presenta múltiples problemes (...) La cultura del consens és aliena a la nostra tradició jurídica"⁴⁴. El magistrat apuntava la necessitat d'estudiar tècniques de negociació i potenciar habilitats i competències per a la conciliació ja des de la facultat de Dret. Encara ara aquestes habilitats i tècniques, inclús el procediment de mediació com a tal (des de com es pot iniciar, fins com es desenvolupa i les conseqüències per les parts de l'acord que s'adopti) son desconegudes per part de gran part dels operadors jurídics. Segons ORTUÑO, en el marc estatal el desinterès per la mediació en el camp del dret ha estat preocupant i no fou fins la publicació de la Directiva -la ja referida Directiva 2008/52/CE, sobre certs aspectes de la mediació en matèria civil i mercantil- que se l'ha tingut en consideració, tractant, a partir de la mateixa, d'introduir la mediació en el nostre sistema jurídic "sense, en aquell moment, una base de coneixement sòlida des del punt de vista acadèmic i de la investigació jurídica, amb alguna excepció notable" -destacava l'autor, en aquest sentit, la publicació del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya-⁴⁵.

Val a dir, però, que malgrat la nostra tradició històrica és aliena a aquests recursos, des de fa uns anys, que han anat proliferant les normes relatives a la mediació, son molts els professionals del Dret que s'han interessat pel recurs i

⁴⁴ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (2012) *Apuntes sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil*, consultable a <https://pascualortuno.files.wordpress.com/2013/04/apuntes-ley-5-2012-med-civil-mercantil-po.pdf> (última consulta 20/09/2021)

⁴⁵ CASANOVAS, Pompeu, MAGRE Jaume, LAUROBA M.^a Elena. (COORDS) (2010). *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Generalitat de Catalunya. Consultable a: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/libres_fora_colleccio/libre_blanco_mediacio.pdf. (Última consulta 20/09/2021)

han potenciat la divulgació del mateix, especialitzant-se en el mètode i esforçant-se per construir un sistema de mediació de gran qualitat. La investigació i recerca en la matèria ha augmentat considerablement i els estudis superiors en matèria de mediació i altres mecanismes adequats de solució de controvèrsies cada vegada han anat suscitant més interès i son més nombrosos. L'enorme i creixent interès pels professionals del dret contrasta amb el fet que molts ciutadans, a la pràctica, segueixen mostrant poc reconeixement o reticències a l'hora de recórrer a aquest mètode.

A nivell estatal, en aquest context, al gener de 2019 es va aprovar pel Consell de Ministres l'Avantprojecte de Llei d'impuls a la mediació, que preveu, entre d'altres extrems, establir com a requisit de procedibilitat de determinats procediments l'intent de mediació. En aquest sentit, l'avantprojecte preveu la necessitat d'acompanyar a la demanda com a document una certificació o còpia simple de l'acta elaborada pel mediador/a en la que es facin constar les circumstàncies de la convocatòria de les parts o la falta de justificació de la inassistència -en el seu cas- en els supòsits que hagi de ser preceptiu el seu intent com a requisit de procedibilitat; així com la possibilitat que l'autoritat judicial derivi un procediment a mediació (mediació intrajudicial) si no s'ha intentat amb caràcter previ al procés -en casos que no sigui preceptiu-. Aquesta mitigació del principi de voluntarietat que inspira la mediació i que s'articula en aquest Avantprojecte persegueix fomentar l'ús de la Mediació i la seva proliferació en el sistema judicial. A més, també es preveu incloure la intervenció del mediador/a en el contingut material del dret a l'assistència jurídica gratuïta en els supòsits que aquesta sigui requisit de procedibilitat o resulti de la derivació judicial; així com la imposició de costes malgrat no ser la intervenció de professionals preceptiva si no concorre justa causa per haver-se negat a intentar la mediació i el no afavoriment en matèria de costes a la part que no hagi volgut intentar mediació extrajudicial. De moment, però, no s'ha donat continuïtat a la seva tramitació i l'articulat ha quedat una mica desdibuixat amb l'Avantprojecte de Llei de Mesures d'Eficiència Processal del Servei Públic de Justícia aprovat al mes de desembre de 2020, al que farem referència més endavant.

D'aquí que cal valorar molt positivament la iniciativa del legislador català amb la Llei 9/2020, del 31 de juliol, de modificació del llibre segon del Codi civil de

Catalunya, relatiu a la persona i la família, i de la Llei 15/2009, de mediació en l'àmbit del dret privat. Tal com explica la seva exposició de motius:

“Aquesta llei té com a objectiu fomentar la mediació i evitar que la manca d'informació i el desconeixement d'aquest mitjà de resolució alternatiu de conflictes inclini preferentment les parts i els professionals a recórrer a la via litigiosa (...) Més concretament, es pretén potenciar la mediació en l'àmbit dels conflictes familiars, especialment en els que afecten els menors d'edat, atenent llur interès superior, tot establint l'obligatorietat de la sessió prèvia sobre mediació, llevat lògicament dels supòsits en què el recurs a la mediació estigui legalment exclòs. En aquesta sessió prèvia s'informa les parts del funcionament, les característiques i els beneficis de la mediació, per tal que, lliurement i fonamentadament, puguin analitzar i decidir si volen iniciar el procés de mediació. Així mateix, es preveu la possibilitat que la sessió prèvia pugui continuar amb una exploració del conflicte, si així ho acorden les parts, a les quals cal escoltar, opció que pot afavorir l'estalvi de temps i tràmits i acostar encara més les persones afectades a la mediació. Particularment, la iniciativa també pretén protegir els infants afectats pel conflicte, l'interès superior que els és propi i llur dret a mantenir les relacions personals amb els progenitors i amb altres membres de la família. Esdevé, per tant, una manifestació de l'article 3 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant, adoptada per les Nacions Unides el 1989, el qual obliga els estats a adoptar totes les mesures legislatives i administratives que siguin adequades per a assegurar als infants tota la protecció i l'atenció necessàries per a llur benestar, tenint en compte els drets i els deures dels pares. I és també una manifestació de l'article 40 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que obliga els poders públics a garantir la protecció dels infants, amb la precisió que en totes les actuacions que portin a terme l'interès superior de l'infant ha d'ésser prioritari. Per tot això, resulta coherent que l'autoritat judicial estigui informada de la manca d'assistència a la sessió prèvia, tant quan la mediació s'hagi pactat expressament entre les parts com quan l'autoritat judicial resolgui efectuar la derivació. Es tracta d'un principi que ja han adoptat altres textos legals sobre aquesta matèria, com ara l'article 17 de

la Llei de l'Estat 5/2012, del 6 de juliol, de mediació en afers civils i mercantils(...)"

La Llei 9/2020 modifica, doncs, el llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família i la Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat. La principal novetat és que estableix que la sessió prèvia sobre mediació té caràcter obligatori en els supòsits legalment fixats i que la manca d'assistència no justificada no està sotmesa a confidencialitat i ha d'ésser comunicada a l'autoritat judicial. Caldrà deixar passar un temps per comprovar si aquests canvis són efectius en potenciar la mediació en els supòsits de trencament familiar.

Fins l'entrada en vigor d'aquesta llei, ja a la pràctica processal alguns jutjats tractaven de donar a conèixer o facilitar l'accés al recurs, ja fos per raons d'economia processal -donat l'enorme col·lapse judicial existent-, o bé per la confiança en què altres mètodes de naturalesa pacífica son capaços d'oferir també una solució o un camí millor a les famílies. En aquest sentit, els jutjats oferien a les parts la possibilitat del recurs o inclús les requerien per tal que aportessin dades per ser contactades pel Centre de Mediació de Catalunya - abans Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya- sol·licitant el Jutjat que les contactessin per citar-les a una sessió informativa abans de la data assenyalada pel judici o la vista. A la pràctica processal era molt comú que les dues parts o una d'elles es neguessin inclús a assistir a la sessió informativa prèvia o tot i assistir-hi negava la possibilitat d'intentar la via de la mediació. Moltes vegades per desconeixement, per desconfiança o bé per no haver d'afrontar noves despeses al ja haver d'abonar els honoraris d'altres professionals (com ara advocat i procurador). I tot això malgrat els intents del legislador d'incloure el recurs a la mediació en els Plans de Parentalitat o d'incentivar l'accés a la mateixa oferint avantatges processals⁴⁶.

⁴⁶ En aquest sentit, LAUROBA LACASA, M^a Elena. (2018) Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?, *Revista InDret* nº 4.2018, que fa referència a l'article 233-7.3 CCCat: "3. Si la part que sol·licita judicialment la modificació de les mesures establertes per alteració substancial de circumstàncies ha intentat arribar a un acord extrajudicial iniciant un procés de mediació, la resolució judicial que modifica les mesures pot retrotreure els efectes a la data d'inici del procés de mediació.", i a l'article 233-9.3 CCCat: " 3. Les propostes de pla de parentalitat poden preveure la possibilitat de

És destacable el contingut de la Sentència nº 558/2019 de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 12ª), de data 19 de setembre de 2019, essent la seva ponent la Sra. Raquel Alastruey, davant un supòsit de negativa dels progenitors a comparèixer a la sessió informativa de la mediació. En el seu Fonament Jurídic quart, els magistrats posen de relleu que el manteniment en el litigi sense accedir a valorar altres possibilitats menys bel·ligerants conculca el principi de la bona fe processal i és contrari a l'interès superior del menor, afirmant que:

“el superior benefici dels nens que resulta el principi rector en les decisions judicials (art. 211-6 CCCat) va determinar que el Tribunal, abans que procedís la deliberació del cas, intentés que els progenitors anessin a mediació, ja que és l'espai confidencial i segur en el que las parts poden intentar gestionar adequadament i sense confrontació els seus veritables interessos i necessitats, que no podien ser altres més que garantir les condicions en què el fill ha de poder desenvolupar-se de forma equilibrada, gaudint de l'afecte, l'atenció, la cura i l'estima dels seus dos progenitors, de manera que ambdós puguin satisfer les seves necessitats tant materials, físiques i educatives com emocionals i afectives i es garanteixi el desenvolupament harmònic de la seva personalitat (art. 2 de la LOPJM) (...) Qualsevol pare o mare responsable sentiria la necessitat d'asseure's amb l'altre per posar en comú les dificultats del fill, les necessitats advertides com a no cobertes, i les diferents opcions -perquè no només n'hi ha una- per a fer front a aquestes situacions, que amb tota seguretat es reiteraran fins que el fill assoleixi la majoria d'edat (...) El Tribunal estima que negar (...) l'oportunitat que se'ls brindava d'informar-se sobre la mediació i assistir a una taula de diàleg en què poguessin encarar els seus temors i diferències sobre la manera de cuidar el seu fill, suposa una conculcació de les regles de la bona fe processal, tota vegada que mantenir-se en litigi ha de ser l'últim recurs, després d'haver exhaurit altres procediments pacífics per a la solució dels problemes sobre la criança del fill, que no son jurídics, que seria mereixedora de la sanció

recórrer a la mediació familiar per a resoldre les diferències derivades de l'aplicació del pla, o la conveniència de modificar-ne el contingut per a adaptar-lo a les necessitats de les diferents etapes de la vida dels fills.”

prevista a l'article 247 de la LEC. No obstant, la falta d'apercebiment sobre les conseqüències que la negativa pogués comportar (...) impedeix que en aquest cas s'imposi la multa corresponent.”

En l'àmbit estatal, cal considerar l'existència del *Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio público de Justicia*⁴⁷, que pretén introduir nombroses i significatives reformes de caire processal en els ordres jurisdiccionals civil, penal, laboral i contenciós-administratiu. Aquest Avantprojecte es formula amb ànim de reforçar la legitimitat en el sistema de justícia i la seva eficiència, atesa la lentitud dels procediments i el col·lapse dels jutjats, i per tal de pal·liar els efectes nocius que això genera als ciutadans, efectes que incideixen greument i limiten el seu dret a la tutela judicial efectiva.

L'Avantprojecte neix en el context de la crisi sanitària provocada per la pandèmia COVID-19, que, en l'àmbit judicial ha provocat un col·lapse encara més greu en la tramitació dels procediments. A l'Exposició de Motius ja es fa esment d'aquesta circumstància i a que es preveu que la litigiositat vagi en augment havent el sistema judicial de donar resposta a les noves qüestions que sens plantegin fruit de nous conflictes socials nascuts arran dels efectes de la pandèmia. Neix en un context de sistema judicial exhaust, bloquejat i del tot insostenible. Aquest text preveu la modificació de la LEC, de la LJV, i de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, entre d'altres, i ja en la seva Exposició de Motius al·ludeix a la necessària reformulació del sistema per dotar-lo de sostenibilitat i a l'establiment de tot un seguit de reformes, destacant les encaminades a impulsar la implementació i difusió d'altres mitjans de resolució de conflictes, com ara la mediació, ja consolidats en el dret comparat, partint de la base que “aquests mitjans redueixen el conflicte social, eviten la sobrecàrrega dels tribunals i son igualment adequats per a la solució de la immensa majoria de controvèrsies en matèria civil i mercantil (...) l'elecció del mitjà més adequat de solució de controvèrsies aporta qualitat a la Justícia i reporta satisfacció al ciutadà”. En aquesta mateixa Exposició de Motius es posa

⁴⁷ Avantprojecte de Llei de Mesures d'Eficiència Processal del Servei Públic de Justícia, publicat 15/12/2020. Consultable a: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>

en relleu el context normatiu existent dirigit a la implementació de la mediació i clarament es manifesta que aquesta no s'ha aconseguit amb la mateixa "potencialitat" que s'esperava i insisteix en la necessitat de donar compliment a les Recomanacions fetes per la Comissió Europea per tal de promoure i fomentar aquest recurs. Com a reformes més significatives, pel que fa al tema que ens ocupa, son destacables:

- a) El títol I de l'Avantprojecte fa referencia als "mitjans adequats de solució de controvèrsies" (MASC). S'inclou un concepte dels mateixos, definint-los com a "*qualsevol tipus d'activitat comercial* a la que les parts d'un conflicte acudeixen de bona fe amb l'objectiu de trobar una solució extrajudicial al mateix, ja sigui per si mateixes o amb la intervenció d'un tercer neutral" (Art.1.1) i s'estableix que en l'ordre jurisdiccional civil es considerarà, amb caràcter general, com a *requisit de procedibilitat* acreditar l'intent de negociació previ (Art. 1.3). Aquest requisit d'admissió del procediment judicial civil té algunes excepcions, com per exemple, la sol·licitud de mesures de l'article 158 CCE.
- b) Aquesta exigència prèvia a l'admissió no necessàriament es tradueix en què les parts hagin d'intentar el recurs a la mediació, sinó que pot acreditar-se àmpliament si es deixa constància de l'intent de negociació, ja sigui, negociació directa entre advocats, la formulació d'una oferta vinculant confidencial, la sol·licitud de dictamen a professional independent, la conciliació privada, o, inclús qualsevol altre activitat comercial sobre l'objecte del litigi. Per conciliació privada s'entén que les parts requereixen a una persona amb coneixements tècnics i jurídics la gestió de l'activitat comercial per tractar d'assolir un acord. La legitimació per a actuar com a persona conciliadora abasta diferents professionals - advocats, procuradors, graduats socials, notaris, registradors de la propietat, mediadors- (Art.12). Sembla un requisit força ampli, cal veure com s'aplicarà i cal esperar que a la pràctica no es converteixi en un tràmit burocràtic més. També, com s'ha referit, es preveu que aquest intent pugui ser acreditat si una de les parts emet una oferta vinculant confidencial a l'altre part (Art. 14) que té caràcter irrevocable, o si les parts

demanen de mutu acord dictamen no vinculant a un expert independent (Art.15).

- c) Per a la possible imposició de costes es tindrà en compte l'actitud de les parts cap al recurs a mecanismes adequats de solució de controvèrsies, considerant l'abús del recurs al servei públic de Justícia⁴⁸ una conculcació de la bona fe processal i preveient-se, a més, sancions econòmiques en aquest supòsit -de cent vuitanta a sis mil euros, amb un límit del terç de la quantia del procediment- (Art. 18, apartat 33 que modificarà l'article 247 de la LEC).

Per acabar, es necessari referir-nos a la possibilitat de la persona menor d'intervenir en el procediment de mediació i a com aquesta es troba regulada. Aquesta possibilitat d'intervenir en el mecanisme de la mediació per part de les persones menors "si tenen suficient coneixement, i, en tots els casos, els majors de dotze anys" per a poder intervenir en els procediments de mediació que els afectin es troba regulada a la Llei catalana 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit privat (Art.4.2). A més, aquest últim precepte afegeix que "excepcionalment" les persones menors poden instar la mediació en els supòsits de filiació, adopció i acollida que els afectin, així com en conflictes derivats de l'exercici de la potestat parental i/o l'exercici de la guarda, o en els derivats de la comunicació i relació entre progenitors, descendents, avis, nets i més parents i persones de l'àmbit familiar; i que, en cas de conflicte d'interessos poden participar assistits per un defensor o defensora. En l'àmbit estatal, la normativa relativa a la mediació, no conté, en canvi, cap precepte en aquest sentit.

⁴⁸ A la seva Exposició de Motius l'Avantprojecte preveu el que s'entén per abús al recurs: "actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad, como utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación. Será indudablemente la jurisprudencia la que irá delimitando los contornos de este nuevo concepto, como ya lo ha hecho a lo largo de muchos años en el análisis de la temeridad o la mala fe procesal. El abuso del servicio público de Justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como acreedor de la imposición motivada de las sanciones previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil."

D'altra banda, en relació a aquesta qüestió, si bé cal valorar positivament que la LOPIIA pretengui posar en relleu la persona menor en el procediment, vetllar pel respecte als seus interessos, promoure la seva participació mitjançant un defensor judicial i que sigui escoltada amb totes les garanties i acompanyada de professionals amb formació adequada; creiem que no potencia la possibilitat d'instar, en cap supòsit, per part de la persona menor el recurs a la mediació o a qualsevol altre mecanisme adequat de solució de controvèrsies. Malgrat el desconeixement o desarrelament dels MASC (o ADR) per gran part dels progenitors, cal considerar, tal i com apuntava LAUROBA, el fet que "molts menors ja tenen interioritzat el procediment de la mediació i els seus avantatges. Donar-los la possibilitat de sol·licitar-lo, amplia les possibilitats"⁴⁹.

També aquesta llei ha deixat passar aquesta gran oportunitat per donar veu a la persona menor, que està patint directament el conflicte i que necessita poder comptar amb vies clares per accionar qualsevol procediment judicial o MASC quan ho precisi en garantia dels seus drets.

Finalment, cal deixar constància del fet que ni la mediació ni, possiblement, cap altre MASC, pot ser aplicat ni pot esdevenir efectiu quan concorren determinades circumstàncies en les figures dels progenitors o a la família, com ara els supòsits de violència de gènere o bé els supòsits en els que concorren en una o algunes de les persones intervinents malalties mentals no tractades o addiccions a substàncies que afectin a la seva consciència i presa de decisions.

3.4. La justícia col·laborativa

La justícia col·laborativa entronca directament amb la necessitat de reduir la litigiositat davant els conflictes i de mirar de trobar camins alternatius satisfactoris per les parts implicades. Com els altres MASC (o ADR), la justícia col·laborativa contribueix a construir camins per reduir la confrontació i el patiment de les persones implicades, així com a alleujar i millorar les seves relacions futures i allunyar-les del conflicte. Esdevé un potencial recurs per tractar d'afrontar els

⁴⁹ LAUROBA LACASA (2018). Ob. Cit.

conflictes familiars, i, des d'una perspectiva humana i respectuosa, tracta de crear possibles solucions al conflicte existent i a millorar les relacions futures.

A la justícia col·laborativa, *dret col·laboratiu* o procés col·laboratiu, assoleixen un rol essencial els advocats i advocades. Malgrat l'intent de potenciar el diàleg i la cooperació entre aquests professionals a l'hora d'assolir la defensa lletrada, encara en aquest sector existeixen fortes reticències a un canvi de paradigma. Encara algunes estratègies processals van encaminades a la confrontació i no al diàleg i aquest fet és intrínsec a la cultura de la nostra societat, en la que no hi ha cultura de mediació suficientment arrelada i la persona que té un conflicte només pensa en què ha de reclamar totes les seves pretensions al jutjat per guanyar vers l'altre part i en la que la figura de l'advocat d'èxit ha d'equiparar-se a un portaveu defensor fins al límit dels seus plantejaments. Aquesta confrontació i litigiositat xoca frontalment amb l'Estatut General de l'Advocacia Espanyola, en el que es preceptua expressament que el contingut de la professió consisteix en "l'activitat d'assessorament, consell i defensa dels drets i interessos públics i privats, mitjançant l'aplicació de la ciència i la tècnica jurídiques, en ordre a la *concòrdia*, a l'efectivitat dels drets i llibertats fonamentals" (Art. 1.2).

Aquest mètode de resolució alternativa de conflictes, nascut a Estats Units, pròpiament en l'àmbit del dret de família, ha anat fent-se ressò i es ve erigint des de fa uns anys com a un mètode potencialment efectiu⁵⁰. Aquest suposa un canvi de paradigma del model d'advocacia imperant. L'advocat col·laboratiu defensa els interessos del seu client en una fase extrajudicial negociant amb l'altre part de forma "innovadora, cooperadora i honesta", tal i com propugnen LAUROBA. E i TUR, M., dues impulsores a Catalunya d'aquest mètode⁵¹. L'exercici de l'advocacia col·laborativa es basa en la cooperació activa, la voluntarietat i la confidencialitat. En aquest mètode son els propis clients els que prenen els acords, assessorats en tot moment pels seus advocats, amb la particularitat que

⁵⁰ Sobre els orígens i evolució del procés col·laboratiu es pot consultar el web de l'*International Academy of Collaborative Professionals* a <https://www.collaborativepractice.com>; i WEBB, S. G. y OUSKY, R.D (2011) History and development of Collaborative Practice, *Family Court Review*, Vol. 49. També, TESLER, Pauline. (December 1999) Collaborative Law: A New Paradigm for Divorce Lawyers Psychology, *Public Policy and Law*.

⁵¹ LAUROBA LACASA, M.^a Elena. i TUR RACERO, Montserrat. (Desembre 2017-Gener 2018) Gestionar els conflictes mitjançant el Dret Col·laboratiu: una opció amb futur. *Món Jurídic* nº 315. Consultable a: https://monjuridic.icab.cat/files/docs/2018_01_09.pdf

si no assoleixen cap acord o no en tot, els advocats no podran assistir-lo en el procediment judicial que es pogués instar -aquesta particularitat és anomenada *disqualification*-. Aquesta prohibició, que ha de ser informada d'inici al client, és positiva i pretén generar confiança i fomentar la lleialtat i la honestetat entre les parts, ja que de ben segur que la informació obtinguda en les converses o reunions mantingudes no tindrà incidència ni podrà convertir-se en un avantatge en el context d'un hipotètic procediment judicial.

Val a dir, però, que aquesta disgregació del procediment judicial en cas de ruptura de la negociació o d'impossibilitat d'arribar a acordar no és acollida de forma pacífica, fet que ha donat lloc a l'existència d'una modalitat de dret col·laboratiu "suavitzat", anomenat dret *cooperatiu*⁵².

La impossibilitat que l'advocat col·laboratiu pugui assistir al client en l'àmbit contenciós ha de ser informada clarament al client des d'un inici, de la mateixa manera que cal informar de la tècnica emprada i de l'aplicació del mètode. En essència, el disseny del recurs es centra en la creació d'un espai de treball que s'inicia amb reunions amb el client i converses o reunions entre advocats, assistits per d'altres professionals quan sigui oportú, i quan tots els intervinents estiguin preparats, el mètode culmina amb diverses reunions a on coincideixen les parts afectades i els seus advocats. En aquestes reunions són les parts afectades les que adopten un paper actiu i central en la negociació, amb l'assistència i guia de l'advocat, que roman en un pla secundari. Aquest mètode comparteix molts elements amb el de la mediació, però malgrat també en aquest han de ser les mateixes parts del conflicte les que trobin la solució, en el mètode col·laboratiu -i també en el cooperatiu- cada part es troba assistida per un advocat de la seva confiança que no és neutral i que l'assistirà jurídicament i l'acompanyarà en el procés⁵³.

Aquest mètode pot ser especialment eficaç però, com ja s'ha referit, es nodreix de la xarxa de professionals associats que treballin des d'aquesta metodologia i

⁵² En aquest sentit LAUROBA LACASA (2018). Ob. Cit.

⁵³ Sobre les fases del mètode es pot consultar: ESTEVE ESTEVE, Patricia. (2016) Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº1-2016, p.79-95.

requereix per a la seva proliferació que els advocats i advocades interessats i afins a la conciliació coneguin i es formin en aquest nou mètode, basat en la confidencialitat, el respecte, la transparència i l'equitat. El procés requereix de treball coordinat, cooperació i operativitat entre advocats/des des d'aquestes premisses. En aquest sentit, tal i com refereixen les autores, la "formació específica en tècniques de negociació, en gestió d'emocions i en el procés col·laboratiu" esdevé essencial. També la formació i divulgació per part dels col·legis de l'advocacia d'aquesta modalitat esdevenen essencials per a la proliferació del mètode i la seva tècnica, així com, que el client compregui el procés i el significat del mètode.

El mètode a Catalunya va ser presentat al CEJFE el 21 de setembre de 2017 i, posteriorment, es va constituir l'*Associació Catalana de Dret Col·laboratiu*⁵⁴. A d'altres indrets del territori espanyol la justícia col·laborativa també ha tingut ressò. Cal destacar la *Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi*⁵⁵.

Nombroses experiències pròpiament en l'àmbit en què va néixer, el dels conflictes familiars, han estat estudiades i recollides en el dret comparat a Estats Units, Canadà, Bèlgica, Suïssa, Àustria i França⁵⁶. A Espanya el procés col·laboratiu encara no és un mecanisme de resolució de conflictes estès i, de fet, ni tan sols gaire conegut. Seria desitjable la difusió del mètode per part dels col·legis de l'advocacia i la dotació pressupostaria necessària per l'impuls de formacions en dret col·laboratiu atès que els advocats tenen un rol principal en els procediments de família i si es formen en habilitats pròpies del mètode i fomenten la conciliació entre les parts de ben segur que es podrà anar canviant el paradigma de l'advocat bel·ligerant i la judicialització dels processos per obrir pas a nous camins que afavoreixin l'enteniment present i futur en la gran majoria

⁵⁴ Pot consultar-se el web: <https://dretcolaboratiu.cat/>

⁵⁵ Pot consultar-se el web: <https://www.derechocolaborativo.es>

⁵⁶ En aquest sentit, es pot consultar: WEBB, S. G. y OUSKY, R.D. (2007), *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids without going to court*, ed. Plume; i MCFARLANE, J. (2005) *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC): Étude de cas qualitative*, Rapport de Recherche, Department of Justice Canada, consultable a: https://justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/2005_1.pdf (Última consulta 20/09/2021)

de trencaments familiars i la reducció del patiment dels infants i adolescents tant en el moment de la ruptura com en el desenvolupament i creixement en el si de la família.

El procés col·laboratiu no es troba contemplat a cap disposició legal, ni a l'àmbit espanyol ni al català. Per bé que pot entendre's que és plenament compatible i podria subsumir-se en els supòsits d'intent de negociació extrajudicial acreditada que l'Avantprojecte de Llei de Mesures d'Eficiència Processal del Servei Públic de Justícia exigeix com a requisit de procedibilitat en l'àmbit civil.

Seria recomanable i hagués estat molt desitjable que al citat Avantprojecte ja es fes esment del l'existència del dret col·laboratiu per tal de servir com a eina de foment i promoció del mateix. La no inclusió d'aquest mètode no fa més que revelar, malauradament, el seu desconeixement per part del legislador i la seva poca repercussió -almenys fins ara- en el nostre sistema de justícia.

Com qualsevol altre MASC, i, aquest especialment, en què el paper dels advocats és vital, necessita ser conegut pels operadors jurídics i hauria de ser també impulsat per l'estat. Cal destacar que aquests professionals son una figura clau i omnipresent en els processos de família i un canvi en el mètode de treball i un redisseny del plantejament a l'hora d'afrontar un assessorament en una crisi o ruptura de família pot tenir efectes potencialment significatius, inclús a curt termini, amb tots els efectes positius que la difusió i aplicació d'aquest mètode se'n derivin, i que es traduirien, de ben segur, en una menor conflictivitat i, de retruc, en un menor malestar pels infants i adolescents que pateixen dia rere dia el conflicte.

3.5. Procediment apropiat i TEDH

3.5.1. A voltes sobre la necessària especialització del òrgans i operadors jurídics intervinents

Com ja hem anat indicant al llarg d'aquest capítol, no hi ha dubte respecte a que el procediment judicial en que intervinguin nens, nenes i adolescents o que tingui repercussions en els seus drets, ha de ser especial i no només formalment, sinó que han d'existir òrgans especialitzats amb personal específicament format i que

d'altres professionals -com psicòlegs/es, treballadors/es i educadors/es socials- han de funcionar integrats i servir com a suport diari per a aquests òrgans, per a les persones menors i, en general, per als ciutadans que s'hi adrecin.

Si bé la LOPIIA ha suposat un avenç al fixar un termini al govern estatal per establir l'especialització en l'esfera de la infància i l'adolescència de l'ordre jurisdiccional penal i civil, del Ministeri Fiscal, i dels Equips tècnics que prestin assistència als òrgans judicials, està per veure si es compliran els terminis estipulats i si realment la dotació pressupostaria serà suficient per a poder donar compliment efectiu a aquests mandats, així com, quina serà l'acollida i encaix en el nostre sistema judicial.

Actualment, al territori tant estatal com català coexisteixen òrgans judicials especialitzats formalment en dret de família, els anomenats Jutjats de Família. Diem formalment perquè si bé es cert que reben aquest nom i en aquests es tramiten procediments relatius a les ruptures familiars (divorcis, guarda i custòdia, modificacions de mesures, execucions de família, procediments de jurisdicció voluntària...) és habitual que els operadors jurídics que hi intervenen no comptin amb formació específica i multidisciplinària respecte els drets dels infants i adolescents. Ni l'autoritat judicial, ni els i les fiscals intervinents, ni els i les advocades. Com ja hem referit, la Disposició final quarta de la LOPIIA introdueix algunes modificacions a la LOPJ per tal de modificar el procés de selecció de les persones que concursen, ingressen o es promouen en les carreres judicials i fiscals exigint la superació d'una formació específica en drets de la infància i l'adolescència. El legislador pensa principalment en els operadors jurídics intervinents en els nous Jutjats de *Violència contra la Infància i l'Adolescència*, si bé, la Disposició final vintena confereix un termini d'un any al Govern per tal que remeti a les Corts Generals un projecte de modificació de la LOPJ establint les mesures i criteris per garantir aquesta especialització també en l'ordre jurisdiccional civil en matèria d'*Infància, Família i Capacitat*.

Es dona la paradoxa que depenent de a on visqui la persona menor o la família, coneix de l'assumpte un Jutjat mixt de primera instància, o mixt de primera instància i d'instrucció, sense que l'autoritat judicial i fiscals intervinents hagin hagut d'acreditar cap formació especialitzada ni tinguin perquè tenir experiència

en la matèria i hagin d'assumir la tramitació del procediment amb una càrrega de treball inassolible i relacionada amb assumptes de tot tipus. Contràriament, assumptes del mateix àmbit amb pretensions molt relacionades, en d'altres municipis, son tramitats per òrgans que només coneixen assumptes de família, que generalment tenen una càrrega de treball menor, i que, malgrat en els operadors jurídics intervinents pot ser que no hi concorri la formació multidisciplinària o suficient en drets dels infants, o no tinguin accés directe a un equip tècnic de professionals que els assisteixi o intervinguin; tenen experiència en la matèria.

Actualment, a Catalunya, l'Equip d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família (EATAF), format per professionals de l'àmbit de la psicologia i del treball social, dona suport als jutjats que ho requereixen emetent un informe tècnic facultatiu no vinculant per contribuir a que l'autoritat judicial pugui prendre la decisió més beneficiosa per la persona menor. Hi ha un equip tècnic per cada província però el volum de peticions és substancialment més elevat a la província de Barcelona i la majoria de peticions que es van adreçar a l'EATAF durant l'any 2020 han estat relacionades amb el programa de relacions familiars o amb peticions provinents de jutjats de violència sobre la dona⁵⁷.

La formació i proliferació d'equips tècnics d'assessorament arreu del territori apropiaria aquests recursos a jutjats que ara no solen recórrer d'ofici als serveis de l'EATAF a no ser que es tracti de casos alarmants en què els drets dels infants poden ja trobar-se seriosament compromesos o vulnerats per les circumstàncies concretes del cas. L'experiència relacionada amb el funcionament dels jutjats no fa més que corroborar que la consulta d'aquest informe per part dels òrgans judicials sol ser poc usual per la manca de proximitat del servei, la seva saturació i l'increment de la dilació en la tramitació processal⁵⁸.

⁵⁷ Pot consultar-se la Memòria d'activitat de l'Equip d'Assessorament Tècnic de Família (EATAF) anualment a la pàgina: <https://justicia.gencat.cat/ca/ambits/administracio-de-justicia/assessorament-tecnic/ambit-civil-familia/dades-estadistiques/> (Última consulta 20/09/2021)

⁵⁸ A l'any 2020, només per part dels Jutjats de Família de Catalunya es van tramitar 13.592 expedients, sense comptar amb les sol·licituds en aquesta matèria que es varen tramitar davant altres jutjats – de primera instància o mixtes-. En canvi, al 2020 els informes sol·licitats a l'EATAF per assessorament civil -excloent peticions de jutjats de violència sobre la dona- a tot el territori

Tornant a l'especialització dels òrgans judicials i dels seus titulars, aquesta és molt necessària, però, com ja hem referit al llarg d'aquest capítol del present treball, sobretot també és essencial que es produeixi de forma general a tot el territori. El que volem dir és que, no es garanteix la preservació efectiva dels drets dels nens, nenes i adolescents si depenent del seu lloc de residència tenen o no accés a un jutjat especialitzat en la matèria.

Actualment, l'existència dels jutjats de família només en alguns partits judicials, i, per tant, la no possibilitat d'accés als mateixos per tots els ciutadans, conculca flagrantment el dret a la tutela judicial efectiva. És més, inclús hi ha municipis a on els Jutjats de Família existeixen però no tenen un accés directe i continuat als serveis dels equips tècnics, el que unit a la manca d'especialització dels operadors jurídics que hi intervenen, atempta contra el dret a la tutela judicial efectiva i és contrari al principi d'igualtat i al principi d'interès superior de la persona menor.

A Catalunya, segons les últimes dades publicades a l'Idescat, al 2019 només vuit comarques del territori comptaven amb jutjats de família⁵⁹, mentre que a la resta de comarques la tramitació de procediments civils de família eren tramitats per jutjats de primera instància o de primera instància i instrucció (mixtes). Que aquestes vuit comarques comptin amb aquests jutjats no es tradueix en que l'òrgan que conegui dels assumptes de família sigui a tot el territori comarcal un jutjat de família, donat que les comarques no son coincidents amb els partits judicials. És a dir, per exemple, la comarca del Barcelonès -la més poblada de Catalunya-, que aglutina la majoria de jutjats especialitzats en matèria de família que existeixen a Catalunya, comprèn cinc municipis, i, al seu torn, engloba quatre partits judicials, i no tots compten amb jutjats de família, havent els ciutadans

català van ser de 1.124. Font: Idescat https://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/aj/i/Departament_de_Justicia_de_la_Generalitat_de_Catalunya https://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/administraciojusticia/assessorament-familia/assessorament_tecnic_familia/dades_estadistiques/memoria-eataf-2020.pdf (Última consulta 20/09/2021)

⁵⁹ Les vuit províncies al 2019 son -de major a menor nombre de jutjats- Barcelonès (10), Vallès Occidental (3), Maresme (2), Segrià (2), Vallès Oriental (2), Baix Camp (1), Gironès (1), Tarragonès (1). Poden consultar-se les dades a <https://idescat.cat/pub/?id=aec&n=874> (Última consulta 20/09/2021)

d'adreçar-se, depenent del partit judicial competent, a òrgans de primera instància i instrucció (o mixtes)⁶⁰.

A nivell estatal, el *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) en aquest sentit també recull el creixement de la litigiositat i les mancances del sistema a la ja citada *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*.⁶¹

Per tant, no només és necessària la creació d'uns òrgans específics i especialitzats en matèria de Infància, Família i Capacitat, ni només la renovació, formació i promoció dels jutges i jutgesses i dels i les fiscals que hi intervenen, sinó també que estiguin dotats d'equips tècnics multidisciplinaris o d'equips psicosocials integrats per professionals d'altres àmbits que contribueixin de forma permanent a prendre millors decisions en interès de les persones menors, de forma directe i continuada i que aquests Jutjats especials operin a tots els partits judicials i a tots els municipis possibles per tal de garantir l'accés a totes les famílies que ho necessitin de forma propera, garantista i efectiva. A més, aquesta especialització dels òrgans i dotació de personal de suport de ben segur contribuiria a reduir els temps de tramitació processal, facilitaria la unificació de criteris i, en definitiva, faria possible la construcció i implementació d'un sistema de justícia de més qualitat i respectuós amb els drets dels infants.

És absolutament inviable que depenent del jutjat que hagi de conèixer i resoldre un assumpte de família la resolució es dilati enormement en el temps depenent de la càrrega de treball d'aquell jutjat o tribunal o depenent de la dilació en l'emissió del dictamen d'especialistes a causa de la càrrega de treball dels equips tècnics. Com ja hem anat reiterant al llarg d'aquest treball, la noció de temps en la vida d'un infant és diferent a la de l'adult i no és assumible que la resolució que afecta als seus drets més fonamentals trigui anys en arribar, per no dir, si, a

⁶⁰ És el cas, per exemple, de Santa Coloma de Gramenet, que malgrat pertànyer a la comarca del Barcelonès només compta al seu partit judicial amb jutjats mixtes de primera instància i instrucció.

⁶¹ Vid. "Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida", CGPJ, 2020 Consultable a: <https://poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida> (Última consulta 20/09/2021)

més, es recorreguda en segona instància o si ha de ser executada forçosament o si les mesures definitives fixades son objecte de modificació. Aquesta dilació imputable a la falta d'especialització i de recursos cronifica el conflicte i intensifica el patiment dels infants.

A més a més, l'especialització dels jutjats i dels operadors jurídics a tot el conjunt del territori, unida a la proliferació d'equips de suport integrats per d'altres professionals que comparteixin criteris tècnics i que pugui actuar de forma permanent, directa i àgil a tots els jutjats especialitzats, contribuiria enormement, com dèiem, a la seguretat jurídica evitant la disparitat de criteris, a dotar d'una major celeritat al sistema judicial, i, possiblement, a difondre i potenciar l'ús de mecanismes adequats de solució de controvèrsies. El sistema actual no funciona, està desgastat i superat, els procediments de família s'allarguen en el temps. Es necessita una dotació pressupostària suficient per garantir aquesta formació multidisciplinària, per crear jutjats especialitzats en la matèria a tot el territori i per a dotar-los – a tots- d'equips integrats per diversos professionals que hi treballin i que puguin intervenir i acompanyar a les famílies, i també, assistir i contribuir a la tasca dels jutges i de les jutgesses i dels i de les fiscals, aportant-los la visió d'altres professionals que son absolutament imprescindibles per valorar les mesures que cal adoptar i fixar i que afecten els drets més fonamentals dels infants i adolescents.

Cal insistir, un cop més, en els efectes nocius que provoca la lentitud de la tramitació dels procediments de família. La lentitud en les decisions judicials, tant en primera com en segona instància, que es troba directament lligada a la manca de recursos, tenen unes conseqüències nocives pels infants i adolescents i aquestes son irreversibles. D'infància només n'hi ha una i és irrecuperable. A més, la lentitud del procediment i aquesta incidència en la vida de la família tenen una incidència directe en la seva personalitat i perduraran per sempre més en la persona i la seva relació amb ella mateixa i amb els altres, i, òbviament repercutirà en la seva concepció de família i amb les manifestacions presents i futures dels seus drets i obligacions en aquest àmbit.

I en aquest sentit, com ja hem referit en aquest treball, l'Avantprojecte de Llei de Mesures d'Eficiència Processal del Servei Públic de Justícia pretén fixar mesures

per a poder reduir aquests terminis i alleujar la càrrega de treball imposant la necessitat d'intentar altres mecanismes o mitjans adequats de solució de controvèrsies (exceptuant els supòsits de conflictes que afectin a drets i obligacions indisponibles i en casos en què legalment estigui exclosa la mediació, com ara en supòsits de violència de gènere). Haurem de veure si l'Avantprojecte prospera i quin encaix tindrà en el nostre sistema judicial. Esperem que aquesta aposta per nous mecanismes pugui contribuir també a pal·liar els efectes nocius i desgastadors del procediment judicial i a desjudicialitzar conflictes que poden trobar vies de solució menys devastadores, i, de ben segur més efectives, en d'altres mecanismes adequats de solució de controvèrsies. D'entrada, la nostra societat desconeix l'existència d'altres vies i mostra certa reticència a reconèixer l'efectivitat de les mateixes. Com dèiem, cal esperar que el recurs a aquests MASC no quedi relegat a un tràmit burocràtic de procedibilitat, doncs en aquest cas encara es perllongaria més el conflicte amb els perjudicis greus que aquest fet comporta a les persones menors que pateixen el trencament de la família.

3.5.2. Les mancances processals i els procediments del TEDH

En el marc de les deficiències del nostre sistema judicial en l'àmbit dels procediments de família convé referir-nos a l'existència de pronunciaments per part del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) respecte a la inactivitat del sistema judicial dels Estats i als danys que la lentitud i manca d'efectivitat causen als justiciables. En aquests casos, cal atendre a la possible vulneració per part de l'estat del dret al respecte a la vida privada i familiar preceptuat a l'article 8 del Conveni Europeu de Drets Humans⁶².

*a) Cas **Piazzi c. Itàlia***

⁶² En virtut de l'article 8 del Conveni Europeu de Drets Humans: "1. Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència. 2. Només pot haver-hi ingerència d'una autoritat pública en l'exercici d'aquest dret en la mesura que aquesta ingerència sigui prevista per la llei i que constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, és necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció de les infraccions penals, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats d'altri." (consultable a https://echr.coe.int/Documents/Convention_CAT.pdf) (Última consulta 20/09/2021)

A la Sentència d'aquest Tribunal de data 2 de novembre de 2010, *Piazzi c. Itàlia*⁶³, el Tribunal es pronuncia en un cas en què el progenitor no custodi invoca la vulneració del citat article al·legant que a causa de la inactivitat dels jutjats i la inoperativitat i no supervisió dels serveis socials als qui el jutjat havia delegat el seguiment del cas, va estar sense poder tenir contacte amb el seu fill des de que aquest tenia nou anys i arribada la majoria d'edat encara no havia pogut restablir-se el contacte. En aquest cas, quan l'infant tenia dos anys els progenitors es van separar, atribuint-se la guarda i custòdia del fill a la mare i establint-se un règim de visites pel progenitor no custodi. Al cap d'uns anys la mare va refer la seva vida i es va traslladar a 250 quilometres del progenitor i dos anys més tard el fill li va comentar a la seva àvia materna que havia patit abusos sexuals per part del seu pare i la mare va impedir que pare i fill mantinguessin contacte. En aquest moment, al 2001 el pare va recórrer a la via judicial per restablir el contacte amb el seu fill. El Tribunal, basant-se en un informe pericial de 2003, en el que es posava de manifest la incapacitat dels progenitors per a "exercir totes les funcions d'un progenitor" i, a més, s'indicava que "els intents de la mare de posar al fill en contra del seu pare podrien conduir a un síndrome d'alienació parental" i que era "poc probable" que el fill hagués realment patit abusos; ordena limitar la potestat parental dels progenitors i autoritza al pare a trobar-se amb el fill en visites planificades pels serveis socials i en presència dels treballadors socials, cada dues setmanes durant dues hores. Aquestes visites no es van produir i serveis socials va prendre una postura passiva. El pare instà l'execució de la resolució al Jutjat al 2006. En aquest mateix any serveis socials presenta el seu primer informe de la situació del menor i fins l'any 2008 el Jutjat no es pronuncia constatant que no s'està complint amb el règim estipulat i que serveis socials ha delegat a la progenitora la gestió del seguiment psicològic del fill. El jutjat, tenint en compte que el fill segueix negant-se a tenir contacte amb el pare, ordena que el fill continuï en tractament psicològic i que serveis socials "controlin el comportament de la mare i que utilitzin pel seguiment del menor les estructures públiques". El pare no va poder restablir el contacte amb el seu fill. Quan el procediment va ser resolt en segona instància, al 2009, el Tribunal va posar de

⁶³ Sentència TEDH (Secció 2ª), *Affaire Piazzi c. Italie*, Requête n° 36168/09, de 2 de novembre de 2010. Consultable a: <https://hudoc.echr.coe.int> (Última consulta 20/09/2021)

manifest que pare i fill no havien tingut cap relació des del 2001 i que atenent a l'edat de 17 anys del fill en aquell moment i al manteniment de la seva negativa a veure el pare era impossible accedir a les peticions del progenitor. El pare invoca davant el TEDH la vulneració de l'article 8 del Conveni sol·licitant el rescabament pels danys que l'Estat li ha irrogat per la seva inactivitat. El govern italià fonamentalment al·lega que totes les mesures adoptades van ser en interès del menor per protegir les seva salut física i mental.

El TEDH valora el cas i afirma, d'entrada, que el fet que no hagin funcionat les mesures adoptades per part de les autoritats no ens permet concloure automàticament que l'Estat hagi incomplert amb les obligacions positives contingudes a l'article 8 de la Convenció. Tal i com propugna el TEDH, a l'obligació de les autoritats públiques d'abstenir-se d'ingerències arbitràries se li afegeixen:

“obligacions positives inherents al respecte efectiu de la vida privada o familiar. Poden implicar l'adopció de mesures encaminades al respecte de la vida familiar inclús en les relacions de les persones entre sí, inclòs l'establiment d'un arsenal jurídic adequat i suficient per a garantir els drets legítims dels interessats” (p. 52).

Segueix el Tribunal fent al·lusió al necessari esforç que han de desplegar les autoritats nacionals per a facilitar la col·laboració entre els afectats i a la major cautela que ha d'existir a l'hora d'imposar mesures coactives en els casos en que afectin a persones menors:

“L'obligació de les autoritats nacionals de prendre mesures per a reunir als pares i al fill que no viuen junts no és absoluta i la comprensió i cooperació de tots els interessats sempre constitueix un factor important. (...) L'obligació de recórrer a la coacció en aquesta matèria només pot ser limitada: han de tenir en compte els interessos i els drets i llibertats d'aquestes mateixes persones, i, en particular l'interès superior del nen i els seus drets en virtut de l'article 8 de la Convenció” (p. 54).

Un cop assentades les bases, pel Tribunal un dels punts claus és determinar si les autoritats nacionals van prendre totes les mesures necessàries que

raonablement se li podien exigir per a donar compliment a aquestes obligacions positives. El Tribunal posa de relleu que el Jutjat no va atendre ni donar seguiment a les sol·licituds per part del pare a serveis socials reclamant el contacte amb el fill en compliment de la sentència dictada, tot indicant que “aquest fracàs és encara més greu atenent a l’edat del menor -onze anys- i el context familiar pertorbat” (p. 55) recollint el fet que “el pas del temps va tenir efectes negatius sobre la possibilitat que el demandant reprengués la relació amb el seu fill” (p. 55). Al seu torn, considera que per entendre que les mesures implementades son adequades cal també valorar la rapidesa de la seva implementació i postula que “correspon a cada Estat organitzar el seu sistema judicial de manera que s’asseguri el compliment de les obligacions positives que li corresponen” (p. 58) . Després d’entrar al detall del cas que ens ocupa, conclou que si bé no li correspon suplir la valoració probatòria de les autoritats nacionals, el Jutjat no havia d’haver ignorat l’informe pericial en el que s’apuntava que la mare tenia voluntat de posar al fill en contra del seu pare, ni tampoc que tot i que va advertir l’incompliment per part de serveis socials, es va limitar a fer recomanacions i no a exigir el compliment de la resolució dictada, valorant que les actuacions per part de les autoritats estatals van ser estandarditzades i automàtiques a més d’inefectives en el cas concret, concloent que:

“La manca de cooperació entre pares separats no pot eximir les autoritats competents d’implementar tots els mitjans susceptibles de permetre el manteniment del vincle familiar (...) En aquest cas, les autoritats es van mantenir per sota del que raonablement es podia esperar (...) no complint amb el seu deure de prendre mesures pràctiques per encoratjar les parts interessades a cooperar millor, tenint en compte l’interès superior del nen” (p. 60).

“Les autoritats van permetre que es consolidés una situació de facto en contra de les decisions judicials, tot i que el propi transcurs del temps tingué conseqüències cada vegada més greus pel demandant, privat del contacte amb el seu fill.” (p. 61).

Com a exemple de mesures més directes i específiques al cas concret que les autoritats podrien haver pres cita que se’ls hi ordenés sotmetre’s a teràpia

familiar quan tenien dificultats per escollir un psicòleg, que les reunions tinguessin lloc dins d'una estructura especialitzada o que la mediació dels serveis socials fos utilitzada per a treballar la cooperació entre els progenitors.

En conseqüència, el TEDH decideix que les actuacions -o falta d'actuacions- de l'estat italià han contravingut el dret al respecte de la vida familiar del reclamant i es condemna a l'estat a rescabalar al progenitor pel dany moral infligit per la privació de relació amb el seu fill.

b) *Cas Bordeianu c. Moldàvia*

Cal també referir la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 11 de gener de 2011, *Bordeianu c. Moldàvia*⁶⁴. En aquesta Sentència el Tribunal es pronuncia davant d'un supòsit en el que el pare es nega a complir amb la resolució judicial i evita que la filla en comú tingui contacte amb la mare. Aquesta conducta del progenitor incomplint el règim estipulat i allunyant la nena de la mare es perllonga en el temps durant gairebé quatre anys, des del 2006, en que la filla tenia 5 anys, fins el 2010 . La mare demana empara al Tribunal reclamant una indemnització pel dany moral que se li ha produït com a conseqüència d'haver patit una vulneració en el seu dret a la vida familiar. En aquest supòsit els serveis socials sí convoquen diverses vegades al progenitor per tal que, acompanyat de la filla, es reuneixi amb la mare i es faciliti l'intercanvi o la trobada, juntament amb d'altres professionals, però la majoria de vegades el pare no compareix i, quan ho fa, la filla es nega a reunir-se amb la mare. Des de serveis socials ja es posa de manifest que la nena ha desenvolupat una fòbia cap a la mare provocada per la limitació de les comunicacions amb aquesta des del divorci i la pressió del seu pare i que necessita assistència psicològica i psiquiàtrica. El Tribunal es pronuncia afirmant que si bé és cert que la no execució de la resolució és directament imputable a la conducta del pare i també de la filla -condicionada pel pare-, les autoritats nacionals no van fer ús de mesures eficaces per fer complir al pare el mandat judicial, en aquest sentit:

⁶⁴ Sentència TEDH (Secció 4ª), Affaire Bordeianu c. Moldova, Requête nº 49868/08, de 11 de gener de 2011. Consultable a: <https://hudoc.echr.coe.int> (Última consulta 20/09/2021)

“les autoritats no van mostrar la deguda diligència per fer complir (al pare) amb la seva obligació, si és necessari, amb mesures coercitives suficientment sistemàtiques, inclús més severes, per fer-li canviar d’actitud. El Tribunal reitera que en aquest tipus de casos, l’adequació d’una mesura es jutja per la celeritat de la seva implementació: els tràmits relatius a l’atribució de la potestat parental inclosa l’execució de la decisió (...) requereixen un tractament urgent, perquè el pas del temps pot tenir conseqüències irremeiables en les relacions entre el nen i el progenitor que no viu amb ell” (p. 90)

“A judici del Tribunal, l’incompliment de la sentència és imputable sobretot a la tolerància de facto de les autoritats executores i dels tribunals a la constant resistència del pare, així com a la falta de mesures per a establir contacte efectiu i regular entre mare i fill a intervals raonables” (p. 91)

El Tribunal acaba conclouent que les autoritats moldaves havien deixat que la disputa existent a la família es resolgués per si sola amb el propi pas del temps “de manera que el restabliment dels vincles entre mare i filla ja no sembla possible” (p. 92) i que, per tant, les autoritats nacionals no van complir amb el que es podia raonablement esperar d’elles conculcant l’article 8 del Conveni al no haver donat compliment a la seva obligació positiva en ordre a garantir la preservació de la vida privada i familiar de la mare.

c) *Cas Lombardo c. Itàlia*

Finalment, podem referir, entre d’altres, la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 29 de gener de 2013, *Lombardo c. Itàlia*⁶⁵. En aquest cas, el TEDH també declara vulnerat per part de les autoritats nacionals l’article 8 de la Convenció, per incompliment de les obligacions positives inherents al respecte efectiu de la vida privada o familiar. El progenitor sol·licitant es veu obligat a

⁶⁵ Sentència TEDH (Secció 2^a), *Affaire Lombardo c. Italia*, Requête n° 25704/11, de 29 de gener de 2013. Consultable a: <https://hudoc.echr.coe.int> (Última consulta 20/09/2021)

recórrer durant anys, des del 2003, als tribunals per demanar el compliment del règim de visites amb la filla que tenia fixat per sentència. El Tribunal addueix, un cop més, que les infraccions son encara més greus “ja que, tenint en compte l’edat de la menor i el context familiar pertorbat, el pas del temps ha tingut efectes negatius sobre la possibilitat que el demandant restableixi una relació amb la seva filla” (p. 85) i que “no es pot ignorar el fet que, en diverses ocasions, el tribunal assenyalà que la no execució dels drets de visita del demandant era atribuïble a la mare. A més, s’observa que el tribunal va esperar fins a 2006 per a ordenar que la mare seguís un programa de suport psicològic i fins 2009 per a ordenar que el menor es beneficiés del mateix” (p. 90). També postula el Tribunal en aquesta sentència que “les autoritats nacionals no van assolir el que raonablement podia esperar-se d’elles, ja que el tribunal delegà la gestió de les reunions als serveis socials. Per tant, no han complert amb el seu deure de prendre mesures pràctiques per a encoratjar les parts interessades a cooperar millor, tenint en compte l’interès superior del nen” (p. 91) i que, el tribunal es va limitar a aplicar una sèrie de mesures automàtiques i estereotipades i que les autoritats judicials havien permès la creació d’una situació de facto, i, així com que “les autoritats haurien d’haver pres mesures més directes i específiques a restablir el contacte entre demandant i filla.” (p.93)

En conclusió, si transposem el nucli d’aquestes resolucions a la realitat processal estatal fàcilment advertim que el compliment d’aquestes obligacions positives per part de l’Estat podria posar-se en dubte. El Tribunal, com ja s’ha referit, entén que és intolerable la dilació en els procediments de família i concep la implementació de mesures que siguin àgils i suficientment efectives com a una obligació de les autoritats. En molts casos, seria ben discutible que en el nostre sistema judicial aquestes mesures s’estiguin adoptant tal i com exigeix el TEDH.

En els casos analitzats, els reclamants son progenitors que han estat privats del contacte amb la seva filla o fill. Però cal plantejar-se també, que els altres drets que han estat directament vulnerats han estat els dels infants afectats i això ha de ser inadmissible en un estat de Dret. L’estat ha de poder comptar amb mesures efectives per pal·liar els efectes nocius que els procediments judicials provoquen als nens, nenes i adolescents afectats.

d) *Pronunciaments del TEDH i breu incís sobre l'anomenat "síndrome d'alienació parental"*

Per acabar, convé també fer un breu apunt respecte l'anomenat "síndrome d'alienació parental". Cal referir que si bé en les dues primeres resolucions analitzades es fa referència en el contingut de la sentència a l'anomenat "síndrome d'alienació parental", a les resolucions únicament consta a efecte de recollir els fets, posant-se de relleu l'existència d'informes pericials en l'estat de cada reclamant en els que el perit indica expressament aquest "síndrome" quan detecta la conducta emprada per un dels progenitors tendent a limitar o evitar que el fill o filla es relaciona amb l'altre. És convenient posar de manifest que no existeix, almenys fins aquest moment, constància científica que avaluï aquest síndrome, i col·lectius professionals com la *Asociación Española de Neuropsiquiatría* (AEN) ja han alertat que "les situacions de litigi pel poder en la relació a través de la custòdia del menor, col·loquen al nen en un conflicte de lleialtats i poden desembocar, si no es treballen adequadament, en situacions que menyscabin la salut mental del nen/a.

Segons la AEN és en aquests casos en els que es fa més necessari i urgent el treball coordinat i basat en criteris comuns, dels professionals de la salut mental i els professionals de la justícia" i alerta que l'ideòleg o autor d'aquest síndrome -d'alienació parental- (Gardner, 1985) es refereix a la "programació o rentat de cervell" feta per un progenitor sobre l'infant per tal de denigrar a l'altre progenitor, al que s'afegeixen construccions pròpies del fill, i porta a justificar la resistència del fill a mantenir el vincle amb l'altre progenitor; i tal i com adverteix la AEN, l'autor ho fa sense base científica, construint-se falsament de forma que no pot ser refutat vàlidament, el que suposa que la seva utilització pels professionals que s'acullen a uns arguments "pseudo-científics" simplificant greus problemes, "medicalitzant el que és una lluita de poder" i amb un biaix de gènere flagrant⁶⁶ sigui un perill.

⁶⁶ Vid. Informe de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (2010): Declaración de la AEN contra el uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental (SAP). Consultable a: <https://aen.es/declaracion-de-la-aen-contra-el-uso-clinico-y-legal-del-llamado-sindrome-de-alienacion-parental-sap-2104-2010/> (Última consulta 20/09/2021)

A Catalunya, la utilització de l'anomenat "síndrome d'alienació parental" en l'àmbit institucional es considera per llei violència masclista institucional⁶⁷. La LOPIIA al seu capítol III dedicat a la prevenció de la violència en l'àmbit familiar, en concret a l'article 26.3, que fa referència a la promoció de l'exercici de la parentalitat positiva, estableix que "en cap cas les actuacions per promoure la parentalitat positiva han de ser utilitzades amb altres objectius en cas de conflicte entre progenitors, separacions o divorcis, ni per a la imposició de la custòdia compartida no acordada. Tampoc ha de ser relacionada amb situacions sense aval científic com el síndrome d'alienació parental". Des de fa uns anys ja no trobem resolucions que invoquin l'existència d'aquest síndrome, si bé, alguns professionals alerten que segueix apareixent i que es camufla amb d'altres noms com "*preocupació mòrbida*", "*influència parental negativa*", "*inducció perniciosa*" o "*gatekeeper*" entre d'altres⁶⁸.

La necessitat d'implementar mesures àgils en els procediments de família que preservin el dret a la vida familiar, que sempre atenguin l'interès superior dels fills i filles, que siguin eficaces i que facilitin la cooperació entre els progenitors en benefici de la família i promoguin el restabliment de les relacions entre els seus membres, ens connecta amb el següent apartat.

3.6. La coordinació parental

3.6.1. Concepte i antecedents

El coordinador parental és una figura que va aparèixer als Estats Units a la dècada dels anys 90⁶⁹, en un context de saturació judicial en el que es constaten

⁶⁷ En virtut de l'article 5.6 de la Llei 5/2008, del drets de les dones a erradicar la violència masclista, introduït per l'article 4 de la Llei 17/2020, de 22 de desembre: "La utilització del síndrome d'alienació parental també és violència institucional".

⁶⁸ Vid. COLOM VAQUER, Cristina, GONZALO VALGAÑÓN, Altamira, DE LA NUEZ RUIZ, Pino, REYES CANO, Paula, BERNARDEZ MORALES, Yolanda, LOREDO GARCÍA, Ana, RODRÍGUEZ ZÁRATE, Mariela, SÁNCHEZ JUAN, Fanny, VACCARORISTINA, Sonia. (2021). *Segundo Informe sobre Coordinación de Parentalidad. Perspectiva feminista jurídica y psicológica*, consultable a: https://www.mujeresjuristasthemis.org/phocadownload/DEFINITIVO_SEGUNDO_INFORME_COPA_PERSPECTIVA_FEMINISTA_JURIDICA_PSICOLOGICA_08_03_2021.pdf (Última consulta 20/09/2021)

⁶⁹ Recullen una síntesi de la seva evolució GARCÍA-HERRERA, Alicia (2016) Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de

les conseqüències nocives per als fills i filles que havien patit el trencament familiar en supòsits d'alta conflictivitat. La *Association of Family and Conciliation Courts* (AFCC), que treballa pel disseny i la implementació del coordinador parental, en el seu informe més recent consultat (2019), la concep com una figura híbrida entre l'àmbit legal i de salut mental, que en supòsits d'alta conflictivitat familiar, i sempre en benefici del fill o filla, gestiona els conflictes procurant que s'implementi el pla de parentalitat, "facilitant la resolució de les seves controvèrsies, educant els progenitors sobre les necessitats dels nens", prenent decisions "dins l'àmbit del mandat judicial o l'acord de designació" i que té com a objectiu "protegir i mantenir relacions entre pares i fills segures, saludables i significatives"⁷⁰.

Les directrius d'aquesta associació son àmpliament considerades i acceptades científicament⁷¹, de la mateixa manera que son avalats per la comunitat científica els paràmetres i directrius per la pràctica de la coordinació parental emesos per la *American Psychological Association* (APA), que la defineix com "un procés de resolució de disputes no contenciós que és ordenat o acordat pel tribunal per a progenitors divorciats i separats que tenen un patró continu d'alta conflictivitat i/o litigi vers als seus fills", inspirat en l'interès superior del nen o nena i en ajudar als progenitors a "implementar i complir les resolucions judicials o els plans de parentalitat, per prendre decisions de manera coherent amb les necessitats psicològiques i de desenvolupament dels nens", reduir el conflicte al que es

encuentro familiar y coordinación de parentalidad, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº2 2/2016, p. 17-20 i també

FARTO PIAY, Tomás (Setiembre 2020). El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia", *Diario La Ley* nº9696, Sección Tribuna.

⁷⁰ Vid. "Guidelines for Parenting Coordination", Association of Family and Conciliation Courts Task Force on Parenting, 2019. Consultable a:

<https://www.afccnet.org/Portals/0/Guidelines%20for%20Parenting%20Coordination%202019.pdf?ver=2019-06-12-160124-780> (Última consulta 20/09/2021)

⁷¹ Es fan ressò de les seves Directrius en matèria de coordinador de parentalitat gran part dels autors/es analitzats així com el Col·legi Oficial de Psicologia de Catalunya. Vid. En aquest sentit CAPDEVILA BROPHY, Connie (2016). La coordinación de coparentalidad. Una intervención especializada para familias en situación de alta conflictividad crónica post -ruptura de pareja, *Anuario de Psicología* nº46, p. 41-49.

troben exposats els nens i nenes i posar fre la cronificació del conflicte i litigiositat innecessària per qüestions relatives a la criança.

Les directrius van adreçades a professionals de la psicologia, però poden ser “rellevants per a d’altres professionals”⁷². La APA proposa les pautes d’intervenció que han de regir aquesta funció i defineix les competències necessàries que han de concórrer en la persona designada. A més, recalca la necessitat de prendre consciència de la gran responsabilitat que el seu paper comporta i la necessitat que la persona designada assoleixi i continuï formant-se en coneixements psicològics i legals especialitzats.

La inserció d’aquesta nova figura en el sistema judicial en el dret comparat als Estats Units, Canadà i a l’Argentina (a cada territori amb les seves especificitats i la seva pròpia evolució i configuració), compta amb una evolució positiva⁷³ i s’ha erigit com una mesura capaç de contribuir a reduir la conflictivitat intrafamiliar en supòsits en els que s’ha implementat -d’alta conflictivitat familiar-i, en conseqüència, ha esdevingut una eina que pot conduir a la pacificació del conflicte, a la corresponsabilitat parental positiva i a la construcció d’una justícia terapèutica rehabilitadora del diàleg i de les relacions personals, amb tots els beneficis que aquest nou escenari comporta pels infants i adolescents.

Pel que fa al concepte d’*alta conflictivitat familiar*, Connie CAPDEVILA (2016, op. cit) refereix que aquest terme “s’ha utilitzat de forma vaga i indeterminada” i afirma que alguns autors identifiquen com a aspectes reveladors de l’alta conflictivitat “el gran nombre de litigis i re-litigis, l’alt nivell de ira i desconfiança, les dificultats de comunicació sobre els fills/es, la història de violència domèstica i el rebuig dels fills a anar amb un progenitor”, i afegeix que “els conflictes generats per la separació (humiliació, rebuig, la pèrdua) interactuen amb les vulnerabilitats caracterològiques dels progenitors, l’abús d’alcohol i drogues, els

⁷² Vid. Guidelines for the Practice of Parenting Coordination (2012), *American Psychological Association*, Vol. 67 N°1, p. 63-71. Consultable a: <https://www.apa.org/pubs/journals/features/parenting-coordination.pdf> (Última consulta 20/09/2021)

⁷³ En aquest sentit, entre d’altres, BLANCO CARRASCO, Marta (enero 2021) El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad”, *Actualidad Civil*, n°1, Sección Persona y derechos / A fondo.

trastorns de personalitat del grup B anomenats dramàtics, emotius o inestables (narcisista, antisocial, histriònic i límit). Els factors contextuals afegixen complexitat amb l'actuació dels professionals (psicòlegs, advocats) i institucions amb qui aquests poden potenciar el conflicte, i una vegada en un procés adversarial, augmenta el desgast emocional i la polarització de les posicions”.

En l'Annex IV de la Guia de criteris d'actuació judicial en matèria de custòdia compartida -ja referida, publicada pel CGPJ (2020)- relatiu a la intervenció judicial en famílies d'alta conflictivitat, els jutges i jutgesses intervinents fan un recull de supòsits que entenen poden ser determinants d'aquesta situació -tals com: ràbia i desconfiança entre els progenitors, reiterat conflicte verbal i comunicació insuficient, hostilitat, confusió entre qüestions relatives als fills o filles i les seves pròpies, escalada del conflicte que pot derivar en tràmits penals o en episodis de violència, reticència de les parts a propostes d'ajuda psicològica, o convenciment de cada progenitor de que només ell té aptituds per cuidar del fill o filla-.

Tot i els intents de propiciar nous escenaris alternatius per la resolució de controvèrsies (com el recurs a la mediació o les derivacions a teràpia familiar) que es susciten en el funcionament de la família després del seu trencament, en nombrosos supòsits aquestes altres vies no han funcionat o hi ha reticències a les propostes per dirimir les qüestions extrajudicialment, el que implica gran càrrega de treball als jutjats, sobre tot pel que fa a sol·licituds d'execució de la sentència, de modificació de mesures, o d'expedients de jurisdicció voluntària amb les peticions tant dispers i heterogènies que es poden donar en una situació de conflicte familiar a l'hora de prendre decisions o d'arribar a consensos entre els progenitors en relació a qualsevol aspecte relacionat amb la cura dels seus fills.

En aquest sentit, a la referida Guia publicada pel CGPJ (2020) es recull també que, a la pràctica dels jutjats de família, s'adverteix que hi ha un percentatge de ruptures familiars en les que tot i que en un principi el tràmit s'ha vehiculat per un procediment de mutu acord, transcorregut un temps, estimat en dos anys aproximadament pels psicòlegs, “presenten un elevat nivell de conflicte, que es tradueix en continues incidències en l'execució” i que, aquests casos

“tendencialment conflictius resulten exacerbats si es resolen pels procediments adversarials tradicionals”. S’indica també que la no identificació d’aquests supòsits d’alta conflictivitat *ex ante* encara dificulta més la gestió del conflicte i que les dades mostren que “el 25% de les ruptures dona lloc a una situació clarament conflictiva i un 10% de les famílies genera el 90% del treball dels Tribunals” posant clarament en relació aquesta saturació del sistema amb els perjudicis que pateixen els fills i filles; “aquestes dades reflecteixen que existeix una concentració d’esforços que perjudica a les restants famílies que esperen una resolució judicial. Els majors damnificats són els menors implicats (...) que tenen problemes d’adaptació i relació social, pateixen major fracàs escolar i desajustos en clau d’angoixa, agressivitat, hàbits desordenats, etc. A aquests efectes immediats s’afegeixen, a més, els denominats *efectes dorments*, això és, les disfuncions i mancances que apareixen a llarg termini, en l’edat adulta”.

Així, aquests conflictes que han de ser resolts de la forma més àgil possible -ja que la demora repercuteix de forma directa en perjudici dels fills i filles-, topen amb la dilació del procediment judicial, i alhora, la resposta judicial que se’ls pot donar no contribueix en res a la pacificació del conflicte, sinó que, en molts casos, encara pot suposar la cronificació i perdurabilitat del mateix.

Els instruments processals tradicionals amb els que compta l’autoritat judicial per a poder donar resposta als incompliments de les execucions, contemplats a l’article 776 de la LEC, tals com, imposició de multes coercitives o modificació del règim de guarda, no són operatius en procediments especials en matèria de família i és absolutament necessària, atesa la diferent naturalesa i la pròpia idiosincràsia i singularitats de la matèria, que l’autoritat judicial compti amb d’altres eines aptes per a garantir el compliment de les resolucions o que possibilitin adoptar una millor decisió des del prisma de l’interès o benefici superior dels fills i filles, el respecte a la vida familiar i a la preservació de la seva salut i benestar emocional.

3.6.2. Configuració jurídica en el nostre ordenament

És en aquest context, en el que es tracta d’implementar la figura del coordinador parental, però, malgrat les bones intencions que en la seva designació o

utilització es puguin posar de relleu, cal ja afirmar que no es troba exempta de ser jurídicament qüestionada. A l'estat espanyol la voluntat d'introduir aquesta figura ja consta en un document de *Conclusiones de la trobada entre jutges i advocats de família*, d'octubre de 2012⁷⁴. L'any 2013 s'inicià un projecte pilot per introduir la figura en el jutjat de família de Sabadell i a l'informe de conclusions es destaquen els beneficis que ha aportat a les famílies i la reducció de la conflictivitat en el si de les mateixes⁷⁵.

3.6.2.1. Marc català

És a Catalunya, concretament a la província de Barcelona, a on s'han dictat més resolucions acordant-se la introducció d'aquesta figura⁷⁶. Els pronunciaments en els que s'introdueix la figura al conjunt espanyol apareixen per primer cop a Catalunya l'any 2013. És destacable la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 12^a) nº301/2014, de 7 de maig, que fou confirmada pel Tribunal de Justícia de Catalunya (Secció 1^a) en virtut de Sentència nº 11/2015 de 26 de febrer. L'Audiència es basa en l'article 233-13 CCCat en consonància amb la Disposició Addicional Setena de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i família, per fonamentar l'adopció de la mesura. D'acord amb l'article 233-13 CCCat, relatiu a la "supervisió de les relacions personals en situacions de risc":

"1. L'autoritat judicial pot adoptar, per raons fonamentades, mesures perquè les relacions personals del menor amb el progenitor que no exerceix la guarda o amb els avis, els germans o altres persones pròximes es desenvolupin en condicions que en garanteixin la seguretat i l'estabilitat emocional.

⁷⁴ GONZÁLEZ VICENTE, Pilar, FORCADA MIRANDA, Francisco Javier (Dirs). (2012). *Conclusiones: encuentro con la abogacía especializada en Derecho de familia*, CGPJ, Madrid, 24-26 octubre 2012. Pot consultar-se el document a <http://www.scaf.cat/downloads/en12101.pdf> (Última consulta 20/09/2021).

⁷⁵ Es pot consultar l'informe de conclusions d'aquest projecte, a: <https://www.logosmedia.es/coordinacion-parental> (Última consulta 20/09/2021).

⁷⁶ Font: base de dades del CENDOJ. La majoria de Sentències de l'Audiència en què s'introdueix aquesta figura corresponen a la Secció 12^a (Magistrat Ponent: Il·lm. Sr. Pascual Ortuño Muñoz).

2. Si hi ha una situació de risc social o perill, es pot confiar la supervisió de la relació a la xarxa de serveis socials o a un punt de trobada familiar.”

Al seu torn, a la Disposició Addicional Setena de la llei esmentada, relativa a la possible supervisió del règim de relacions personals per part dels serveis socials o dels punts de trobada familiars, s'estableix que:

“1. D'acord amb la Llei 12/2007, de l'11 d'octubre, de serveis socials, l'autoritat judicial pot confiar la supervisió del règim de relacions personals a la xarxa de serveis socials, si hi ha una situació de risc social o de perill, perquè es faci un seguiment de la situació familiar.

(...)

4. En els casos en què no hi hagi cap risc de violència, abusos o maltractaments, quan la relació parental es consolidi, els responsables del punt de trobada familiar poden proposar a l'autoritat judicial la derivació del cas a una sessió informativa de mediació familiar.

5. El tribunal pot delegar al servei tècnic de suport judicial el seguiment de les mesures adoptades respecte al compliment del règim de relacions personals i a la seva supervisió.”

D'altres sentències, com la de la mateixa Secció (12^a) de l'Audiència Provincial de data 26 de juliol de 2013, fonamenta la figura en base als articles esmentats i també invoca el contingut dels articles 211-6 del CCCat -relatiu a l'interès superior del menor- i 236-3 del CCCat per fixar com a mesura apta per a garantir el superior interès dels nens, nenes i adolescents la designació d'un coordinador parental per tal que el “canvi de model de custòdia es realitzi amb el suport psicològic i educacional d'un coordinador de parentalitat”.

En base a l'article 236-3 CCCat, relatiu a la intervenció judicial en matèria de família:

“1. L'autoritat judicial, en qualsevol procediment, pot adoptar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial als fills en potestat. A aquest efecte, pot limitar les facultats

dels progenitors, exigir-los la prestació de garanties i, fins i tot, nomenar un administrador judicial.

2. L'autoritat judicial pot adoptar les mesures a què fa referència l'apartat 1 d'ofici o a instància dels mateixos fills, dels progenitors, encara que no tinguin l'exercici de la potestat, dels altres parents dels fills fins al quart grau per consanguinitat o segon per afinitat i del ministeri fiscal.”

En la ja referida Sentència nº11/2015 de 26 de febrer dictada pel Tribunal de Justícia de Catalunya (Secció 1ª) els magistrats avalen la introducció de la figura del coordinador de parentalitat referint en el Fonament Jurídic Quart que:

“La figura del coordinador de parentalitat sorgeix als anys 90 a Estats Units i al Canadà per a la normalització de les relacions parentals després del conflicte matrimonial o de parella, en contextos de greu conflictivitat per diverses causes, en les que es troben implicats els fills menors. (...) Els cònjuges no sempre es troben en disposició d'oferir aquesta col·laboració, produint-se situacions conflictives en el règim de compliment de les sentències que exigeixen d'una continua intervenció dels tribunals amb les limitacions de tot ordre, en particular, processals que comporta.

En aquests ordenaments el coordinador de parentalitat es presenta, doncs, com un auxiliar o col·laborador del jutge en la implantació efectiva de les noves mesures amb facultats de gestió del conflicte, de mediació, de reconducció de la família cap a la normalització de la nova situació en un clima pacífic que permeti que en un temps raonable la família accepti les noves pautes i sigui capaç d'autogestionar-les. En alguns casos el coordinador pot prendre decisions vinculants per a la família. S'organitza sota els principis d'especialitat, neutralitat, eficàcia i confidencialitat, excepte la informació que hagi de donar al tribunal.”

La imposició de la mesura, tot i comptar amb un marc jurídic suficient que la fonamenti, no és acceptada de forma pacífica per la doctrina, al sustentar-se en una construcció jurisprudencial i no trobar-se regulada de forma expressa, ja que no existeix cap norma que la creï ni en prevegi el seu funcionament i aquest fet planteja seriosos dubtes si es posa en relació amb la seguretat jurídica.

De la figura que es ve configurant i imposant, que esdevé potencialment pràctica, útil i descongestionadora del sistema judicial, no pot de moment, predicar-se que no se'ns plantegin dubtes quan atenem a qüestions com la idoneïtat, la transparència o els requisits que han de concórrer en el professional que exerceix aquesta funció. A més que, la figura parteix de la base que el coordinador té la clau per poder trobar el camí de resolució del conflicte, però res no garanteix -almenys de moment- la seva imparcialitat, ni capacitat, ni els criteris que inspiraran la seva tasca. Menys encara es parla d'un règim de responsabilitat o d'obligacions pel que fa als informes evolutius -depèn de cada resolució- ni del seu cost econòmic o com aquest serà atès per la família. Però més greu encara és el risc que planteja la figura davant el fet que se li puguin conferir funcions que son pròpies i exclusives de l'autoritat judicial, que és l'única que legalment ostenta la facultat de jutjar i fer executar el que s'ha jutjat⁷⁷.

Tornant a la Sentència nº11/2015 de 26 de febrer, el Tribunal Superior de Justícia ja reconeix al seu Fonament Jurídic Cinquè que aquesta figura no es troba regulada com a tal al nostre ordenament jurídic. No obstant, afegeix que:

“No ens és aliè el problema que el coordinador de parentalitat intenta solucionar en dret comparat; això és, l'efectiva implantació de les mesures judicials que afectin les relacions personals entre la família conflictiva de la manera més consensuada i pacífica possible, en evitació de tot risc emocional en els menors que pugui perjudicar la seva vida present i condicionar el desenvolupament futur de la seva personalitat. Amb això es tracta d'evitar una intervenció continua i forçada dels tribunals que no solen ser capaços de solucionar aquesta especial problemàtica amb els mitjans d'execució clàssics (apercebiments, multes o intervenció de la força pública).

Amb tot, el nostre dret, tant l'estatal com el dret civil de Catalunya -més evolucionat en aquest punt- no tracten els processos de família com als

⁷⁷ Vid. Articles 24 i 117 de la Constitució Espanyola, així com l'article 2 de la Llei Orgànica del Poder Judicial.

restants processos civils ordinaris en què es ventilen pretensions de caràcter privat.

Les sentències del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de gener; 58/2008, de 28 d'abril, o 185/2012, de 17 d'octubre, destaquen que en l'objecte d'aquests processos (...) s'amplien *ex lege* les facultats de l'autoritat judicial en garantia dels interessos que han de ser tutelats, entre els que ocupa una posició prevalent, l'interès superior del menor. (...)

Es va fent patent en l'iter legislatiu, la tendència a considerar aquests processos, més que com a processos de caràcter estrictament adversarial, com a processos de pacificació del conflicte familiar. En aquesta línia es va promulgar la Llei estatal 15/2005 de modificació del Codi civil i el Llibre II del Codi Civil de Catalunya, que en el seu Preàmbul pot llegir-se que el missatge del llibre segon es el d'afavorir les fórmules de coparentalitat i la pràctica de la mediació, com a eina per a garantir l'estabilitat de les relacions posteriors a la ruptura entre els progenitors, i l'adaptació natural de les regles als canvis de circumstàncies.

Per part seva les lleis procuren que els menors es trobin emparats en tot moment i de forma eficaç per totes les autoritats públiques, incloses les judicials.

Tal principi es deriva de l'art. 39 de la CE i de l'art. 17 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. Ho indica clarament l'Exposició de motius de la LOPJM quan afirma que amb les seves disposicions tracta de consagrar, en definitiva un principi d'agilitat i d'immediatesa en tots els procediments tant administratius com judicials que afectin a menors per a evitar perjudicis innecessaris que puguin derivar de la rigidesa d'aquells.

De la mateixa manera la protecció de l'interès superior del menor i la conveniència que no es trenquin els vincles familiars, es deriva del que disposen els nostres compromisos internacionals (arts. 3.1 i 9.3 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989 i de la doctrina del TDH que en la seva Sentència de 26/05/2009 disposa <que l'interès del fill

requereix que només circumstàncies molt excepcionals puguin portar a una ruptura d'una part del vincle familiar i que hagin d'adoptar-se totes les mesures necessàries per a mantenir les relacions personals i, en el seu cas, reconstituir el vincle familiar> (...)”

El TSJ per a sustentar la viabilitat de la mesura acordada també fa referència al marc europeu, en concret a la Recomanació 19/2006 del Consell d'Europa⁷⁸, que propugna la necessitat que “els Estats reconguin la importància de la responsabilitat parental i a que els pares tinguin suficients suports per a complir amb les seves responsabilitats en l'educació dels seus fills”. Postula el Tribunal que atenent a “l'obsolescència” de les mesures possibles contemplades a la LEC per a donar resposta a les múltiples situacions de conflictes que viu la família, i a que les lleis atorguen a l'autoritat judicial un “ampli marge d'actuació d'ofici quan es tracta de prendre mesures per a evitar perjudicis als menors, o bé per a conèixer la real situació familiar, que li permeten prendre les decisions més adequades, sobre la base del superior interès del menor que és el que sempre ha de prevaldre” -referint-se en concret a l'article 158 CCE, 233-10.4 i 236-3 CCCat i 12.2 de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA)-. És necessari, cada vegada amb més freqüència, que es recongui i s'entengui necessària la intervenció de professionals no jurídics com “avaluadors de la situació familiar i assessors del jutjat”.

El Tribunal argüeix que en el supòsit de la resolució recorreguda no era adient fixar la intervenció del Punt de Trobada atenent a que els fills no es trobaven en situació de risc ni de desemparament, ni tampoc la necessitat del jutjat quedava limitada a un informe estàtic per part de l'EATAF, i, en base a que aquests no son els únics experts que poden intervenir de conformitat amb la Disposició

⁷⁸ Aquesta Recomanació, Rec (2006) 19 del Comitè de Ministres de 13 de desembre de 2006, insta als Estats a la promoció i la creació dels suports suficients a les famílies per fer efectiu l'exercici positiu de la parentalitat, entès com “el comportament dels pares fonamentat en l'interès superior del fill, que cuida, desenvolupa les seves capacitats, no es violent i ofereix reconeixement o orientació que inclou l'establiment de límits que permetin el ple desenvolupament del nen”. Consultable a:

<https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/parentalidadPos2012/docs/informeRecomendacion.pdf>.

(Última consulta 20/09/2021)

Addicional Sisena de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya⁷⁹, valida la imposició de la figura del coordinador parental dictada per l'Audiència Provincial, tota vegada que “no veiem obstacle legal per a que els jutges, fundadament, en casos de greu conflicte i per tant *excepcionals*, amb la fi de preservar les relacions dels progenitors amb els seus fills menors, acordin recavar un suport especialitzat, no només per a l'elaboració d'un dictamen estàtic sinó també per a una actuació dinàmica” (FJ 7).

Ara bé, el Tribunal també fa esment de la necessària acomodació de l'actuació d'aquests professionals que intervinguin al mandat judicial atesa la indelegabilitat de la potestat jurisdiccional, i el que sí modula o precisa de la resolució recorreguda és l'àmbit i extensió de la mesura imposada atenent, refereix, a la “ingerència que suposa en la vida de la família” i a la necessitat d'adequar-la al marc normatiu (FJ 8). Cal destacar que, en aquest sentit, en el cas analitzat es limita l'actuació del coordinador parental a tres mesos, susceptible de pròrroga judicial fundada i s'exigeix que l'especialista designat sigui un dels adscrits als serveis tècnics del Jutjat, però tenint en compte que “la seva actuació no admet demora (...) podent recaure en un professional de les llistes proporcionades pel

⁷⁹ En virtut de la Disposició Addicional Sisena de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, que fa referència als dictàmens pericials relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental: “1. Els dictàmens pericials relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental tenen per objecte primordial esbrinar o apreciar l'existència en el menor, o en algun dels progenitors o en altres membres de la família que hi convisquin, d'una malaltia mental o d'anomalies de conducta que incideixin, perjudiquin o interfereixin en les relacions familiars, per a establir el règim de guarda i de relacions personals. També poden tenir per objecte comprendre adequadament el sistema de relacions personals existent en la família o en els nous nuclis en què el menor s'ha d'integrar, i les mesures de seguiment que s'hagin d'adoptar per a garantir el dret dels menors a mantenir la normalitat en les relacions amb llurs progenitors. 2. Els dictàmens relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental que les parts aportin al procés equivalen als que elabora l'equip tècnic de suport judicial o els professionals que el jutge designa en lloc seu, sempre que el perit hagi estat designat per un col·legi professional o una entitat reconeguda per l'Administració a partir d'un cens d'especialistes i de manera que se'n garanteixi l'objectivitat, la imparcialitat i la capacitat tècnica. 3. Si els mitjans probatoris aportats per les parts relatius al règim de guarda, inclosa la compartida, i de relacions personals no ofereixen suficients elements de judici, el tribunal pot disposar que un perit judicial elabori un informe. El perit s'ha de designar entre els especialistes dels equips tècnics de suport judicial, de la clínica de medicina forense o dels col·legis professionals corresponents si els serveis públics d'assessorament no existeixen o no poden assumir la designació. 4. Els especialistes integrats en els equips tècnics que donen suport als tribunals o els designats en lloc d'aquells són auxiliars dels tribunals. Les autoritats i els organismes públics i privats, i els professionals que hagin intervingut prèviament amb la família, tenen el deure de col·laborar-hi. Si la col·laboració sol·licitada fa referència a aspectes protegits pel secret professional, pel dret d'intimitat o per la normativa relativa a dades personals, es requereix una resolució expressa del tribunal.

Col·legi de Psicòlegs de Catalunya de entre els especialistes en parentalitat” (FJ 2).

A Catalunya, des de l'any 2013 s'ha anat acordant d'ofici la figura del coordinador de parentalitat⁸⁰. Com ja hem referit, també des del 2013 s'han anat impulsant i aplicant projectes pilot en el que s'introdueix un coordinador de parentalitat en trencaments familiars amb una alta conflictivitat. Ara bé, no existeix encara uniformitat de criteris pel que fa a la seva configuració, funcionament, competències o aptituds i formació necessàries per a poder desenvolupar aquesta designació.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya argüeix també en la Sentència n°1/2017 (Secció 1ª), de 12 de gener, que “les relacions jurídiques que es ventilen als processos de família porta inherent una inevitable carrega emocional que els operadors jurídics no poden defugir contemplant la resolució del conflicte exclusivament des d'un punt jurídic. Igualment cal considerar el caràcter evolutiu i dinàmic d'aquesta classe de relacions que en ocasions s'aprecia en les variacions que experimenta el propi procés en les seves diferents instàncies i sobre tot, en execució, essent precisament en aquesta fase en la que s'observa obsolescència dels instruments processals oferts per la LEC per a solucionar les controvèrsies que vagin sorgint” trobant convenient, en el cas en què es pronuncia, designar un coordinador de parentalitat que intervingui a fi i efecte d'aproximar mare i fill.

Aquest mateix Tribunal en Sentència n°119/2019 (Secció 1ª) de data 19 de setembre de 2019, reitera la validesa de la figura del coordinador de parentalitat “als efectes de procurar la més íntegra preservació de l'interès del menor” i la sustenta jurídicament en el contingut de l'article 236-3 CCCat pels supòsits en que hi hagi risc o perill potencial per a la persona menor d'acord amb l'article 233-13 CCCat.

⁸⁰ Tal i com es contempla al *Segundo Informe sobre Coordinación de Parentalidad. Perspectiva feminista jurídica y psicológica* (Ob. Cit), des de l'1 de juny de 2018 fins el 31 de desembre de 2020, es fa referència a la figura del coordinador parental en resolucions de les Audiències Provincials en 40 casos a Catalunya (majoritàriament de la Secció 12ª), mentre que a la resta del conjunt del territori espanyol es fa referència en 37 resolucions (majoritàriament a València).

A Catalunya, en les últimes resolucions que fan esment a la figura del coordinador parental⁸¹ es fa referència, entre d'altres extrems, a que:

- S'ha fixat aquesta mesura per a la “recuperació dels vincles familiars”.
- S'imposa per a la “planificació conjunta de l'exercici compartit de les responsabilitats parentals que estigui inspirada en el principi de col·laboració positiva dels litigants en benefici dels seus fills”.
- Es fixa la periodicitat dels informes -es sol acordar una periodicitat de màxim cada tres mesos-.
- Respecte la seva designació es desprèn que alguns jutjats de primera instància que l'acorden, opten, en primer lloc, per l'opció que l'especialista sigui designat per les parts de mutu acord. Si no és possible aquest consens es sol·licita que es designi per l'EATAF (si pot acceptar i dur a terme l'encàrrec de forma immediata), o bé, en tercer lloc, la mesura de suport la pot desenvolupar un especialista en parentalitat dels professionals adscrits a les llistes del Col·legi de Psicòlegs de Catalunya o del centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya.
- També s'indica que el coordinador compta amb àmplies facultats per mantenir contacte directe tant amb els infants o adolescents com amb els progenitors, o família extensa, així com inclús amb d'altres professionals com metges, psicòlegs o professors amb els que tinguin contacte els fills o els progenitors. També es refereixen a la potestat del coordinador de parentalitat d'accedir a tota la informació que requereixi pel desenvolupament del seu encàrrec, a banda de proposar els acords pertinents a les parts i a l'autoritat judicial, actuant com un auxiliar d'aquest

⁸¹ S'han consultat les següents resolucions de l'Audiència Provincial de Barcelona: SAPBCN (Secc. 12^a) 133/2021 de 4 de març, SAPBCN (Secc. 12^a) 103/2021, de 23 de febrer; SAPBCN (Secc. 12^a) 114/2021, de 26 de febrer; Interlocutòria APBCN (Secc. 18^a) 416/2020 de 21 d'octubre, SAPBCN (Secc. 18^a) 406/2020, de 18 de juny; Interlocutòria APBCN (Secc. 12^a) 129/2020 de 4 de maig. D'aquesta última és destacable el recull que fa a les funcions de la figura del CP i als seus principis inspiradors: l'interès superior del menor, la imparcialitat, la no confidencialitat davant el Jutjat i la no voluntarietat.

en el marc de l'article 233-13 CCCat i la DA 7^a de la Llei 25/20210, de 29 de juliol.

- A més, les últimes resolucions consultades, contempnen també la durada de la intervenció, que es sol fixar en un termini de sis mesos -susceptible de pròrroga judicial-;
- i també solen pronunciar-se sobre com les parts hauran de suportar el cost (algunes sentències entenen que es tracta d'un cost que té la naturalesa de despesa extraordinària i indiquen el percentatge que cada progenitor ha d'assumir i d'altres indiquen que ha de ser assumit pels progenitors excepte si tenen Dret a Justícia Gratuïta i aquesta intervenció està coberta per aquest Dret). Val a dir que aquesta despesa no es troba prevista ni s'integra, almenys encara, en el contingut material del dret a l'assistència jurídica gratuïta previst a l'article 6 de la *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita*.

De les resolucions consultades s'infereix la gran disparitat de criteris existent entorn la figura al no trobar-se regulada. En el que sí coincideixen de forma unànime les resolucions analitzades és en el fet que la mesura és d'obligat compliment tota vegada que no és voluntària.

3.6.2.2. Marc estatal

A nivell estatal, la figura també ha anat proliferant. L'any 2018 el Ministeri de Justícia va recomanar a les comunitats autònomes amb competències en matèria de Justícia que impulsessin programes pilot per a promoure la utilització d'aquesta figura en els territoris a on encara no s'hagués implementat⁸².

A Navarra inclús es contempla expressament la figura a l'article 77 de la Llei Foral 21/2019, de 4 d'abril, de modificació i actualització de la Compilació del Dret Civil Foral de Navarra o Fur Nou, dedicat a la supervisió judicial de la responsabilitat parental, preceptuant-se que "En tots aquells procediments en els

⁸² Es pot consultar la nota de premsa a: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2018/031018confsectorial.aspx> (Última consulta 18/09/2021)

que segons les lleis de la present Compilació el jutge hagi de pronunciar-se sobre qüestions derivades de la responsabilitat parental, podrà adoptar, motivadament, les mesures que estimi necessàries per a supervisar les relacions dels fills amb els seus progenitors amb la finalitat de garantir els seus drets, podent designar a tal fi un coordinador de parentalitat. Quan apreciï fundadament l'existència de risc pels menors o qualsevol altre circumstància que ho justifiqui, podrà confiar aquesta supervisió als serveis socials o als punts de trobada familiars". De la pròpia literalitat del precepte es desprèn que l'autoritat judicial podrà implementar aquesta mesura "motivadament" però sobta que no faci esment a la necessitat que hi concorri el supòsit d'alta conflictivitat familiar. Tanmateix, a l'Exposició de Motius d'aquesta llei ja s'indica que "la nova regulació és clarament tendent a fomentar el pacte de parentalitat entre els progenitors com a primera opció per a regular les relacions familiars i evitar la litigiositat així com a orientar la mediació que faciliti tal fi, oferint, subsidiàriament, una àmplia discrecionalitat judicial per a, des del principi fonamental *favor filii*, adoptar en cada cas concret les mesures que en defecte de pacte superin les llacunes o taxativitats del text civil comú, tant clarament evidenciades en els últims temps per l'amplia varietat de situacions i circumstàncies específiques concurrents, així com per a propiciar la coordinació de parentalitat (...)"⁸³.

3.6.3. Anàlisi de les deficiències actuals de la figura

A la Comunitat Valenciana, el Síndic de Greuges, en resolució de desembre de 2018, després de fer palesa l'escassetat de recursos econòmics i les mancances greus dels Punts de Trobada Familiars del seu territori, alertava que després d'assistir al programa pilot sobre parentalitat dels jutjats de València per introduir aquesta figura considerava que era necessària una "major reflexió i debat profund sobre els distints dispositius d'atenció que tenen per finalitat prestar serveis especialitzats per a facilitar que les persones menors puguin mantenir relacions amb els seus familiars durant els processos de separació, divorci o d'altres supòsits d'interrupció de la convivència familiar (...)" i suggeria "elaborar un mapa de recursos i necessitats amb la finalitat de coordinar i millorar els recursos existents incorporant aquesta figura o incorporant als equips existents

⁸³ BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019

aquesta figura com a membre de coordinació entre els Punts de Trobada Familiars i els Jutjats”⁸⁴.

A Catalunya, el Síndic de Greuges, en el seu últim informe relatiu als Drets dels Infants i Adolescents, de desembre de 2020, ha posat de manifest que, tot i els resultats majoritàriament positius per les famílies en les que ha actuat la figura, per expandir l’aplicació de la mateixa “cal definir legalment la figura i regular-ne les funcions, els àmbits i les condicions d’actuació, i el perfil i els requisits del professional a qui s’encarrega aquesta complexa intervenció. També hi ha les condicions de la derivació de casos a coordinació de parentalitat, les tarifes per les actuacions amb persones que tinguin reconegut el dret a l’assistència jurídica gratuïta, si escau, entre altres aspectes imprescindibles que cal desenvolupar detalladament relacionats amb qüestions tècniques, i també deontològiques, relatives a l’exercici d’aquesta funció.” Així mateix, recomana al Departament de Justícia que continuï avançant en la seva implementació i que “els poders públics han de continuar reflexionant sobre la necessitat d’oferir instruments de suport intensiu i seguiment familiar de les mesures establertes per resolució judicial, de manera que es garanteixi que les necessitats físiques, afectives, psicològiques i emocionals dels infants i adolescents afectats es cobreixen per assegurar el seu correcte desenvolupament i el respecte als seus drets”⁸⁵.

A nivell estatal, col·lectius de juristes s’han pronunciat en contra d’aquesta figura en base a la inseguretat jurídica i a la vulneració de drets que pot comportar la seva imposició. A continuació es refereixen algunes de les crítiques entorn aquesta figura:

- Com avançàvem, existeixen crítiques respecte la seva imposició. La imposició judicial de la figura es du a terme inclús compel·lint les parts a la col·laboració amb sancions pecuniàries o inclús amb l’advertència de

⁸⁴ Resolució de data 27/12/2018, consultable a: <http://www.elsindic.com/Resoluciones/10997711.pdf> (Última consulta 18/09/2021)

⁸⁵ Síndic de Greuges (desembre 2020). *Informe sobre separacions conflictives, Els drets dels infants i adolescents: centre d’atenció en les separacions conflictives*, consultable a: https://www.sindic.cat/site/unitFiles/7481/Informe%20sobre%20separacions%20conflictives_cat_ok.pdf (Última consulta 18/09/2021)

canvi de règim de guarda. Els juristes alerten que aquesta designació de “perits” o “auxiliars dels tribunals” (existeix disparitat en com els cataloguen els diferents òrgans arreu de l'estat amb la inseguretat jurídica que això comporta) s'ha acordat fins i tot en casos de violència sobre la dona, contravenint el Conveni d'Estambul, que en el seu article 48⁸⁶ proscriu l'aplicació de mecanismes adequats de solució de controvèrsies en supòsits en què hi concorri violència sobre la dona.

- Constaten també que a les persones designades se'ls hi pressuposen uns coneixements, una formació i unes aptituds que potser no tenen (no existeixen requisits reglats de formació per a accedir a aquesta figura), no acreditant, per tant, formació especialitzada en drets dels infants, ni en mediació, ni en perspectiva de gènere, amb els riscos que aquesta manca de regulació comporta.
- A més, afirmen que al coordinador de parentalitat se l'investeix d'unes prerrogatives que no li pertocuen, com seria la possibilitat de tenir accés a informes dels Punts de Trobada o d'equips psicosocials, accedir a l'expedient judicial sense autorització judicial prèvia o derivar als progenitors a serveis de suport a les famílies, inclús facultant-lo per dictar resolucions no recurribles, amb la conseqüent indefensió que aquests fets comporten.
- A més, se li permet l'accés il·limitat a dades especialment sensibles de tercers relacionats amb la família, com ara el centre educatiu o els serveis mèdics, sense que hi concorri consentiment explícit, tenint accés a les dades de les persones menors de forma il·limitada. En aquest sentit, s'alerta que aquest accés a dades sensibles es pot traduir en una vulneració de la intimitat. Inclús, aquest accés gairebé il·limitat a la

⁸⁶ Instrument de ratificació del Conveni del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència contra la dona i la violència domèstica, celebrat a Estambul el 11 de maig de 2011, (BOE-A-2014-5947), en el que al seu article 48.1 es disposa: “Les Parts adoptaran les mesures legislatives o d'altre tipus necessàries per a prohibir els mètodes alternatius obligatoris de resolució de conflictes, incloent la mediació i la conciliació, en el que respecta a totes les formes de violència incloses en l'àmbit del present Conveni”.

informació sensible dels infants i adolescents, apunten, contravindria l'article 16 de la Convenció de Nacions Unides sobre Drets de l'Infant de 1989⁸⁷.

- També adverteixen gran disparitat en la coordinació i funcionament dels coordinadors parentals arreu de l'estat espanyol -de vegades, afirmen, se'n designen diversos per una mateixa família amb la dificultat afegida que això comporta- i posen de manifest els efectes negatius que la dilació de la seva actuació suposen en l'economia de la família.
- Incideixen també, en què, de fons, en els informes i resolucions es fa ressò del “Síndrome d'Alienació Parental” (SAP) o a d'altres noms que “encobreixen la mateixa figura” i constaten que: “els i les coordinadores de parentalitat estan sent instruïdes en el fals Síndrome d'Alienació Parental (SAP) en la majoria de màsters i cursos que s'imparteixen i apliquen la teràpia del càstig i de l'amenaça en la seva intervenció judicial, conculcant els criteris del CGPJ d'actuació judicial davant la violència de gènere. (...) El SAP és el paradigma de la justícia patriarcal que no garanteix els drets de les dones, nenes i nens; ans al contrari, corren perill els seus drets quan apareix” i defensen que “els Gabinetes Psicosocials adscrits als Jutjats són els instruments públics existents més adequats per a esbrinar en cada cas les raons de la negativa dels menors a relacionar-se amb el progenitor no custodi”⁸⁸.

Arribats a aquest punt, convé fer esment al *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*⁸⁹, que es publicà el 17 de maig de 2019, en

⁸⁷ En aquest sentit, POYATOS MATAS, Gloria (2020) A propósito de la figura del coordinador parental. Análisis multidisciplinar. *El Derecho. com*. Consultable a: <https://elderecho.com/a-proposito-de-la-figura-del-coordinador-parental-analisis-multidisciplinar>. (Última consulta 20/09/2021), En virtut de l'article 16 de la Convenció “L'infant té dret a no ser objecte d'intromissions en la seva vida privada; té dret a la família, al domicili i a la correspondència, i no ha de ser objecte d'atacs il·legals pel que fa a la seva honra i la seva reputació”

⁸⁸ Vid. *Segundo Informe sobre Coordinación de Parentalidad. Perspectiva feminista jurídica y psicológica* (Ob. Cit), que treballen en aquest sentit.

⁸⁹ Vid. ROSALES ÁLAMO, Manuel; FERNANDEZ ALAYA, Rosalía, FARIÑA RIVERA, Francisca (2019). *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad. I fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar*. Consultable a:

aquest context de proliferació de la figura del coordinador parental i de, alhora, necessitat de dotar d'eficàcia processal als òrgans judicials dissenyant instruments capaços de donar resposta als particulars conflictes que es plantegen en els procediments de família, però sempre vetllant pels drets dels infants i per la preservació de totes les garanties jurídiques possibles en la seva configuració. Aquest document base neix d'un fòrum d'experts de l'àmbit del Dret, la Psicologia i el Treball Social, universitari i professional; que davant els dubtes jurídics i pràctics que ha suscitat aquesta nova figura pretén "elaborar un document expert sobre els criteris tècnics i científics necessaris per a un adequat desenvolupament de la Coordinació de Parentalitat a tot el territori nacional, la implantació judicial, la formació, les funcions i les competències necessàries per al seu exercici".

Els autors defineixen el "coordinador de parentalitat o coordinador de coparentalitat (CP)" com a professional que "realitza la seva tasca en l'àmbit jurídic o privat i, preferentment, en equips interdisciplinaris, oferint, previ consentiment de les parts i/o del jutjat, un procediment alternatiu de resolució de disputes, assistint, orientant i intervenint preventivament a progenitors/es tutors/es en situació d'alta conflictivitat o en risc d'estar-hi (...) que ha de ser capaç de detectar, prevenir i actuar davant la violència de gènere, la violència filioparental i d'altres formes de violència (...)". Seguint amb el que afirmen els autors, el CP en el seu exercici professional no du a terme una mediació, tot i que "utilitza algunes de les seves metodologies i tècniques així com d'altres estratègies de resolució de conflictes" i, en l'exercici de les seves funcions "desenvolupa accions psicoeducatives i altres tècniques d'intervenció psicològica encaminades a informar, sensibilitzar, canviar actituds, potenciar habilitats, gestionar adequadament les seves emocions i comprometre als progenitors/es tutors/es en el benestar integral de les persones menors d'edat". Els autors defineixen l'alta conflictivitat familiar com "les disputes intenses entre els seus membres, caracteritzades per elevats nivells de desconfiança, enuig, ira i hostilitat. En processos de ruptura de parella deriven en la falta de comunicació

i consens en la presa de decisions parentals, tendint a provocar la cronificació del conflicte i/o la judicialització de les relacions familiars (...)

En el document, a més de definir la figura, els autors fan referència al seu àmbit d'aplicació, proposant un seguit de situacions familiars que entenen propícies per a la inclusió d'un CP i d'altres específiques. Els contextos familiars considerats són molt amplis, el que fa que en gran part dels conflictes que poden tramitar-se judicialment pugui resultar ser, segons el document, un context susceptible d'actuació d'aquesta figura. Destaquen com a situació propícia el de "història referida o explícita de resistència dels menors a relacionar-se amb un dels progenitors, i de ser el cas, amb d'altres familiars", "no acceptació, rebuig o abandonament d'altres intervencions, especialment, mediació familiar, teràpia forense o psicològica", "quan es requereixi la ampliació i/o especificitat del pla de parentalitat en qüestions no substancials en àmbits com l'educatiu, sanitari, etc."; també refereix el document a "situacions familiars específiques" en contextos familiars a on concorren addiccions, història de violència familiar "violència de gènere, filioparental o maltractament infantil", trastorns psicològics o psiquiàtrics o privació de llibertat d'algun dels progenitors. Els únics supòsits en que entenen que la figura no pot ser aplicada és en casos de "possible risc de la integritat de qualsevol de les persones implicades en la intervenció, i, especialment de les persones menors d'edat".

Respecte la seva intervenció en aquests contextos tant diversos, d'entrada entenem que és necessari garantir que aquest risc per a la integritat que desaconsella la seva intervenció ha de poder ser valorat tant abans de la designació com també després, doncs ha de poder ser valorat i advertit durant tot el procés per si aparegués en un moment posterior a aquesta. I, a més, se'ns plantegen seriosos dubtes jurídics per cohonestar l'aplicació de la figura en els contextos de violència familiar.

Seguint amb aquest Document base, els experts que l'elaboren també van situar el marc jurídic de desenvolupament de la figura. Invoquen els articles 158 CCE i 2 de la LOPJM, el CCCat, la ja citada LDOIA, la regulació internacional relativa a la necessària protecció dels drets dels menors així com a la també citada Recomanació Rec (2006) 19 del Comitè de Ministres de 13 de desembre de

2006, sobre polítiques de suport a l'exercici positiu de la parentalitat. Al mateix temps, però, argumenten també que és necessària una regulació estatal per integrar aquesta figura en el nostre sistema judicial, regulant, entre d'altres extrems, el seu estatut jurídic per evitar la disparitat de criteris, proposant que es dugui a terme una "legislació estatal de mínims sobre la coordinació de la parentalitat, amb les suficients garanties legals i al propi temps flexibilitat necessària per al seu desenvolupament" i proposen que, de forma urgent, s'introdueixi la figura en el CCE i en la LEC a efectes de facilitar la seva intervenció en l'àmbit de l'execució de sentències.

Les mesures proposades en aquest Document, de moment, no han estat acollides pel legislador. I ni la LOPIIA ni l'Avantprojecte de Llei de Mesures d'Eficiència Processal del Servei Públic de Justícia se n'han fet ressò.

De l'anàlisi de les propostes de modificació/ introducció a les normes bàsiques substantives i processals que consten al Document destaquen:

- Dotar de caràcter obligatori a la figura si s'estableix per l'òrgan judicial (fet que concorre en la majoria de supòsits),
- Legitimar al coordinador de parentalitat per tal que actuï com a "autoritat delegada del tribunal", essent un auxiliar de l'administració de justícia;
- Fixar el deure d'informar per part del coordinador com a mínim cada tres mesos al tribunal i establir que la durada màxima de la mesura sigui de dotze mesos, prorrogables per causa justificada uns altres dotze mesos més;
- Que la designació es pugui dur a terme per part dels progenitors i, si no hi ha consens, es faci per l'autoritat judicial que el designarà del servei corresponent; i, a més,
- Proposen que el cost del servei i la manera d'afrontar el mateix per la família sigui determinada per l'autoritat judicial, i que pels casos en que alguna de les parts tingui reconegut el Dret a la justícia gratuïta, s'inclogui en aquest el cost de la seva intervenció.

- A més, val a dir, que els autors fan propostes relatives a la formació necessària suficient pel desenvolupament del càrrec i les competències que han de concórrer en el designat, així com també a l'existència d'un protocol d'actuació per a la seva intervenció.
- També proposen la permanència del grup de treball per elaborar un projecte científic en què s'examinin els processos i resultats en els plans pilots que existeixen arreu de l'estat i insisteixen en la necessitat de diferenciar entre els diferents recursos en matèria de família.
- Relacionat amb el que s'ha exposat anteriorment, proposen també, l'elaboració d'una guia o mapa de recursos pels tribunals per facilitar que optin pel més adequat atenent al cas concret –“mediació, centres d'orientació, suport i intervenció familiar, programes educatius i de suport per a l'exercici de la coparentalitat, equips psicosocials, punts de trobada familiars i coordinació de parentalitat”-; entre d'altres propostes que consten al Document.

A hores d'ara, se'ns plantegen dubtes en la configuració de la figura i cal una reflexió profunda d'aspectes tant essencials com l'obligatorietat de la mateixa, l'assumpció del seu cost per les famílies, la possibilitat pel coordinador de parentalitat d'accedir i utilitzar per la seva tasca dades sensibles dels nens, nenes i adolescents, la seva possible extralimitació pel gran marge d'actuació a cadascuna de les múltiples situacions que se li puguin plantejar (i és absolutament necessari que ho faci sempre des del principi de la mínima intervenció i respectant els drets dels infants i des d'una perspectiva de gènere), i, en consonància la necessitat d'establir un règim de control, així com un règim de responsabilitat i possibles sancions en la seva actuació. També, com ja avançàvem, planteja seriosos dubtes de dret la seva intervenció, inclús obligatòria, en casos en què concorri violència familiar. Si bé calen mecanismes pacificadors del conflicte és obvi que aquesta pacificació no troba el mateix encaix en aquests últims supòsits.

En supòsits en els que concorre violència inclús es podria entendre que la seva imposició contravindria l'article 544 ter. 7 de la LECrim en seva última modificació introduïda per la LOPIIA, en virtut del qual “quan es dicti una ordre de protecció amb mesures de contingut penal i existissin indicis fundats que els nens i nens menors d'edat haguessin presenciat, patit o conviscut amb la violència (...) l'autoritat judicial, d'ofici o a instància de part, suspendrà el règim de visites, estances, relació o comunicació de l'inculpat respecte dels menors que depenen d'ell. No obstant, a instància de part, l'autoritat judicial podrà no acordar la suspensió mitjançant resolució motivada en interès superior del menor i prèvia avaluació de la situació de la relació paternofilial.”, així com també es podria entendre que la seva imposició també és contrària al mandat contingut a l'article 94 CCE, en la seva nova redacció introduïda per la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, que estableix “No procedirà l'establiment d'un règim de visita o estança, i si existís es suspendrà, respecte del progenitor que es trobi incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre cònjuge o dels seus fills. Tampoc procedirà quan l'autoritat judicial adverteixi, de les al·legacions de les parts i les proves practicades, l'existència d'indicis fundats de violència domèstica o de gènere. No obstant, l'autoritat judicial podrà establir un règim de visita, comunicació o estança en resolució motivada en el interès superior del menor (...)”.

Val a dir, al seu torn, que la *American Psychological Association* (APA) en el document ja referit “*Guidelines for the Practice of Parenting Coordination*” (2012) alertava en la Directriu 4 que els contextos de violència familiar els coordinadors de parentalitat poden no ser aptes per a la aplicació de la mesura, atenent a que es poden presentar “riscos substancials de seguretat o de desequilibris de poder” i que no es poden confondre els supòsits d'alta conflictivitat familiar amb els de violència familiar, domèstica o de gènere, en els que la protecció de les víctimes és més segura mitjançant la intervenció directa del tribunal. Afegia també la necessitat que el coordinador parental pugui advertir aquestes situacions i valorar si és possible o deixa de ser possible la seva intervenció amb la finalitat de preservar els drets de la víctima i protegir-la.

Tampoc queda clara la seva concepció d'auxiliar de justícia sense que depengui de l'Administració de Justícia ni en quina mesura la seva actuació es troba dotada de mecanismes de control suficients.

Ni tampoc aspectes tant bàsics com en quins casos i fins quin moment és possible implementar-la o, ni tan sols, com valorar aquesta potencial situació de risc pels infants o adolescents o aquesta potencial situació de conflictivitat familiar que es pot donar a la família i que pugui emparar la seva aplicació.

Un altre aspecte que també cal clarificar i regular és el perfil o formació que ha de tenir el coordinador de parentalitat. Els experts apunten que els progenitors i familiars directes en un context d'alta conflictivitat familiar poden presentar símptomes de malalties mentals fruit de la inestabilitat provocada pel conflicte i sembla del tot convenient que aquest professional tingui capacitat i coneixements suficients per poder detectar-los i per proporcionar les eines necessàries per tal de contribuir a facilitar un tractament adequat en benefici del benestar de les filles i fills i de procurar-los un context saludable⁹⁰.

Des de l'àmbit de la psicologia grups de treball centrats en l'estudi del Coordinador de Parentalitat també alerten sobre la necessitat de regular la figura per a situar-la professionalment, diferenciar-la clarament de les altres mesures, i

⁹⁰ Vid. TERRATS RUIZ, Gloria (2019). Intervención del coordinador de parentalidad en salud mental", *Revista anuari de psicologia* nº 49/3, p. 139-146, que afirma que "tenint en compte la naturalesa autodestructiva que pot tenir el comportament d'alguns progenitors, és probable que raonar amb ells no sigui efectiu. El CP no avalua per a determinar l'existència o no d'un trastorn de personalitat, però sí necessitarà derivar a la persona al professional que correspongui quan reconegui l'existència de simptomatologia que suggereixi la presència d'algun tipus de trastorn" i posa èmfasi en que "quan l'adaptació al divorci s'interromp per un procés d'alta conflictivitat, els menors paguen un preu molt alt. Si els pares perden els límits de la coparentalitat, els resultats poden convertir-se en aliances complicades que comporten tensions emocionals i lleialtats especialment doloroses per als més petits".

garantir la protecció legal de les seves intervencions⁹¹ i justifiquen la seva necessària implementació⁹².

Recapitulant, tècnicament advertim greus deficiències i se'ns plantegen alguns dubtes alhora d'encaixar jurídicament aquesta figura en el nostre sistema. És una figura de creació jurisprudencial que té base jurídica suficient per poder ser implementada però requereix d'una regulació que permeti la seva introducció i aplicació amb totes les garanties. La figura del coordinador de parentalitat és potencialment apte per contribuir a la pacificació del conflicte i, sobretot, per la rehabilitació de la comunicació en el si de la família, i coadjuva amb la necessitat de construir una justícia terapèutica. A més, de ben segur que la seva implementació contribuirà a reduir les conseqüències nocives de la dilació de les execucions en matèria de família, i permetrà donar compliment per part de l'Estat també a les obligacions positives de l'article 8 de la Convenció dels Drets de l'Infant a les que ja ens hem referit a l'apartat anterior. Però tot això només pot ser possible si aquesta figura és regulada i la seva actuació es troba investida de totes les garanties per tal de no poder-se comprometre la seguretat jurídica ni els drets de les persones que puguin resultar-ne afectades per la seva intervenció.

Així doncs, malgrat els esforços de dotar de seguretat jurídica la figura, cal una regulació expressa urgent de la mateixa en els extrems ja apuntats. Ja tenim altres mecanismes, potser en essència no tant dinàmics ni constants d'intervenció, però que podrien funcionar millor i que, degut en gran part a l'escassetat de recursos econòmics o al desconeixement per part dels operadors jurídics, no acaben de funcionar. La mediació és una figura regulada àmpliament, i potencialment apte per a poder contribuir a una millor gestió dels conflictes i de

⁹¹ En aquest sentit, TERRATS RUIZ, Gloria i CARMONA ALGUERÓ, Anna (2019) Características del rol del coordinador de la parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones. *Revista de Mediación*, nº 12, que, després de fer una gràfica distinció entre les diferents intervencions o figures amb la del coordinador de parentalitat, conclouen: "Al igual que en el seu moment es va fer amb la mediació, la figura del CP precisaria d'una regulació ad hoc que, a més de l'enquadrament legal per a l'exercici de la professió, facilités a tots els operadors que actuïn dins aquest àmbit garantir la protecció legal de les seves intervencions, així com la pràctica del desenvolupament de les seves funcions". Consultable a:

<https://revistademediacion.com/articulos/caracteristicas-del-rol-del-coordinador-de-parentalidad-y-sus-diferencias-con-otras-intervenciones/> (Última consulta 20/09/2021)

⁹² Entre d'altres, CAPDEVILA BROPHY, Connie; CARTIÉ JULIÀ, Mercè i COSTA LAMENA, María José. (2019). La figura del coordinador o coordinadora de coparentalidad (CP) en el marco legal catalán y estatal. La designa del CP. *Anuario de Psicología* nº49/3, 128-138.

forma desjudicialitzada. En canvi, encara ara, estem en procés d'implementació en el conjunt estatal i de consciència social de la seva existència i el seu reconeixement. Cal, per tant, reflexionar sobre els aspectes que cal regular, però també, certament sobre el seu marc d'actuació i la delimitació amb d'altres figures o recursos.

Com dèiem, una figura que pretén tenir tant de pes a la vida de les famílies i que de ben segur adopta decisions que influeixen directament en els seus drets més fonamentals (tant dels progenitors, com, sobre tot en els dels drets dels infants i adolescents) ha d'estar expressament regulada i aquesta regulació ha de ser unificada i exhaustiva, així com dotada de mecanismes de control i de revisió constant per l'ordenament jurídic. Sobta que els últims instruments legislatius no es pronunciïn respecte aquesta nova figura, ni la LOPIIA ni l'Avantprojecte de Llei de Mesures d'Eficiència Processal del Servei Públic de Justícia; però, que en canvi els programes pilot d'implantació de la figura i els cursos de formació per a exercir com a coordinador de parentalitat vagin proliferant sense un marc jurídic clar, amb la inseguretat jurídica i les possibles vulneracions dels drets dels infants que tot això pot comportar.

3.7. L' audiència del NNA en els procediments judicials de família

L'audiència o l'entrevista de la persona menor -o encara anomenada exploració del menor- esdevé una actuació essencial, tant a nivell personal com processal pels nens, nenes i adolescents (NNA) quan cal resoldre o prendre decisions sobre qüestions que els afecten, en el marc dels procediments judicials, o administratius, així com també en els mecanismes adequats de solució de controvèrsies. I, a banda d'essencial, és imprescindible la seva observança quan concorrin les circumstàncies adients i sempre atenent al seu interès superior.

Sobta però, que existeixi tanta disparitat de criteris en la pràctica d'aquesta audiència, i que inclús es qüestionï, en molts casos, la necessitat de la seva procedència, potser, per no tenir clara la seva naturalesa jurídica o els instruments normatius que la regulen. Al que s'uneix una manca de regulació suficient de la qüestió i la concurrència de certes disfuncions o desajustos en la

normativa. Tal vegada també a aquests extrems se'ls afegeix la concepció de la persona menor com a persona encara incapaç de ser autònoma i d'exercitar els seus drets amb plena igualtat des d'una concepció paternalista, tal i com ja feia esment GETE-ALONSO (2019) quan sostenia que “els drets dels nens reconeguts, fundats en la dignitat personal, deriven d'una determinada concepció, nova, (...) Segons la configuració jurídica decimonònica dels Codis civils i les lleis relatives a persones menors en general, aquestes manquen de capacitat i d'autonomia (poder de decisió) en tots els àmbits de la seva vida, en els que decideix l'autoritat parental o tutelar (...) Sobre el fonament de la dignitat de la persona, en la nova concepció la situació de minoria d'edat no hauria d'eliminar la capacitat de decisió de la persona menor, ans al contrari, ens hauria de conduir a reconèixer l'autonomia del menor (...)”⁹³.

Quan ens referim a l'audiència de la persona menor ho fem al seu dret a ésser escoltada i a que les seves apreciacions, opinions i emocions es posin de relleu i puguin ser validades, expressades i valorades o ponderades prèviament a què l'òrgan competent pugui prendre decisions que l'afectin. Aquest dret a expressar la seva opinió lliurement i a que aquesta sigui tinguda en consideració en les decisions que afecten la seva vida, entronca directament amb el seus drets més fonamentals i coadjuva amb la necessitat de preservar el seu interès superior. Amb la pràctica d'aquesta audiència es dota de la rellevància necessària a les seves opinions, que, juntament amb d'altres extrems, conduiran a un resultat, formant-ne part i participant la persona menor en el procediment⁹⁴.

Per raons sistemàtiques, en aquest estudi ens centrarem en l'audiència de la persona menor en l'àmbit dels procediments judicials de família -tant en primera com en segona instància i en els de jurisdicció voluntària que les afectin-. Es

⁹³ GETE-ALONSO y CALERA, M^a el Carmen, El dret superior dels infants al desenvolupament de la personalitat. L'interès superior del menor (Ob. Cit.), p. 11.

⁹⁴ En aquest sentit, SUSÍN CARRASCO, Esther (2021). Naturaleza jurídica. Dictamen de especialistas y audiencia del menor a ABEL LLUCH (Coord.) *La pericial psicológica en los procesos de familia*, Sepín, p. 43-48. En paraules de l'autora: “Se trata de acordar una diligencia judicial cuyo fin va encaminado a dar al menor la oportunidad de que exprese cuál es su actitud, emoción, opinión, sentimiento sobre la medida que va a adoptarse en un procedimiento determinado que le afecta de pleno. Por medio de la audiencia se establece un intercambio de información y diálogo entre el NNA y el adulto sobre la base del respeto mutuo, en que la infancia y adolescencia puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos”.

pretén situar el marc normatiu bàsic que configura l'audiència de la persona menor recollint també algunes resolucions rellevants en la matèria. Al seu torn, tractarem de precisar la naturalesa jurídica d'aquesta audiència i s'incidirà sobre alguns aspectes pràctics.

3.7.1. Marc normatiu

3.7.1.1. Marc normatiu supranacional

Aquest dret es configura en múltiples instruments normatius, tant a nivell supranacional, com estatal i autonòmic. Pel que fa al marc normatiu supranacional son nombrosos els instruments que recullen el dret dels infants a ser escoltats. És necessari destacar l'article 12 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant, adoptada per l'*Assemblea de les Nacions Unides* el 20 de novembre de 1989 i que, suposà un avenç molt significatiu en el reconeixement dels drets dels infants, dels que no es pot entendre que comptin amb plena autonomia però als que, com no podria ser d'una altra manera, cal reconèixer com a subjectes de drets. En aquest instrument, en el seu article 12, es recull que:

“1. Els Estats membres han d'assegurar a l'infant amb capacitat de formar un judici propi el dret a manifestar la seva opinió en tots el afers que l'afectin. Les opinions de l'infant han de ser tingudes en compte segons la seva edat i maduresa.

2. Amb aquesta finalitat, l'infant ha de tenir especialment l'oportunitat de ser escoltat en qualsevol procediment judicial o administratiu que l'afecti, bé directament, bé per mitjà d'un representant o d'una institució adequada, d'acord amb les normes de procediment de la legislació.”

Aquest article 12 consagra el dret dels infants a ésser escoltats i a que les seves opinions siguin tingudes en compte, i, a més, l'erigeix com a principi general de la Convenció -tal i com també ho son el dret a la no discriminació, el dret a la vida i el dret al seu interès superior-, i, com a tal, a la llum del mateix caldrà interpretar i aplicar tots els altres drets.

Cal ressaltar que, en virtut d'aquest article els Estats parts han de garantir el dret de la persona menor a ésser escoltada, i això vol dir, que estan *obligats* a

implementar les mesures que siguin necessàries, dissenyant i aplicant els mecanismes que es requereixin per tal que, d'una banda, la persona pugui expressar lliurement la seva opinió i, de l'altre, que aquesta opinió sigui tinguda en consideració.

El mandat fa referència a que aquest dret s'ha de garantir a les persones menors que puguin formar-se un judici propi; ara bé, aquesta premissa no s'ha d'entendre com una limitació, sinó tal i com especifica expressament el Comitè de les Nacions Unides, com a una obligació pels Estats parts “d’avaluar la capacitat del nen de formar-se una opinió autònoma”; això és, “els Estats parts no poden partir de la premissa que un nen és incapaç d’expressar les seves pròpies opinions. Al contrari, els Estats parts han de *donar per suposat que el nen té capacitat per a formar-se les seves pròpies opinions i reconèixer que té dret a expressar-les*; no correspon al nen provar primer que té aquesta capacitat”⁹⁵. Aquest pronunciament del Comitè resulta especialment rellevant i ens connecta amb la mala aplicació del mandat a la realitat pràctica, tal i com referirem més endavant. A més, el Comitè desaconsella en aquesta mateixa Observació General que els Estats indiquin un criteri d’edat ja que pot propiciar -com ho fa- restriccions en l’exercici d’aquest dret. Incideix també el Comitè en que quan a l’article es refereix a que la persona s’expressi lliurement, no només vol dir que ho faci exempta de pressions i que el que manifesti siguin les seves pròpies opinions, sinó que també vol dir que té dret a escollir si vol o no expressar-se sobre aquell assumpte que l’afecta o a només expressar-se sobre alguns dels aspectes que se li plantegin. I, en aquest sentit, els Estats han de garantir que els NNA comptin amb informació suficient i accessible per a poder decidir si volen o no expressar-se, que coneguin sobre què se’ls hi preguntarà i també sobre com es poden tenir en compte les seves manifestacions. Tanmateix, el Comitè alerta als Estats que cal preservar l’infant de continues entrevistes innecessàries, sobre tot en supòsits d’investigació de fets traumàtics.

⁹⁵ Així és recull a la Observació General nº12. Comitè dels Drets de l’Infant de Nacions Unides, 51º període de sessions. CRC/C/GC/12 publicat el 20 de juliol de 2009. Consultable a: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (Última consulta 18/09/2021)

Seguint en el context europeu, cal considerar la Carta Europea de Drets dels Infants, de 8 de juliol de 1992⁹⁶, que també insisteix en el dret dels infants a participar i manifestar la seva opinió indicant als Estats que en qualsevol decisió familiar, administrativa o judicial que afecti l'infant és primordial la preservació dels seus interessos, havent de ser escoltat en totes les decisions que l'afectin des del moment que el seu grau de maduresa li permeti -sempre que això no li impliqui un risc o perjudici-. A més, expressament indica que especialment en aquells procediments relatius a qüestions familiars, com ara la determinació o la modificació del règim de guarda, entre d'altres, l'infant haurà de ser escoltat per ajudar l'autoritat competent a prendre una decisió.

Tanmateix, al Conveni Europeu sobre l'Exercici dels Drets dels Infants, de 25 de gener de 1996⁹⁷, en el capítol II, dedicat a les mesures processals per a promoure l'exercici dels drets dels infants, es recull que quan el dret intern consideri que l'infant té la maduresa o grau de discerniment suficient ha de ser informat, consultat i té dret a expressar la seva opinió i a ser informat també de les possibles conseqüències de les resolucions (art.3). També es recull el dret de l'infant a sol·licitar que li sigui designat un representant en els procediments que l'afectin en els supòsits en que els titulars de la responsabilitat parental no el puguin representar o bé hi concorri conflicte d'interessos amb aquests (art. 4); així com també, com a d'altres drets processals, s'inclou que els Estats membres examinin concedir als infants altres drets com el de sol·licitar per ells mateixos l'assistència d'una persona "apropiada" de la seva elecció com a suport per a expressar la seva opinió o el dret a sol·licitar un altre representant o un advocat (Art.5). Pel que fa a les autoritats judicials (entenent-se com a tal el tribunal o autoritat administrativa) es recull en el Conveni que, a més d'actuar amb rapidesa per "evitar tota demora inútil" (Art. 7) abans de prendre qualsevol decisió, entre d'altres obligacions, hauran d'examinar si disposen d'informació suficient per fundar la mateixa en l'interès primordial de l'infant i hauran de permetre que la persona menor pugui expressar la seva opinió i tenir-la en compte si segons el dret intern es considera que posseeix discerniment suficient (Art. 6), en concret:

⁹⁶ DOCE n° C 241, de 21 de setembre de 1992

⁹⁷ BOE núm. 45, de 21 de febrer de 2015

“En els procediments que afectin a un infant, l'autoritat judicial, abans de prendre qualsevol decisió, haurà de:

- a) examinar si disposa d'informació suficient amb el fi de prendre una decisió en l'interès superior de l'infant, i, en el seu cas, recavar informació complementària, en particular dels titulars de les responsabilitats parentals.
- b) Quan segons el dret intern es consideri que l'infant posseeix discerniment suficient:
 - assegurar-se que l'infant ha rebut tota la informació pertinent;
 - consultar personalment a l'infant en els casos oportuns, si és necessari en privat, directament o per mediació d'altres persones o organismes, d'una forma apropiada pel seu discerniment, a menys que això sigui manifestament contrari als interessos superiors de l'infant.
 - permetre a l'infant expressar la seva opinió.
- c) Tenir degudament en compte l'opinió expressada per l'infant.”

Al seu torn, a la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, proclamada el 7 de desembre del 2000⁹⁸, es fa esment en el seu article 24 als drets de la persona menor i, en concret, es preceptua que:

“1. Els menors tenen dret a la protecció i a les atencions necessàries per al seu benestar. Podran expressar la seva opinió lliurement. Aquesta opinió serà tinguda en compte pel que fa als assumptes que els afectin, en funció de la seva edat i de la seva maduresa.

2. En tots els actes relatius als menors duts a terme per autoritats públiques o institucions privades, l'interès superior del menor constituirà una consideració primordial. (...)”.

⁹⁸ DOUE C 83/389 30/03/2010 consultable a <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf> (Última consulta 18/09/2021)

Cal considerar també el contingut de la Resolució del Parlament Europeu, de 26 de novembre de 2019⁹⁹ sobre els drets de l'infant, un cop celebrat el 30è aniversari de la Convenció de Nacions Unides sobre els Drets de l'Infant. A l'Observació 33 d'aquest instrument, el Parlament insta als Estats membres a que la justícia s'adapti a les persones menors i expressament els hi demana que apliquin las Directrius del Consell d'Europa sobre una justícia adaptada als infants i adolescents (*child-friendly justice*) i destaca que "l'interès superior del nen ha de ser sempre una consideració primordial en les decisions que afectin als menors en contacte amb el sistema judicial, i que ha de respectar-se sempre el dret del menor a ser escoltat, de conformitat amb l'article 12 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant; recorda que han d'establir-se salvaguardes específiques pels menors que entrin en contacte amb el sistema judicial, en particular en assumptes de família, com el divorci o l'adopció, així com en qüestions administratives." Aquests objectius també consten a l'Estratègia del Consell d'Europa dels Drets dels infants (2016-2021)¹⁰⁰ on hi figura expressament la necessitat de promoure l'escolta i participació dels infants en les decisions que els afecten per tal de *reconèixer-los com a ciutadans amb drets*; així com també, formen part de l'Estratègia de la Unió Europea sobre els Drets dels Infants¹⁰¹ que integra l'objectiu de creació d'una justícia adaptada als

⁹⁹ Consultable a: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0066_ES.html (Última consulta 18/09/2021)

¹⁰⁰ Consultable a: <https://rm.coe.int/168066cff8>. Es recalca que "Los sistemas judiciales europeos siguen sin estar suficientemente adaptados a las necesidades concretas de los niños. Las investigaciones demuestran que los derechos de los niños a ser escuchados, informados, protegidos y no discriminados no siempre se respetan en la práctica (...) i s'inclouen estratègies per a la implementació d'una justícia adaptada als menors. (Última consulta 18/09/2021)

¹⁰¹ Vid. "Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions. Estratègia de la UE sobre els Drets de l'infant". Consultable a:

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e769a102-8d88-11eb-b85c-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF

En aquesta es recullen, entre d'altres consideracions i recomanacions: "A veces, los profesionales carecen de formación para interactuar con menores de una manera apropiada a su edad, incluso a la hora de comunicar los resultados de un procedimiento, y para respetar el interés superior del menor. No siempre se respeta el derecho del menor a ser oído y no siempre existen mecanismos para evitar múltiples audiencias o recogidas de pruebas en las que intervienen niños", convidant els Estats membres a: "apoyar a los proveedores de formación judicial y a todos los organismos profesionales pertinentes para incorporar en sus actividades los derechos del niño y una justicia accesible y adaptada a los niños; asignar, a tal fin, los recursos necesarios para las mencionadas actividades de desarrollo de capacidades y aprovechar el apoyo de la FRA para reforzar las capacidades en temas como la justicia adaptada a los menores y los menores migrantes" entre d'altres. (Última consulta 18/09/2021)

infants, promovent la formació especialitzada de l'autoritat judicial i l'aplicació de les Directrius del Consell d'Europa sobre justícia adaptada als infants¹⁰².

3.7.1.2. Marc normatiu estatal

Ja situant-nos en el marc normatiu estatal, la Constitució Espanyola en el seu article 39 disposa que els poders públics han d'assegurar "la protecció social, econòmica i jurídica de la família" i que els infants gaudeixen de la "protecció prevista als acords internacionals que vetllen pels seus drets".

Summament important en l'anàlisi que ens ocupa esdevé la LOPJM, que, un cop modificada per la Llei Orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència -que acollia algunes de les recomanacions contingudes a l'Observació General nº14 del Comitè de Drets de l'Infant de les Nacions Unides (2013)¹⁰³-, suposà la consagració en el context normatiu estatal del principi de l'interès superior de les persones menors com a principi general¹⁰⁴ i la necessitat d'interpretar qualsevol normativa que els afecti

¹⁰² [https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/7152\(1\).pdf](https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/7152(1).pdf) (Última consulta 18/09/2021)

¹⁰³ "Observació General nº14 (2013) sobre el dret del l'infant a que el seu interès superior sigui una consideració primordial", Comitè dels drets de l'infant de les Nacions Unides, 29 de maig de 2014, CRC/C/GC/14. Consultable a: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf> (Última consulta 18/09/2021)

¹⁰⁴ Es recull al Preàmbul de la LO 8/2015: "Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de

de conformitat amb la normativa internacional, en especial a la Convenció sobre els Drets de l'Infant ¹⁰⁵. La LO 8/2015, de 22 de juliol, va dotar de contingut a la LOPJM concretant el concepte de l'interès superior del menor -que havia estat susceptible de múltiples interpretacions-, indicant-se a l'article 2 LOPJM en la seva nova redacció, que tota persona menor:

“(...)té dret a que el seu interès superior sigui valorat i considerat com a primordial en totes les accions i decisions que li siguin concernents, tant en l'àmbit públic com privat (...)”

“2. A efectes de la interpretació i aplicació en cada cas de l'interès superior del menor, es tindran en compte els següents criteris generals, sense perjudici dels establerts a la legislació específica aplicable, així com d'aquells altres que puguin estimar-se adequats atenent a les circumstàncies concretes del supòsit:

- a) La protecció del dret a la vida, supervivència i desenvolupament del menor i la satisfacció de les seves necessitats bàsiques, tant materials, físiques i educatives, com emocionals i afectives
- b) La consideració dels desitjos, sentiments i opinions del menor, així com el seu dret a participar progressivament, en funció de la seva edat,

diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.”

¹⁰⁵ En la seva redacció original, la LOPJM reconeixia al seu article 2 com a principi general l'interès superior del menor “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (...)” i en el seu article 3 s'estipulava 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 por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

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.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.”

maduresa, desenvolupament i evolució personal, en el procés de determinació del seu interès superior...”

Així, a la LOPJM es recullen els anteriors criteris generals, entre d'altres, i, a més al seu apartat 3 s'estableixen també com a criteris que cal ponderar conjuntament amb els anteriors “l'edat i la maduresa del menor”, “l'irreversible efecte del transcurs del temps en el seu desenvolupament” i “la necessitat d'estabilitat de les solucions que s'adoptin per promoure l'efectiva integració i desenvolupament del menor a la societat, així com de minimitzar els riscos que qualsevol canvi de situació material o emocional pugui causar en la seva personalitat i desenvolupament futur”, entre d'altres criteris a ponderar.

En el seu punt 5, introduït per la citada LO 8/2015, de 22 de juliol, i lleugerament modificat per la LOPIIA, es recull que “tota resolució de qualsevol ordre jurisdiccional i tota mesura en interès superior de la persona menor d'edat haurà de ser adoptada respectant les degudes garanties del procés, i en particular els drets del menor a ser informat, sentit i escoltat, i a participar en el procés d'acord amb la normativa vigent”. També es preveu que en el procés intervinguin professionals qualificats o experts i que en les decisions “especialment rellevants” que afectin la persona menor hi intervingui un equip tècnic i multidisciplinari especialitzat, així com, la possibilitat de recórrer les decisions que siguin adoptades sense considerar l'interès superior del menor o en el supòsit que calgui revisar la decisió presa atenent al canvi de circumstàncies o al nou context propiciat pel propi desenvolupament de la persona menor; afegint el precepte que “els menors gaudiran del dret a la assistència jurídica gratuïta en els casos legalment previstos”.

En aquest mateix text normatiu, seguint amb la LOPJM, l'article 9 es refereix al dret de la persona menor a ser escoltada tant en l'àmbit familiar com en qualsevol procediment administratiu, judicial o de mediació en el que es pugui dictar una decisió que l'afecti, sense que pugui ser discriminada per raó de la seva edat, discapacitat o qualsevol altre circumstància. En virtut d'aquest article, en la seva redacció introduïda per la ja citada LO 8/2015, de 22 de juliol, la persona menor

té dret a ser escoltada¹⁰⁶, posant-se èmfasi en que no només cal sentir (*oír*) la persona sinó escoltar-la *de forma activa*, també en els procediments de mediació, havent de tenir-se en compte les seves opinions atenent a la seva edat i grau de maduresa (anteriorment *suficiente juicio*¹⁰⁷) i, seguint amb la modificació del precepte introduïda per aquesta llei, es recull la necessitat que la informació amb la que compti la persona menor sigui comprensible. Així, l'article 9 LOPJM, d'acord amb la nova redacció, estableix que:

“1. El menor té dret a ser escoltat (*“oído y escuchado”*) sense discriminació alguna per edat, discapacitat o qualsevol altre circumstància, tant en l'àmbit familiar com en qualsevol procediment administratiu, judicial o de mediació en que estigui afectat i que condueixi a una decisió que incideixi

¹⁰⁶ En la redacció originària, l'article 9 LOPJM preceptuava: “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 su 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 por medio 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 aquéllos.”. Aquest article fou modificat i ampliat per la Llei Orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència en els termes que s'indiquen.

¹⁰⁷ Es fa constar al Preàmbul de la LO 8/2015, de 22 de juliol, que: Se sustituye el término juicio por el de madurez, tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros.(...)”

També el Comitè dels drets de l'infant a l'Observació general nº12 CDN indica que el terme “maduresa” fa referència a “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.” (p. 11)

en la seva esfera personal, familiar o social, tenint-se degudament en compte les seves opinions, en funció de la seva edat i maduresa. A tal fi, el menor haurà de rebre la informació que li permeti l'exercici d'aquest dret en un llenguatge comprensible, en formats accessibles i adaptats a les seves circumstàncies.

En els procediments judicials o administratius, les compareixences o audiències del menor tindran caràcter preferent, i es realitzaran de forma adequada a la seva situació i desenvolupament evolutiu, amb l'assistència, si fos necessari, de professionals qualificats o experts, cuidant de preservar la seva intimitat i utilitzant un llenguatge que sigui *comprensible* per a ell, en formats accessibles i adaptats a les seves circumstàncies informant-li tant del que es pregunta com de les conseqüències de la seva opinió. Amb ple respecte a totes les garanties del procediment.

2. Es garantirà que el menor, quan tingui prou maduresa (anteriorment hi constava "*suficiente juicio*"), pugui exercitar aquest dret per si mateix o a través de la persona que designi per a que el representi. La maduresa haurà de valorar-se *per personal especialitzat*, tenint en compte tant el desenvolupament evolutiu del menor com la seva capacitat per a comprendre i avaluar l'assumpte concret a tractar en cada cas. *Es considera, en tot cas*, que té suficient maduresa quan hagi assolit l'edat de dotze anys.

Per a garantir que el menor pugui exercitar aquest dret per si mateix serà assistit, en el seu cas, per intèrprets. El menor podrà expressar la seva opinió verbalment o a través de *formes no verbals* de comunicació.

No obstant, *quan això no sigui possible o no convingui a l'interès del menor* es podrà conèixer la opinió del menor mitjançant els seus representants legals, sempre que no tinguin interessos contraposats als seus, o a través d'altres persones que, per la seva professió o relació d'especial confiança amb ell, puguin transmetre-la objectivament.

3. Sempre que en via administrativa o judicial es denegui la compareixença o audiència dels menors directament o mitjançant persona que el representi, la resolució *serà motivada en l'interès superior* del menor i comunicada al Ministeri Fiscal, *al menor* i, en el seu cas, al seu representant, indicant explícitament els recursos existents contra tal decisió. *En les resolucions sobre el fons haurà de fer-se constar, en el seu cas, el resultat de l'audiència al menor, això com la seva valoració.*”

El Codi Civil espanyol, a l'article 92 relatiu als efectes comuns a la nul·litat, separació i divorci i, en concret, a les mesures que cal adoptar, en el seu apartat 2 disposa que l'autoritat judicial a l'hora d'adoptar mesures relatives a la “custòdia, cura i educació dels fills menors, vetllarà pel compliment del seu dret a ser escoltats”. La LOPIIA ha introduït un incís al final d'aquest precepte al exigir que el jutge emeti “una resolució motivada en l'interès superior del menor sobre aquesta qüestió”.

Així mateix, seguint amb aquest article 92 del CCE, en el seu apartat 6, s'estableix que abans de resoldre sobre el règim de guarda i custòdia l'autoritat judicial ha d'escoltar als menors que comptin amb prou maduresa “quan estimi necessari d'ofici o a petició del Ministeri Fiscal, de les parts o dels membres de l'Equip Tècnic Judicial, o del propi menor”, el que es tradueix en un ampli marge de valoració per part de l'òrgan decisor. Cal assenyalar, que en la redacció d'aquest article anterior a la modificació introduïda per la Llei Orgànica 15/2005, de 8 de juliol, per la que es modifiquen el Codi Civil espanyol i la LEC en matèria de separació i divorci, el precepte establia de forma categòrica l'obligatorietat d'escoltar les persones menors si tenien prou maduresa i sempre en qualsevol cas en el supòsit que ja comptessin amb l'edat de dotze anys¹⁰⁸.

¹⁰⁸ L'article 92 del Codi Civil espanyol en la seva redacció anterior a la Llei Orgànica 15/2005, de 8 de juliol, per la que es modifiquen el Codi Civil espanyol i la LEC en matèria de separació i divorci, recollia que: “(...) Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”.

Actualment, en virtut de l'apartat 6 de l'article 92 CCE: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Seguidament, l'article 94 CCE, relatiu a la determinació del règim de visites i comunicacions pel progenitor no custodi en supòsits de trencament familiar, en la seva nova redacció introduïda per la Llei 8/2021 de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica, estableix que l'autoritat judicial ha de prendre les mesures al respecte "prèvia audiència del fill i del Ministeri Fiscal".

També, aquest mateix text normatiu, pel que fa a les disposicions generals de les relacions paterno-filials, i en concret, a l'exercici de la potestat parental, destaca en l'article 154 CCE que "si els fills o filles tinguessin suficient maduresa hauran de ser escoltats sempre abans d'adoptar decisions que els afectin". A aquest mateix article, tot seguit, la LOPIIA ha afegit: "*ja sigui en procediment contenciós o de mutu acord*. En tot cas, es garantirà que (les persones menors) puguin ser escoltades en condicions idònies, en termes que els hi siguin accessibles, comprensibles i adaptats a la seva edat, maduresa i circumstàncies, recavant l'auxili d'especialistes quan sigui necessari".

A continuació, podem ressaltar el contingut de l'article 158 CCE, que en el seu apartat 6 *in fine*, un cop modificat per la LOPIIA, estableix que davant un supòsit de desemparament de la persona menor, prèviament a resoldre sobre les mesures que es puguin adoptar, "l'autoritat judicial haurà de garantir l'audiència de la persona menor d'edat, podent el Tribunal ser auxiliat per persones externes per a garantir que pugui exercitar aquest dret per ella mateixa".

Seguidament, el seu article 159 CCE es refereix tanmateix a les relacions paterno-filials i a l'exercici de la potestat parental, establint que "Si els pares viuen separats i no decideixen de comú acord, el jutge decidirà, sempre en benefici dels fills, a quin dels progenitors quedaran a càrrec els fills menors. El jutge escoltarà, abans de prendre aquesta mesura, als fills que tinguessin prou maduresa (*suficiente juicio*) i, en tot cas, als que siguin majors de dotze anys".

A nivell processal, en l'àmbit civil i, més concretament, en els procediments contenciosos de família, cal destacar l'article 770 de la LEC, que en el seu apartat 4 estableix que en els supòsits de procediment contenciós els fills podran ser escoltats quan tinguin menys de dotze anys "si s'estima necessari d'ofici o a

petició del fiscal, parts o membres de l'equip tècnic judicial o dels propis fills" i que han de ser escoltats *en qualsevol cas* si haguessin assolit aquesta edat de forma preceptiva¹⁰⁹. Aquest mateix precepte estableix que en les audiències amb les persones menors l'autoritat judicial ha de garantir "que siguin realitzades en condiciones idònies per a la salvaguarda dels seus interessos, sense interferències d'altres persones, i recavant excepcionalment l'auxili d'especialistes quan sigui necessari". Pel que fa als procediments de família de mutu acord, en virtut de l'article 777.5 de la LEC¹¹⁰ s'exigeix que el Ministeri Fiscal elabori un informe relatiu a les mesures pactades en el conveni que afectin les persones menors i també es preveu que les persones menors, siguin escoltades "quan s'estimi necessari d'ofici o a petició del fiscal, parts o membres de l'equip tècnic judicial o del propi fill".

Per últim, pel que fa a l'àmbit de la jurisdicció voluntària, especial incidència i afectació pels infants i adolescents tenen els expedients que es tramiten a instància dels progenitors per raó dels desacords en l'exercici de la potestat parental o els que es tramiten per fixar mesures de protecció de les persones menors davant l'exercici inadequat de la seva guarda. A l'article 85 LJV relatiu a la tramitació dels mateixos es preveu que l'autoritat judicial escoltarà la persona menor "si tingués prou maduresa i, en tot cas, si fos major de dotze anys". En aquests expedients, la LJV estableix al seu article 18, referint-se a les

¹⁰⁹ En virtut de l'article 770, apartat 4 de la LEC: "Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, *podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad*. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando.

En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario."

¹¹⁰ Aquest article 777.5 de la LEC, en el marc dels procediments de família de mutu acord, estableix que: "Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y *serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo*. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días"

compareixences dels procediments, que l'audiència es pot dur a terme en acte separat, lliure d'interferències, en presència del fiscal i que cal garantir que les persones menors “puguin ésser escoltades en condicions idònies, en termes que els hi siguin accessibles, comprensibles i adaptats a la seva edat, maduresa i circumstàncies” i amb “l'auxili d'especialistes quan sigui necessari”. També, introdueix l'obligació “d'estendre acta detallada”, exigència introduïda per la LJV i que, no consta, en canvi, a les normes processals ni substantives anteriorment esmentades.

3.7.1.3. Marc normatiu català

En el context autonòmic català comptem també amb la ja referida Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA)¹¹¹. En virtut d'aquesta llei i, en consonància, amb les premisses establertes a la Convenció sobre els Drets de l'Infant, també es consagra com a principi rector que l'interès superior de l'infant ha d'informar la legislació, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics, havent de ser prioritari aquest principi en les actuacions que duguin a terme els poders públics o entitats privades a l'hora de prendre decisions que afectin les persones menors, tal i com es preveu a l'article 40.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. També en aquest sentit i en consonància amb aquest principi, aquesta norma ja recollia al seu Preàmbul la importància d'enfocar la regulació vers als infants i adolescents prenent consciència que son subjectes de dret i que cal fomentar el seu reconeixement com a tals i la seva participació en tot allò que els afecta¹¹². La LDOIA s'ocupa a l'article 5 de l'interès superior de l'infant i adolescent, i en el seu últim punt (4) estableix que per a la determinació d'aquest interès s'ha de “tenir en compte la seva opinió, els seus anhels i aspiracions, i també la seva

¹¹¹ DOGC, núm. 5641, de 02/06/2010, BOE núm. 156, de 28/06/2010.

¹¹² Tal i com consta al Preàmbul de la LDOIA: “El concepte de participació de l'infant o l'adolescent en tot el que l'afecta és el que en configurarà l'estatus de ciutadà o ciutadana. És inimaginable el disseny de polítiques públiques en qualsevol àmbit elaborat d'esquena als ciutadans afectats. La llei ofereix la promoció d'òrgans de participació per tal que els infants i els adolescents puguin participar activament en la vida pública.”

individualitat dins el marc familiar i social”, i, tot seguit, al seu article 7 es contempla expressament el dret d’ésser escoltat, indicant-se que:

“1. Els infants i els adolescents, d’acord amb llurs capacitats evolutives i amb les competències assolides, i en qualsevol cas a partir dels dotze anys, han d’ésser escoltats tant en l’àmbit familiar, escolar i social com en els procediments administratius o judicials en què es trobin directament implicats i que aboquin a una decisió que n’afecti l’entorn personal, familiar, social o patrimonial.

2. Els infants i els adolescents poden manifestar llur opinió ells mateixos o mitjançant la persona que designin.

3. En l’exercici del dret d’ésser escoltat s’han de respectar les condicions de discreció, intimitat, seguretat, recepció de suport, llibertat i adequació de la situació que n’afecti l’entorn personal, familiar, social o patrimonial.”

El Codi Civil de Catalunya contempla també la necessitat de tenir en compte l’opinió expressada pels fills a l’article 211-6.2 relatiu a l’interès superior de la persona menor. Es recull en aquest precepte que el seu interès superior “és el principi inspirador de qualsevol decisió que l’afecti”, i també consagra el seu dret a ser informada i escoltada “d’acord amb la seva edat i *capacitat natural* i, en tot cas, si ha complert dotze anys” amb anterioritat a que es prengui una decisió que pugui afectar-la tant a nivell personal com patrimonial, acollint, també, ambdós criteris (el de la suficient maduresa i el de l’assoliment d’una determinada edat). També al precepte 233-11.1 e) del mateix codi, que es refereix als criteris per a la determinació del règim de guarda més adient en casos de ruptura familiar, s’inclou “l’opinió expressada pels fills” com a element que cal ponderar.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s’ha pronunciat també en reiterades ocasions respecte la necessitat d’escoltar les persones menors en els procediments de família afirmant que:

“la imprescindible audiència dels menors en el cas que tinguin suficient judici, i en tot cas si són majors de 12 anys, ve imposada per la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen de 20 de novembre de 1989,

ratificada per Espanya per Instrument de 30 de novembre de 1990 (art. 12); per l'article 24 de la Carta dels drets fonamentals de la UE de l'any 2000; per l'article 9 de la LO 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor; per l'article 770.4 de la LEC 1/2000; per la doctrina del TC que, en relació amb l'article 24.1 de la CE, ha establert que el nen que estigui en condicions de formar-se un judici propi té dret a ser escoltat en el procediment (judicial o administratiu) que l'afecti, especialment quan es tracti de l'adopció o modificació de les mesures relatives a la seva guarda i custòdia”

Afegint que no és possible no considerar els desitjos dels menors sempre que:

“la seva opinió sigui lliurement emesa i la seva voluntat correctament formada, no mediatitzada o interferida per la conducta o la influència d'algun dels pares; les seves raons siguin atendibles perquè no estan inspirades en criteris de comoditat o benestar a curt termini; i que no estigui desaconsellada per l'especial incidència d'altres criteris amb els que, segons la norma, hagi de ser ponderada conjuntament la opinió dels menors”¹¹³.

¹¹³ A la ja citada STSJ de Catalunya nº 1/2017, de 12 de gener (FJ 3). En aquest mateix sentit, també: STSJ de Catalunya nº 1/2014, de 9 de gener i STSJ de Catalunya nº 29/2015, de 4 de maig (FJ 5); entre d'altres. En aquestes sentències es contempla la normativa fonamental que configura el Dret de les persones menors a ésser escoltades i examina el compliment d'aquest dret als diferents supòsits plantejats al Tribunal.

El TSJC postula que “La imprescindible audiència dels menors en el cas que tinguin suficient judici, i en tot cas si són majors de 12 anys, ve imposada per la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya per Instrument de 30 de novembre de 1990, esmentada abans (art. 12); per l'article 24 de la Carta dels drets fonamentals de la UE de l'any 2000; per l'article 9 de la LO 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor; per l'article 770.4 de la LEC 1/2000; per la doctrina del TC que, en relació amb l'article 24.1 de la CE , ha establert que el nen que estigui en condicions de formar-se un judici propi té dret a ser escoltat en el procediment (judicial o administratiu) que l'afecti, especialment quan es tracti de l'adopció o modificació de les mesures relatives a la seva guarda i custòdia. Pel que fa a la normativa catalana, el Codi de família ja disposava expressament que <a l'hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a què fa referència l'article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte preferentment l'interès dels fills i, abans de resoldre, ha d'escoltar els de dotze anys o més, i els de menys, si tenen prou coneixement> (art. 82.2 del CF), i el mateix es disposa ara en la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, en relació amb <els infants i adolescents, d'acord amb llurs capacitats evolutives i amb les competències assolides, i en qualsevol cas a partir dels dotze anys> (art. 7.1).

L'article 233.11.1.e del CCCat diu, en relació amb els procediments de nul·litat, separació o divorci, que, per establir el règim de guarda i custòdia, cal tenir en compte, entre d'altres criteris, <l'opinió expressada pels fills>, sense precisar-ne l'edat, tot i que l'article 211-6.2 ja havia

També en l'àmbit de l'exercici de la potestat parental, el Codi Civil de Catalunya, recull en el seu article 236-11.4 relatiu a l'exercici de la mateixa en cas de vida separada dels progenitors, que "en cas de desacord sobre l'exercici de la potestat parental, qualsevol dels progenitors pot recórrer a l'autoritat judicial, que ha de decidir havent escoltat l'altre progenitor i els fills que hagin complert dotze anys o que, tenint-ne menys, tinguin prou coneixement."

Val a dir, però, que en el Codi Civil de Catalunya, concretament en matèria de determinació del règim i la manera d'exercir la guarda, per raons de coherència i per dotar de significativitat a la qüestió que ens ocupa, es troba a faltar una disposició similar a la que conté l'article 92.6 del Codi Civil estatal, relatiu a l'obligatorietat de la pràctica de l'audiència en cas que concorrin els requisits per la seva procedència (com a regla general, si compta amb suficient maduresa i sempre si la persona ha complert dotze anys). Tret d'assenyalar en el seu article 233-11 CCCat que cal tenir en compte l'opinió expressada pels fills a l'hora de determinar el règim de guarda i custòdia, no s'especifica res en aquest sentit i, atenent a que l'ordenament ha de promoure i garantir la participació activa de les persones menors en qüestions que les afectin en el seu entorn personal i familiar (com ho son, sens dubte, les decisions que es puguin prendre respecte la determinació del règim de guarda i el seu exercici), hauria estat aclaridor i coherent amb el conjunt normatiu existent que el legislador hagués regulat de forma clara la qüestió que ens ocupa promovent l'escolta activa de tots els infants i adolescents que tinguin prou maduresa abans d'adoptar aquestes mesures tant summament rellevants.

establert que <el menor d'edat, d'acord amb la seva edat i capacitat natural i, en tot cas, si ha complert dotze anys, té dret a ésser informat i escoltat abans que es prengui una decisió que afecti directament la seva esfera personal o patrimonial.>

El dret del menor a ser escoltat abans de prendre una decisió que el pugui afectar no significa, no obstant això, que la seva opinió o la seva voluntat hagin de ser determinants en la resolució que s'adopti. El seu criteri s'ha de tenir en compte però no pot erigir-se en element decisorí. En un altre cas s'incorreria en el risc de convertir els menors en subjectes i en objectes de la disputa dels seus pares.

Així ho determina amb claredat l'article 233-11.1 que obliga a una ponderació conjunta dels criteris tinguts en compte, i l'únic que preval és el de l'interès superior del menor (211-6.1)".

3.7.1.4. Desajustos entre la normativa substantiva i processal

De l'anàlisi de l'entramat normatiu es desprenen certament algunes disfuncions o desajustos entre els diferents textos legals que configuren aquest dret.

En primer lloc, cal fer palesa la contradicció existent entre la regulació del dret de la persona menor a ésser escoltada que conté el Codi Civil espanyol i el que es recull a la llei processal. I és que, mentre el CCE en el seu article 92.6 exigeix que, abans d'acordar el règim de guarda i custòdia, l'autoritat judicial escolti les persones menors si compten amb prou maduresa i s'estimi necessari d'ofici o a petició del Ministeri Fiscal, les parts, els membres de l'Equip Tècnic o la pròpia persona menor; a la LEC, concretament a l'article 770, apartat 4, es fixa que en els procediments contenciosos les persones menors de dotze anys poden ser escoltades si s'estima necessari d'ofici o a petició de les parts legitimades però s'imposa com a regla general que les persones menors que hagin assolit l'edat de dotze anys han de ser escoltades de forma preceptiva; per bé que pel que fa als procediments de mutu acord, en el seu article 777.5, aquesta audiència es deixa a criteri de l'autoritat judicial o de les parts en funció de si ho estimen o no necessari.

Sobre aquesta qüestió, tingué oportunitat de pronunciar-se el Tribunal Suprem en Sentència nº413/2014, de 20 d'octubre¹¹⁴, en la que es declara la nul·litat d'una resolució en un procediment contenciós en virtut de la que es fixava un règim de guarda i custòdia compartida sense haver escoltat els fills. El Tribunal declara la nul·litat de la resolució per no haver-se'ls escoltat malgrat el progenitor que havia proposat l'audiència havia desistit de la mateixa, retrotraient-se les actuacions al moment processal anterior a que fora dictada la sentència, compel·lint al Jutjat a que escoltés als fills abans de dictar el contingut de la mateixa. En el seu Fonament Jurídic cinquè recull:

“La aparent contradicció entre el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil, ve a ser aclarida per la Llei del Menor i pel Conveni sobre Drets de l'Infant,

¹¹⁴ També en el mateix sentit, la STS nº157/2017, de 7 de març de 2017, (FJ 2) i la STS nº648/2020, de 30 de novembre de 2020, (FJ 2) en les que es recull la mateixa doctrina. També cal considerar la STS nº578/2017 de 25 d'octubre de 2017, que no estima vulnerat el dret de la persona menor a ésser escoltada en un cas en que la denegació de l'audiència es trobava emparada en el seu interès superior i la resolució així ho recollia motivadament, (FJ 2).

en el sentit que quan l'edat i maduresa del menor facin presumir que té prou maduresa (*suficiente juicio*) i, en tot cas, els majors de 12 anys, hauran de ser escoltats (*oídos*) en els procediments judicials en els que es resolgui sobre la seva guarda i custòdia, sense que la part pugui renunciar a la proposició de dita prova, havent de ser acordada, en el seu cas, d'ofici pel jutge. En aquest mateix sentit la sentència del Tribunal Constitucional de 6 de juny de 2005. Per tal que el jutge o tribunal pugui decidir no practicar l'audiència, en ares de l'interès del menor, serà precís que ho resolgui de forma motivada”

Seguint amb els pronunciaments del Tribunal Suprem, podem destacar també el contingut de la Sentència nº548/2021, de 19 de juliol, que en un procediment de modificació de mesures instat per un progenitor resident a Zaragoza reclama una modificació del règim de guarda y custodia respecte el seu fill, que resideix amb la seva mare a Argentina. Ni el jutjat de primera instància ni l'Audiència Provincial acorden d'ofici la pràctica de l'audiència del fill. El Tribunal Suprem argüeix en el seu Fonament Jurídic tercer que:

“A la sentència d'apel·lació, incongruentment, es declara que el menor <no ha estat escoltat en aquest procediment conforme és preceptiu> i no obstant no acorda d'ofici l'audiència del menor.

Segons declara la sentència 157/2017, de 7 de març, d'aquesta sala: <En relació a la falta d'exploració de la filla, aquesta sala s'ha pronunciat reiteradament respecte la necessitat de ser escoltat el menor en els procediments que directament els afecten>.

En igual sentit la sentència 578/2017, de 25 d'octubre.

A la sentència 413/2014, de 20 d'octubre, d'aquesta sala es declarà:

<La aparent contradicció entre el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil, ve a ser aclarida per la Llei del Menor i pel Conveni sobre Drets de l'Infant, en el sentit que quan l'edat i maduresa del menor facin presumir que té prou maduresa (*suficiente juicio*) i, en tot cas, els majors de 12 anys, hauran de ser escoltats (*oídos*) en els procediments judicials en els que

es resolgui sobre la seva guarda i custòdia, sense que la part pugui renunciar a la proposició de dita prova, havent de ser acordada, en el seu cas, d'ofici pel jutge. En aquest mateix sentit la sentència del Tribunal Constitucional de 6 de juny de 2005.>

En el mateix sentit la sentència 648/2020, de 30 de novembre.

A la vista de l'esmentada doctrina jurisprudencial, hem de declarar que el menor va haver d'ésser escoltat, tota vegada que per la seva edat comptava amb prou maduresa (*juicio suficiente*), havent de ser acordada d'ofici pel Tribunal, coneixedor com era de la seva preceptivitat.

A la vista d'aquesta doctrina i d'acord amb els articles 92, 2, 6 i 9 del Codi Civil i 770 LEC, hem de declarar que al no haver-se escoltat al menor, procedeix estimar el recurs extraordinari per infracció processal i, en conseqüència, procedeix l'anul·lació de la sentència recorreguda, amb devolució de les actuacions a l'Audiència Provincial per tal que, prèvia exploració del menor, dicti sense demora la sentència que de conformitat amb dret correspongui, activant a tals efectes els mecanismes de cooperació jurídica internacional.”

En segon lloc, també cal fer esment de la incongruència existent entre la LEC i el CCE un cop introduïdes les reformes de la recent LOPIIA. Així, a la LEC, com ja hem referit, l'obligatorietat de garantir que s'escolta la persona menor només s'imposa en els procediments contenciosos si la persona menor ha assolit l'edat de dotze anys o, en cas contrari, si compta amb suficient maduresa i així ho acorda d'ofici l'autoritat judicial o ho demana el/la fiscal, parts o membres de l'equip tècnic, o el propi menor; no així, de forma preceptiva en els procediments de mutu acord (en que es preveu que siguin escoltats només en els supòsits que es consideri necessari d'ofici o a petició de les parts indicades). Aquest mandat suposa una disfunció amb el contingut de l'article 154 CCE *in fine* relatiu a l'exercici de la potestat parental, que en la seva última versió un cop modificat per la LOPIIA, preveu l'obligatorietat de garantir el dret de la persona menor a ésser escoltada en procediments també de mutu acord, fixant-se que: “Si els fills o filles tinguessin suficient maduresa han de ser escoltats *sempre* abans

d'adoptar decisions que les afectin *ja sigui en procediment contenciós o de mutu acord (...).*"

En tercer lloc, és important recalcar que la disparitat de normes i la confluència d'un criteri legal -judici de maduresa- i d'un criteri cronològic -edat-, així com la regulació dispar entre els procediments de família i els expedients de jurisdicció voluntària, no contribueixen en res a la claredat i fixació de les pautes necessàries per a garantir el reconeixement, efectivitat real i protecció d'aquest dret.

Molt probablement, la tant reclamada i esperada especialització dels òrgans de família i la formació en matèria de drets de la infància dels juristes i d'altres professionals que hi intervenen, així com l'evolució jurisprudencial, canviaran aquesta tendència d'evitar l'escolta de les persones menors en el procediment i d'haver de recórrer a segones instàncies per a garantir-ne el seu dret (amb els perjudicis que això comporta), així com els efectes negatius que provoquen les disfuncions normatives existents. Amb l'especialització de tots els òrgans decisoris en matèria de família es contribuiria a donar-se compliment efectiu a tot el conjunt normatiu que configura i preserva aquest dret de la persona menor com a subjecte de dret d'ésser escoltada.

Cal fer un últim apunt a la recent LOPIIA, que recull com a una de les finalitats perseguides per les disposicions que conté, "reforçar l'exercici del drets dels nens, nens i adolescents a ésser escoltats i a que les seves opinions siguin tingudes en compte degudament en contextos de violència contra ells, assegurant la seva protecció i evitant una victimització secundària" (Art. 3). En supòsits de persones menors víctimes de *violència* s'estableix la obligatorietat d'escoltar-les, *sense limitació d'edat, només podent restringir-se aquest dret, de forma motivada*, "quan sigui contrari al seu interès superior" (Art. 11).

La LOPIIA modifica, entre d'altres disposicions, en l'àmbit que ens ocupa, l'article 18.2, apartat 4º, de la LJV relatiu a les compareixences celebrades en els expedients de jurisdicció voluntària que afectin als interessos de persones menors, imposant l'obligatorietat d'assistència del Ministeri Fiscal a l'audiència de la persona menor -en l'anterior versió de la llei era potestativa la seva

assistència- i detalla els extrems que ha de contenir l'acta que s'aixequi pel o la Lletrat/da de l'Administració de Justícia sobre la pràctica d'aquesta audiència, que ha de contenir “les dades objectives del desenvolupament de l'audiència, en la que es reflectiran les manifestacions del nen, nena o adolescent *imprescindibles per significatives, i per això estrictament rellevants*, per a la decisió de l'expedient, cuidant de preservar la seva intimitat”, suprimint la necessària gravació de la mateixa sempre que el jutjat disposés de mitjans i vetllant per la preservació del seu dret a la intimitat. També es recull al mateix apartat de la disposició que de forma preceptiva “tant el Ministeri Fiscal en el seu informe com l'autoritat judicial en la resolució que posi fi al procediment hauran de valorar motivadament l'exploració practicada”, a més que en el que no es trobi regulat al precepte li serà aplicable la LOPJM i la LEC. Potser es pretén amb les modificacions introduïdes dotar de coherència i unificar criteris davant la disparitat existent en la pràctica de la mateixa als diferents òrgans judicials (especialitzats o no), acollint la més recent jurisprudència, però el legislador ha deixat passar, de nou, l'oportunitat de regular i fixar uns criteris clars per a la seva pràctica. Més endavant insistirem sobre aquest aspecte.

3.7.2. Naturalesa jurídica de l'audiència

L'anàlisi de la naturalesa jurídica de l'audiència de la persona menor resulta clau per entendre la seva configuració i transcendència. Part de la doctrina ha aprofundit en l'estudi de la mateixa i tradicionalment s'havia discutit sobre si podia considerar-se un mitjà de prova, i per tant ser susceptible d'aplicació dels preceptes relatius a la proposició i pràctica de la mateixa, o bé si no podia rebre aquesta consideració o tractament¹¹⁵. Sembla superada la qüestió al existir ja diversos pronunciaments per part dels Tribunals al respecte, considerant que l'exploració de les persones menors no pot ser considerada mitja de prova.

Així, a la Sentència del Tribunal Suprem nº 18/2018, de 15 de gener, en el seu Fonament Jurídic quart es recull, entre d'altres extrems, que l'exploració “té per objecte indagar sobre l'interès, per a la seva deguda protecció”, i per això no pot

¹¹⁵ Per a més ampliació sobre la qüestió plantejada pot consultar-se: CASO SEÑAL, Mercè i ATARES GARCÍA, Eva (2019) Naturaleza jurídica a ABEL LLUCH (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Ob. Cit., p.27-30.

considerar-se pròpiament una prova, tota vegada que, el seu interès i la seva voluntat poden no ser coincidents¹¹⁶.

En aquest mateix sentit, podem citar la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 18^a) núm. 596/2015, de 28 de juliol¹¹⁷, que, en el seu Fonament Jurídic tercer assenyala que l'audiència “no pot considerar-se com a mitja de prova sinó com una diligència destinada a satisfer i donar compliment al dret del nen a ser escoltat”, i que, en conseqüència, no pot ser considerada un reconeixement judicial ni li son exigibles els requisits processals establerts que son propis dels mitjans de prova.

Així com també, la major part de la doctrina és coincident a l'hora d'entendre que l'audiència no pot considerar-se mitjà de prova ni rebre el seu tractament processal. En aquest sentit s'ha argumentat, entre d'altres motius, que l'audiència no pot reputar-se mitja de prova i rebre aquest tractament processal al no trobar-se enumerada com a tal a l'article 299 de la LEC; que cal excloure-la d'aquesta categoria ja que per la seva pròpia idiosincràsia no li son d'aplicació els principis de contradicció o de publicitat tal i com son configurats en els mitjans de prova; o al entendre que la persona menor no pot ser considerada objecte

¹¹⁶ Es recull textualment al FJ 4 de la citada STS nº18/2018, de 15 de gener, que “(...)Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. (...)”.

¹¹⁷ Segons aquesta Sentència, SAPCB nº 596/15, de 28 de juliol: “En cuanto a la vulneración de los art. 187 y 358 de la LEC por no haberse dado traslado del contenido de la exploración de la menor, motivo que se examina con carácter previo al también denunciado de error en la valoración de la prueba, cabe señalar que la exploración judicial no puede considerarse como un medio de prueba sino como una diligencia destinada a satisfacer y dar cumplimiento al derecho del menor a ser oído. Es por ello que no resultan de aplicación las exigencias procesales de los medios de prueba, ni puede considerarse la exploración como un reconocimiento judicial. El menor o la menor no es objeto de reconocimiento por parte del Juez, no resulta de aplicación el art. 358 LEC que se ha citado como infringido. La exploración es el medio que permite a los menores ejercitar un derecho, el derecho a ser oídos que se encuentra recogido en múltiples instrumentos jurídicos internacionales: sin ánimo de ser exhaustivos, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989, en el art. 12; en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de Julio de 1992, art. 8, 14; y en la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores, adoptada en Estrasburgo el 25-1-1996, art. 6, b). En la legislación interna, en el Código Civil, art. 92; en la LEC art. 770,4 y en el CCCat art. 211-6.” (FJ 3)

reconegut, com si es tractés d'un reconeixement judicial, sinó que és el subjecte que exercita el dret que li correspon, entre d'altres¹¹⁸.

3.7.3. L'audiència a la pràctica processal

Detectem a la pràctica processal anomalies en el reconeixement i la pràctica d'aquesta audiència, que no té una regulació clara i que és tendencialment evitada de forma injustificada a la pràctica. A continuació, tractarem de sistematitzar les deficiències més significatives que han estat detectades:

- a) *La manca de regulació suficient i la disparitat de preceptes amb contingut divers i insuficient provoquen la vulneració del dret d'audiència dels NNA.*

Malgrat els esforços per introduir i aplicar aquest dret al nostre ordenament, no existeix cap disposició que reguli de forma clara com cal procedir a la celebració d'aquesta audiència, més enllà de la previsió continguda a l'article 9.1 LOPJM quan refereix que les audiències "han de tenir caràcter preferent, i es realitzaran de forma adequada a la seva situació i desenvolupament evolutiu, amb la assistència, si fos necessari, de professionals qualificats o experts, cuidant de preservar la seva intimitat i utilitzant un llenguatge que li sigui comprensible, en formats accessibles i adaptats a les seves circumstàncies informant-li tant del que se li pregunta com de les conseqüències de la seva opinió, amb plenes garanties del procediment" o del les previsions contingudes a l'article 770 apartat 4 LEC al establir que a les audiències "es garantirà per l'autoritat judicial que siguin realitzades en condicions idònies per a la salvaguarda dels seus interessos, sense interferències d'altres persones i, excepcionalment, amb l'auxili d'especialistes quan sigui necessari".

I és què, no existeix cap precepte ni s'han adoptat uns criteris o protocol clar respecte a qüestions tant essencials com, entre d'altres: quan, com i quins professionals han de dur a terme el judici de maduresa a l'empara de l'article 9 de la LOPJM, com s'informarà dels drets a les persones menors, en quins casos

¹¹⁸ En aquest sentit, entre d'altres autors, es pronuncia ABEL LLUCH, Xavier (2018) La audiencia del menor de edad en los procesos de familia. En MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (Coord.), PICÓ I JUNOY, Joan i ABEL LLUCH, Xavier. (Dir.) (2018). *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*. Bosch editor, p. 311-314.

(més concretament) podria denegar-se el seu dret tot i comptar amb prou maduresa en base al seu interès superior (o bé com procedir si la persona té dotze anys però manifestament no compta amb prou maduresa), a on ha de tenir lloc l'entrevista o audiència, quin és el millor moment per dur-la a terme, quines serien les previsions pels seus representants en cas que el NNA opti per designar-ne un per tal que manifesti la seva opinió, quin ha de ser el contingut de l'audiència, com cal donar trasllat del seu resultat, en quins supòsits caldria auxiliar-se d'especialistes¹¹⁹, com conjuga l'audiència amb el dictamen d'especialistes -equips tècnics- o amb els dictàmens psicològics o de perits de part, com el NNA pot demanar a l'autoritat judicial ser escoltat/da, com se li notificarà la resolució i de quins recursos disposa; i tot un seguit d'aspectes que cal contemplar, que no es troben regulats, en els que s'assenta el dret del nen, nena o adolescent a ésser escoltat i que es troben intrínsecament lligats amb la protecció del seu interès superior.

La no contemplació d'aquests extrems pel legislador no fa més que facilitar la proliferació de pràctiques processals desiguals, sense criteris clars ni, menys encara, unificats, que contribueixen a la vulneració sistemàtica d'aquest dret. Ja el *Defensor del Pueblo* (2014) a les seves consideracions sobre drets de les persones menors a ésser escoltades i a que la seva opinió sigui tinguda en compte¹²⁰ alerta sobre la proliferació de pràctiques diverses que provoquen “significatives diferències a la pràctica judicial” i que encara es fan més paleses “a causa de la coexistència de jutjats especialitzats i d'altres generalistes. (...) el que es tracta de d'evitar a través de documents de consens”. Les úniques pautes que s'han estès amb certa uniformitat son la pràctica de l'audiència a porta tancada, de forma reservada, sense presència d'advocats ni procuradors, en format de conversa distesa amb un llenguatge comprensible i accessible per la

¹¹⁹ Sobre aquesta qüestió vid. HERNANDO VALLEJO, Maribel (2019) La audiencia del menor recabando el auxilio de especialistas a *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial jurídica sepín, Madrid. (p.63-65)

¹²⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO (2014) Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, Madrid, mayo 2014 (p. 16-19). Consultable a: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf> (Última consulta 18/09/2021)

persona entrevistada, prescindint de la toga, i moltes vegades, afortunadament, fora de la sala de vistes i en una data diferent a la celebració de la vista o judici¹²¹.

Aquesta manca de regulació, les disparitats existents entre normes i la diversitat de criteris a la pràctica processal, tant en primera com en segona instància, comporta que aquest dret no sigui respectat en nombrosos supòsits. Així, a la pràctica, els criteris són diversos i molts òrgans decisoris semblen no partir de la base que cal escoltar els NNA sempre que tinguin prou maduresa i això no sigui contrari al seu interès superior, i, a més, en qualsevol procediment que els afecti. Contràriament, moltes vegades, en els procediments contenciosos ni les persones majors de dotze anys són escoltades si no ho sol·licita així expressament una de les parts legitimades per fer-ho. Sembla que es parteix de la concepció proteccionista i de la necessitat d'excloure el NNA del tràmit judicial i de que pugui prendre part en la resolució que s'adopti. Si bé resulta indiscutible que cal preservar el NNA del conflicte, no el podem deixar al marge de les decisions que l'afecten i si comptem amb uns criteris i pautes clares podem evitar la victimització i garantir-li el seu dret a ser escoltat amb plenes garanties si així ho desitja.

Tal i com hem anat referint, a la pràctica processal, ni tan sols es valora moltes vegades si, malgrat la persona menor no ha assolit l'edat de dotze anys -a la que se li presumeix com a criteri objectiu la maduresa suficient-, compta amb prou maduresa i grau de discerniment per a ésser escoltada i garantir-ne, així, el seu dret¹²²; i si alguna part ho sol·licita és el jutjat el que valora si ho estima o no

¹²¹ Com a mostra de la voluntat dels/les jutges/esses que han de practicar-la per establir consensos i tenir clars criteris per la seva realització pot citar-se el document "Acords en relació a les audiències judicials de nens, nenes i adolescents en els procediments de família" subscrit al partit judicial de Terrassa en data 16 de juny de 2021, establint entre d'altres mesures que els NNA no seran escoltats el dia del judici i demanant que les parts s'abstinguin de portar-los el dia de l'assenyalament, instant-les a que si alguna interessa l'audiència ho demani pel tràmit oportú. Consultable a:

https://icater.org/pdfs/Junta-Com/ComFam_AcordsJTSA_ExpMenors_16062021.pdf

També, en aquest mateix sentit, el "III Acord d'unificació de criteris dels Jutjats de Família de Barcelona en relació a l'exploració de menors d'edat" de data 28 de gener de 2021, consultable a: <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/III-Acuerdo-de-unificacion-criterios-Familia-Barcelona.-Exploracion-2021.pdf> (Última consulta 18/09/2021)

¹²² En aquest sentit, vid. SUSIN CARRASCO, Esther (2018) El derecho de participación de la infancia y adolescencia en los procedimientos de familia en la legislación estatal (España) a la obra *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018 (p.217-231)

necessari en el cas concret. Moltes vegades no hi concorre una motivació emparada en l'interès superior de la persona menor a la resolució que denega la pràctica de l'audiència.

I tot això en els procediments contenciosos. En els procediments de mutu acord, és pràctica habitual que el Ministeri Fiscal informi sobre l'aprovació o no de les mesures interessades en relació a la persona menor sense escoltar-la i no és usual que cap de les parts interessi la seva audiència¹²³.

En aquest sentit, el CGPJ també ha constatat a la ja referida *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* (2020)¹²⁴ que en gran part de les resolucions de les Audiències Provincials que han de determinar sobre el règim de guarda analitzades no es tenen en compte les opinions manifestades pels NNA afectats per la resolució. En algunes resolucions l'òrgan decisor ni els escolta, i en d'altres, s'aparta de la seva voluntat o manifestacions sense motivar les raons que el porten a adoptar mesures contràries a la opinió manifestada. És destacable i molt recomanable la lectura de l'Annex VIII de la Guia, en la que es recullen recomanacions per a l'audiència de les persones menors, considerant i detallant aspectes com l'enquadrament de l'audiència (temps d'espera, espai físic, aspectes de l'entrevistador), inici i fases de l'audiència (estructurant-la els

¹²³ Sobre la pràctica forense, és interessant la lectura de l'article de LOPEZ JARA, Manuel (2018) La diligència de exploración del menor en los procesos de familia. *La Ley Derecho de Familia*, nº20, quart trimestre 2018, Wolters Kluwer (LA LEY 15131/2018)

¹²⁴ Vid. "Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida", CGPJ (2020). En aquest estudi s'afirma, respecte la voluntat manifestada pels NNA que: "Llama la atención que en algunas ocasiones las resoluciones se apartan de los deseos manifestados por los/as hijos/as sin llevar a cabo un análisis suficiente de las razones por las que no se acogen esos deseos, limitándose a aducir sencillamente la «inmadurez» genérica de los menores afectados pero sin expresar los motivos por los que se llega a la conclusión de que la opinión manifestada carece de madurez o fundamento.

Llama también la atención que en un número muy elevado de casos no consta ni que se haya escuchado directamente a los/as hijos/as, ni que se haya practicado audiencia de los mismos por parte de los peritos psicólogos y/o sociales, de suerte que, al menos en apariencia, la decisión sobre la custodia se adopta sin tener conocimiento de (y sin tener en cuenta en absoluto) la opinión de los menores, a pesar de que la gran mayoría de los/as hijos/as involucrados en los casos analizados se encuentran entre los 7 y los 18 años de edad.". Consultable a:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida> (Última consulta 18/09/2021)

Vid. També a la Guia el seu "ANEXO VIII: Recomendaciones para la audiencia de menores"

autors en: inicial, central i tancament i assenyalant a cadascuna de les mateixes tasques, consignes i recomanacions relatives a la informació que cal proporcionar al NNA), moment en que es recomana el seu desenvolupament i orientacions per a discernir sobre el grau de maduresa, entre d'altres extrems.

b) El criteri de l'edat aplicat de forma automàtica no propicia l'escolta dels NNA i en restringeix el seu dret.

El Comitè dels Drets de l'Infant de les Nacions Unides, ja va alertar a l'Observació General nº12 (2009), ja referida en aquest capítol, que, tot i l'avenç que havia suposat el contingut de l'article 12 de la Convenció sobre els Drets de l'infant i l'esforç dels estats per a garantir-ne aquest dret, es detecten pràctiques que obstaculitzen el seu exercici. Ja indicàvem *ut supra* que el dret dels nens, nenes i adolescents a ésser escoltats no pot garantir-se si concebem l'infant o l'adolescent com una persona inferior, sense capacitat ni autonomia per formar-se la seva pròpia opinió i poder expressar-la, ni validem els seus sentiments i emocions pròpies. Els Estats han de dissenyar i configurar les polítiques necessàries per a facilitar que les persones menors puguin formar-se la seva opinió lliurement partint de la premissa que son plenament capaces de sentir, comptar amb la seva pròpia opinió i expressar-la i que tenen tot el dret a fer-ho i, a més; també han de garantir que en la presa de decisions que els afectin, es tinguin en compte les seves manifestacions, sempre que sigui possible, promovent el seu reconeixement i participació activa en tots els àmbits.

En aquest sentit, el *Comitè ja desaconsellava la limitació d'edat* en l'exercici d'aquest dret per part dels Estats, i això ho feia encertadament, ja que el que es propicia amb la fixació d'una edat com a criteri objectiu (en algunes disposicions del nostre ordenament de dotze anys), a la pràctica promou que les persones que no hagin assolit aquesta edat, moltes vegades, d'entrada i de forma errònia, sense masses qüestionaments, sigui considerada no capaç o sense prou maduresa per fer valer aquest dret. El mateix podria ocórrer amb persones de més de dotze anys que no siguin prou madures o en les que hi concorri qualsevol causa que desaconselli la seva audiència en base -això sempre i de forma motivada- al seu interès superior.

El criteri automàtic que a la pràctica s'observa propicia restriccions a l'exercici d'aquest dret, el que es tradueix en una conculcació flagrant dels drets fonamentals i més encara quan som coneixedors que els infants inclús amb poca edat ja tenen preferències i les seves pròpies opinions i, tot i no poder-les expressar verbalment, les poden expressar mitjançant formes no verbals, tal i com es recull ja a l'esmentada Observació General i ha estat objecte i consta a nombrosos estudis científics¹²⁵.

I, cal recordar aquí, que l'article 9 LOPJM preveu que la persona menor pugui expressar la seva opinió "verbalment o a través de formes no verbals de comunicació". També a les Observacions finals del Comitè dels Drets de l'Infant a Espanya de l'any 2010 (Observacions 29 i 30), un cop examinat l'informe presentat per l'estat espanyol, el Comitè traslladava que, tot i que entenia que l'estat havia fet avenços en el seu ordenament per promoure el reconeixement del dret dels nens a ésser escoltats així com la seva participació, advertia com a extrem preocupant que havia detectat la necessitat de recórrer als pronunciaments de segona instància per tal d'aconseguir donar compliment a aquest dret d'audiència dels NNA, instant l'estat a intensificar la seva tasca en la plena aplicació de l'article 12 de la Convenció i a que "promogui el respecte per les opinions del nen a qualsevol edat en els procediments administratius i judicials, com les vistes que es celebrin sobre la seva custòdia (...) "¹²⁶.

¹²⁵ En aquest sentit, un exemple n'és: LANSDOWN, Gerison (2005) The evolving capacities of the child, que afirma que "un número cada vez mayor de investigaciones atestiguan el papel activo que los niños mismos desempeñan en el desarrollo de sus propias habilidades, en las negociaciones que forman parte de su vida cotidiana y en el grado de responsabilidades que aceptan" i que "el empeño de respetar los derechos humanos del niño requiere una revisión radical de las ideas preconcebidas que ven a la infancia como un período de inferioridad de condiciones. Al reconocer la importancia de la evolución de las facultades del niño para el ejercicio de sus derechos en general y, en particular, del derecho a que sus opiniones sean tomadas en serio, la Convención sobre los Derechos del Niño representa un reto explícito contra tales concepciones de la infancia. Las soluciones distan mucho de ser evidentes. No es posible prescribir una edad definida a la cual todos los niños necesitan más o menos protección u oportunidades a la hora de asumir responsabilidades. Tampoco es posible crear marcos jurídicos o sociales suficientemente flexibles para que se ajusten a las capacidades sumamente variables de los niños respecto a los distintos aspectos de su vida". Consultable a <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf> (Última consulta 18/09/2021)

¹²⁶ Vid. Observacions finals: Espanya, Comitè dels Drets de l'infant, 55è període de sessions, publicat el 3 de novembre de 2010, observacions 29 i 30 (CRC/C/ESP/CO/3-4): "29. El Comitè celebra que en la legislació del Estado parte se reconozcan el derecho del niño a ser escuchado y otros derechos del niño a la participación, pero manifiesta su preocupación por que, en determinadas circunstancias, sea todavía necesario recurrir a tribunales superiores para que se

Amb posterioritat, també a l'Observació final del Comitè a Espanya de l'any 2018, el Comitè trasllada la seva preocupació per la limitació i escassetat en els recursos destinats a la protecció dels drets dels infants i respecte el dret a ésser escoltat expressament reitera les observacions anteriors i recomana a l'estat que "incrementi els seus esforços per a fomentar el respecte de les opinions dels nens, a qualsevol edat, a la família, a l'escola, a la societat en general, i en tots els procediments judicials i administratius" que els afectin, i així mateix, recomana expressament l'harmonització de l'ordenament, per evitar contradiccions o imprecisions, concretament el Codi Civil i la LEC a la llum del mandat de l'article 12 de la Convenció, per tal de fomentar la participació de la persona menor de dotze anys; també insta l'Estat a dur a terme programes de formació destinats a promoure el reconeixement i exercici efectiu d'aquest dret (incloent jutges/esses i fiscals) i que prengui mesures per assegurar la seva aplicació així com que n'estableixi un estudi i seguiment¹²⁷.

reconozca el derecho de un niño a comparecer ante un tribunal independientemente de sus tutores legales, en particular en procedimientos judiciales y administrativos que le afectan. 30. El Comité recomienda al Estado parte que prosiga e intensifique su labor para aplicar plenamente el artículo 12 de la Convención y promueva el debido respeto por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos y judiciales, como las vistas que se celebren sobre su custodia y las causas sobre inmigración, así como en la sociedad en general. También le recomienda que promueva la participación del niño, facilite el ejercicio efectivo de ese derecho y vele por que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen en la familia, la escuela y otros entornos, como la comunidad, la formulación de políticas nacionales, así como en la aplicación y evaluación de planes, programas y políticas. El Comité recomienda al Estado parte que tenga en cuenta su Observación general N.º 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12), aprobada en 2009". També recomana a l'Estat que "adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las normas administrativas de todas las comunidades autónomas se ajusten plenamente a los principios y las disposiciones de la Convención y los dos Protocolos facultativos." (observació nº10) del document. Consultable a:

https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/observaciones_finales_CDN.pdf (Última consulta 18/09/2021)

¹²⁷ Vid. Observacions finals: Espanya, Comitè dels Drets de l'infant, 77è període de sessions, publicat el 2 de febrer de 2018, observació nº17 (CRC/C/ESP/CO/5-6): "17. With reference to its general comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard, the Committee reiterates its previous concluding observations (see CRC/C/ESP/CO/5-6 5 CRC/C/ESP/CO/3-4, para. 30) and recommends that the State party increase its efforts to promote due respect for children's views, at any age, in the family, school, society at large and all relevant judicial and administrative proceedings concerning them. The Committee particularly recommends that the State party: (a) Harmonize the relevant laws, particularly the Civil Code and the Code of Civil Procedure, with the Convention, to ensure the respect, in practice, of the right of children aged under 12 years to be heard; (b) Develop skills and undertake training programmes among professionals from different areas who work for and with children, including family judges and prosecutors, on children's rights and the implementation of the right of the child to be heard, as a right, rather than as an obligation; (c) Ensure the effective and systematic implementation of the right of the child to express his or her views in relevant judicial or administrative proceedings; (d) Conduct research to identify the issues of most importance to children, the extent to which their voices are heard concerning family

Des d'una visió del dret comparat, a França es va eliminar la fixació d'una edat concreta que presumís la maduresa del NNA -amb anterioritat estava fixada en tretze anys- per tal de promoure l'anàlisi de cada cas en concret. A Itàlia, encara persisteix el criteri objectiu de l'edat, fixant-se en dotze anys, sense perjudici que pugui ser escoltat si té capacitat de discerniment. A Alemanya, en canvi, l'ordenament promou l'escolta de tots els nens i nenes i, a la pràctica, se'ls escolta generalment a partir dels tres anys¹²⁸. De l'estudi del dret comparat s'infereix que en els ordenaments jurídics en els que no s'adopta el criteri cronològic de l'edat es propicia una escolta dels infants des d'edats més curtes, considerant i preservant ja el seu dret des de les primeres etapes de la infància per la presa de decisions que els afectin, com no pot ser d'una altra manera a la llum de la normativa considerada.

És obvi que no podem estendre de forma absoluta l'obligatorietat d'escoltar tots els nens, nenes i adolescents en tots els procediments, però el que sí que cal -i moltes vegades, malauradament, no es fa- és valorar cas per cas si aquell NNA pot ser escoltat atenent a la seva maduresa pròpia i a les circumstàncies concurrents, a l'empara del principi del seu interès superior i del seu dret com a persona a ser escoltada en un assumpte que l'afecta. L'autoritat judicial, des d'aquesta perspectiva, haurà de vetllar per tal que es determini si aquell nen, nena o adolescent és capaç de formar-se un judici propi, és a dir, si compta amb la maduresa suficient, i no blindar-se a la rigidesa del criteri de l'assoliment de l'edat de dotze anys. Aquest criteri objectiu, relacionat amb l'edat biològica, no comporta en absolut, com ja hem referit, un determinat nivell de comprensió igual o mínim per a tots els infants o adolescents i moltes vegades és acollit de forma

decisions affecting their lives and the channels through which they currently and potentially have the most influence on local decision-making processes at the national and local levels; (e) Conduct programmes and awareness-raising activities to promote the meaningful and empowered participation of all children, at any age, within the family, the community and schools, paying particular attention to girls and children in disadvantaged or marginalized situations; (f) Strengthen student councils in schools and children's councils at all levels to ensure that children's views are heard and facilitate their meaningful engagement with legislative and administrative processes on issues that affect them." Consultable a: <https://undocs.org/CRC/C/ESP/CO/5-6> (Última consulta 18/09/2021)

¹²⁸ Per a una anàlisi del dret comparat sobre la qüestió vid. SUSÍN CARRASCO, Esther (2019) *La audiencia del menor en Derecho comparado a La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial jurídica sepín, Madrid. (p. 135-157) que analitza la situació a França, Itàlia, Alemanya, Anglaterra i Gales.

automàtica, descartant, com dèiem, escoltar la persona si no la ha assolit, presumint-li que no és capaç de comprendre aquell acte o que no té una opinió formada que pugui voler expressar o tingui dret a fer-ho. I això és precisament el contrari a l'esperit de la norma i al que es pretenia en la configuració d'aquest dret. I, aquí cal fer constar que en virtut de l'article 9 LOPJM aquesta maduresa ha de quedar en mans o ser determinada per especialistes. Un cop determinada, si té prou maduresa, caldria valorar si és o no adient en atenció al seu interès superior la pràctica de l'audiència¹²⁹.

Tampoc res es preveu respecte les diferències que de ben segur requereix la pràctica de l'audiència si la persona entrevistada és un nen/a o bé ja un adolescent. CARTIÉ JULIÀ (2019) ja indica que "cal tenir en compte que l'adolescent es troba immers en un procés psicoemocional complex", proposant algunes pautes o consideracions a tenir en compte de forma especial en aquest context¹³⁰. De la mateixa manera el disseny de l'audiència i els recursos emprats tampoc poden ser els mateixos en les primeres etapes de la infància.

c) L'audiència mal substituïda pel dictamen d'especialistes.

A la pràctica és freqüent també, que, de forma automàtica i generalitzada, l'òrgan decisor denegui l'audiència en base a que l'opinió de la persona menor ha estat manifestada als tècnics i consta en algun dictamen aportat al procediment. Aquesta decisió, que només podria ser presa de forma excepcional atenent al cas concret, no concorda amb l'esperit de la Convenció de Drets de l'Infant ni entenem que garanteixi el dret a la persona menor a ser escoltada. Aquesta denegació en base a aquest argument només podria ser justificada si descansa en el seu interès superior (per exemple per evitar una excessiva exploració o audiència quan ja hagi estat escoltada anteriorment i les circumstàncies no ho aconsellin). ABEL LLUCH, Xavier (2018), molt encertadament i després d'una

¹²⁹ Sobre el judici d'admissió o denegació de l'audiència esdevé molt interessant, (op. cit) ABEL LLUCH, Xavier (2018). La audiencia del menor de edad en los procesos de familia a l'obra *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*. Bosch editor, Barcelona. (pàgines 321-324).

¹³⁰ CARTIÉ JULIÀ. Mercè i altres membres de l'EATAF (2019) La audiencia del menor y la audiencia del menor maduro (16-17 años) a *La audiencia del menor en los procesos de Familia*, Editorial jurídica sepín, Madrid, (p.43-56).

revisió de les diferències entre l'audiència i el dictamen d'especialistes, conclou que “ni l'audiència del menor exclou el dictamen d'especialistes, ni com a regla general l'emissió del dictamen d'especialistes supleix l'audiència del menor”¹³¹.

Precisament sobre aquest supòsit es va pronunciar el Tribunal Constitucional en Sentència 163/2009, de 29 de juny, invocant l'article 9 de la LOPJM i l'article 92.6 del Codi Civil. L'article 92.6 CCE estableix que, en tot cas, abans d'acordar el règim de guarda i custòdia, l'autoritat judicial haurà d'escoltar les persones menors afectades “quan estimi necessari d'ofici o a petició del Ministeri Fiscal, de les parts o dels membres del Equip Tècnic Judicial, o del propi menor”. Com ja hem indicat, la redacció originària del precepte establí clarament l'obligació d'escoltar les persones menors en cas que comptessin amb prou maduresa i sempre als majors de dotze anys. En virtut d'aquesta anterior redacció el Tribunal Constitucional, en diverses sentències (STC 221/2002 de 25 de novembre; STC 152/2005, de 2 de juny i STC 17/2006, de 30 de gener¹³²; entre d'altres) havia consagrat el caràcter essencial de l'audiència de la persona menor, com a tràmit ineludible, concebent la seva omissió com una possible vulneració del dret a la tutela judicial efectiva contemplat a l'article 24.1 CE. No obstant, després de la reforma del precepte introduïda per la ja referida LO 15/2005, l'alt Tribunal va entendre a la Sentència 163/2009, de 29 de juny¹³³ que “el coneixement del parer

¹³¹ Vid. ABEL LLUCH, Xavier (2018) El dictamen de especialistas en los procesos de familia, a *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Bosch editor, Barcelona. (p. 268-269)

¹³² STC 221/2002 de 25 de novembre (FJ 5); STC 152/2005, de 2 de juny (FJ 3 i FJ 4); STC 71/2004 de 19 d'abril (FJ 7) i STC 17/2006 de 30 de gener (FJ 5); entre d'altres. En aquesta última es fa constar, en el seu FJ 5, que “resulta irrelevante que la diligencia de exploración de las menores en segunda instancia fuese inicialmente solicitada por el padre de las menores, y no por el Ministerio Fiscal, quien se limitó a manifestar su conformidad a que se practicara dicha diligencia, pues es claro que, aun el caso de que nadie hubiera solicitado la exploración de las menores, al tratarse de un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de éstas, las cuales, por la edad que tenían en aquel momento, gozaban del juicio suficiente para deber ser oídas en el procedimiento (art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor), la Audiencia venía obligada a otorgar un trámite específico de audiencia a las menores antes de resolver el recurso de apelación, de conformidad con nuestra doctrina al respecto (por todas, SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, y 152/2005, de 6 de junio, FJ 3)”.

¹³³ La STC 163/2009, de 29 de juny (FJ 5), entén vàlida la interpretació dels tribunals que considerava que no esdevé essencial la pràctica de l'audiència de la persona menor en el supòsit d'una persona de onze anys, tot i ser sol·licitada per la mare, reputant vàlida l'argumentació del tribunal que dictà la resolució recorreguda en empara -que sostenia que la opinió respecte el règim de visites amb l'altre progenitor ja era coneguda pel tribunal al haver estat recollida en un dictamen emès per l'equip tècnic-. Així, en el seu FJ 5 afirma que “los órganos judiciales deducen

del menor pot substanciar-se a través de determinades persones (art. 9 de la LO 1/1996) i només resultarà obligat quan s'estimi necessari d'ofici o a petició del Fiscal, parts o membres de l'equip tècnic judicial, o del propi menor (art. 92.6 CCE)". Afirmar el Tribunal Constitucional que d'acord amb els preceptes analitzats "l'apartat 2 d'aquest article (9 LOPJM) estableix que el menor pot exercitar aquest dret per ell mateix o a través de la persona que designi per a que el representi quan tingui suficient judici i que quan això no sigui possible o no convingui a l'interès del menor, podrà conèixer-se la seva opinió mitjançant els seus representants legals, sempre que no siguin part interessada ni tinguin interessos contraposats amb els del menor, o a través d'altres persones que per la seva professió o relació d'espacial confiança amb ell puguin transmetre-la objectivament", i en base a aquest argument descarta la lesió del dret fonamental a la tutela judicial efectiva en el supòsit d'una persona d'onze anys d'edat a la que els òrgans judicials no havien donat tràmit d'audiència tot i haver estat sol·licitat per la mare, que entenia que la filla comptava amb prou maduresa. Els òrgans tant de primera com de segona instància havien denegat aquesta petició en base a que la seva opinió respecte el canvi de règim de visites a favor del pare ja constava a un dictamen emès per l'equip psicosocial.

Aquesta interpretació no concorda, però, amb les valoracions i conclusions emeses pel Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) a la Sentència de data 11 d'octubre de 2016, *Iglesias c. España*¹³⁴ que, analitzant el dret intern, reputa necessària l'audiència de la persona menor si compta amb maduresa suficient i sempre si ha assolit l'edat de dotze anys (atenent a que segons l'ordenament intern assolida aquesta edat se li presumeix la suficient maduresa) excepte si hi concorre algun motiu emparat en el seu interès superior, i sempre que consti

que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)."

¹³⁴ Sentència TEDH (Secció 3ª), *Affaire Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra c. España*, Requête n° 23298, de 11 d'octubre de 2016. Valoracions contingudes als punts 36-43 de la resolució. Consultable a: <https://hudoc.echr.coe.int> (Ultima consulta 20/09/2021)

degudament motivada aquesta denegació en base a aquest interès. En l'assumpte de la Sentència, la demandant invocava la vulneració de l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans, relatiu al dret de tota persona a que la seva causa sigui escoltada de forma equitativa pel Tribunal que ha de decidir sobre la mateixa. En el supòsit contemplat, la demandant, mare de dues menors, sol·licità reiteradament l'audiència de les seves filles en un procediment de divorci en el que el pare demanava que es fixés un determinat règim de visites. L'òrgan competent no havia accedit a la pràctica de l'audiència de cap de les filles, de tretze i onze anys, en base a que les opinions respecte la guarda i custòdia ja constaven als informes psicosocials emesos en el anterior procediment de separació i que en el procediment de divorci l'opinió de la filla major de dotze anys ja constava també en un informe emès per l'equip psicosocial. La demandant al·lega que les filles mai, en cap fase del procediment, tot i reclamar (tant la mare com les filles) que poguessin expressar la seva opinió, no van ésser escoltades personalment ni per l'autoritat judicial ni pel fiscal.

El Tribunal considera que atenent al dret espanyol, concretament als preceptes 770 apartat 4 de la LEC i a l'article 9 de la LOPJM, en qualsevol cas, si la persona menor sol·licita ser escoltada la denegació del tràmit d'audiència ha d'estar motivada, fet que no va concórrer. A més, respecte la denegació de l'audiència de la filla major de dotze anys tot i haver estat sol·licitada expressament, conclou que no es troba emparada jurídicament en el dret intern, entenent el Tribunal que no s'aprecia "cap raó que justifiqui que l'opinió de la filla major de la demandant, una menor amb una edat, en aquell moment, de més de dotze anys, no fos recollida directament pel Jutjat de Primera Instància en el marc del procediment de divorci, com ho exigia la Llei interna..." ni tampoc entén que existeixi cap raó "que justifiqui que el Tribunal de Primera Instància no es pronunciés, en el marc d'aquest mateix procediment, de manera motivada sobre la sol·licitud de la filla menor de ser escoltada per aquell, tal com li exigia la Llei. La denegació d'escoltar, almenys, la filla major, així com l'absència de qualsevol motivació per a rebutjar les pretensions de les menors de ser escoltades directament pel Jutge que devia resoldre sobre el règim de visites del seu pare (...)" condueix al TEDH a concloure que, si bé no pot afirmar-se que els tribunals estiguin sempre obligats a escoltar les persones menors -ja que això dependrà de les circumstàncies

particulars de cada cas en concret-, s'ha produït una vulneració d'aquesta disposició, vulnerant el dret de les parts a presentar les observacions que considerin oportunes contingut a l'article 6 del Conveni. En el cas en concret, es condemna l'estat espanyol a indemnitzar la demandant pel dany moral infligit - 6.400 €- i un altre import en concepte de despeses i costes -2.000 € més impostos -, al entendre que d'acord amb el dret intern espanyol, en un supòsit de divorci contenciós, els NNA han d'ésser escoltats i, en qualsevol cas, els que hagin assolit l'edat de dotze anys, havent-se de motivar en qualsevol cas la denegació del tràmit d'audiència.

Tampoc els pronunciaments i la interpretació que elaborava el Tribunal Constitucional no encaixen amb les concrecions i recomanacions contingudes a la Observació General nº12 del Comitè dels Drets de l'Infant, que precisament recomana als Estats que "sempre que sigui possible, es brindi al nen l'oportunitat de ser escoltat directament en tot el procediment"¹³⁵. És una qüestió essencial comprendre que en el text en què es reconeix aquest dret i s'inspira tota la normativa posterior, no es parteix de la base que sigui l'òrgan decisor el que valori si aquesta opinió pot ser o no recollida per un representant o per un òrgan apropiat -a la nostra pràctica processal comunament en un dictamen d'especialistes-, sinó que cal partir d'una premissa diferent: de conformitat amb la Convenció de Drets de l'infant és la pròpia persona menor, la que si compta amb la suficient maduresa i vol expressar la seva opinió, pot (o no) decidir si la manifesta per ella mateixa o a través d'un representant designat que vetlli exclusivament pels interessos d'aquest infant o adolescent. Així també ho recull l'article 9 LOPJM quan disposa que "es garantirà que el menor, quan compti amb suficient maduresa, pugui exercir aquest dret per ell mateix o a través de la persona que (ell) designi per a que el representi".

La referència de l'article 9 LOPJM en el seu apartat 2 *in fine* quan recull que "no obstant, quan no sigui possible o no convingui al seu interès -que la persona

¹³⁵ Així ho fa en l'anàlisi literal que fa del precepte, i que es conté en la Observació general nº12 CDN. A més, s'indica "Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento".

menor sigui la que directament expressi la seva opinió o a través de persona que ella designi- es podrà conèixer l'opinió del menor mitjançant els seus representants legals, sempre que no tinguin interessos contraposats als seus, o a través d'altres persones que, per la professió o relació d'especial confiança amb ell, puguin transmetre-la objectivament” ha de ser interpretada de forma *restrictiva*, tota vegada que del tenor literal del precepte ja s'infereix clarament que només en el supòsit que les circumstàncies no ho aconsellin i sempre de forma motivada atenent al seu interès superior hauria de conèixer-se la seva opinió per mitjà d'altres persones.

A partir de la STEDH, el Tribunal Suprem ha acollit les conclusions del seu pronunciament, i ja ha tingut ocasió de pronunciar-se en diferents resolucions. Podem destacar la Sentència del Tribunal Suprem núm. 18/2018, de 15 de gener, en la que en el seu Fonament Jurídic segon recull com a doctrina que:

“Sobre el dret dels menors a ser escoltats (*oídos*) la regulació la conté la LEC a l'art. 770.1. 4º i de manera més àmplia a l'apartat 5 de l'art. 777. S'ha de tenir en compte, així mateix la nova redacció de l'art. 2, així com de l'art. 9, de la LO 1/1996 de Protecció Jurídica del Menor, donada per la LO 8/2015, de 22 de juliol.

A la normativa internacional té el seu acomodament en l'art. 12 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant, en la Carta Europea de los Drets Fonamentals al seu art. 24 i en la Observació General nº 14/ 2013, del Comitè dels Drets de l'Infant.

La Sala s'ocupa de la doctrina sobre aquest dret dels menors en la sentència 578/2017, de 25 de octubre, en els següents termes:

Segons declara la sentència 157/2017, de 7 de març <En relació a la falta d' exploració de la filla, aquesta sala s'ha pronunciat amb reiteració respecte la necessitat de ser escoltat (*oído*) el menor en els procediments que directament els afecten>. La sentència de 20 d'octubre de 2014 estableix el següent: <La aparent contradicció entre el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil, ve a ser aclarida per la Llei del Menor i pel

Conveni sobre Drets de l'Infant, en el sentit que quan l'edat i maduresa del menor facin presumir que té prou maduresa (*suficiente juicio*) i, en tot cas, els majors de 12 anys, hauran de ser escoltats (*oídos*) en els procediments judicials en els que es resolgui sobre la seva guarda i custòdia, sense que la part pugui renunciar a la proposició de dita prova, havent d'acordar-la, en el seu cas, el jutge d'ofici. En aquest mateix sentit la sentència del Tribunal Constitucional de 6 de juny de 2005.>

Ara bé, la citada sentència de 20 d'octubre de 2014 afegeix que <per a que el jutge o tribunal pugui decidir no practicar l'audició, atenent a l'interès del menor, serà precís que ho resolgui de forma motivada.>

Així cal col·legir també de la sentència TEDH, Secció 3^a, de 11 de octubre de 2016, recurs 23.298/2007, per la que s'estima que seria anar massa lluny dir que els tribunals interns estan sempre obligats a escoltar (*oír*) als menors, ja que dependrà de les circumstàncies particulars de cada cas, atenent sempre a l'edat i maduresa del nen.”

Fetes aquestes consideracions prèvies i situant la més recent doctrina, en el seu Fonament Jurídic quart, el Tribunal es pronuncia sobre la naturalesa jurídica d'aquesta audiència i recull que:

“Per a la millor intel·ligència de la decisió de la sala s'ha de tenir en compte, segons el que s'ha exposat en les consideracions prèvies, que l'exploració del menor té per objecte indagar sobre l'interès d'aquest, per a la seva deguda protecció, i per tant no es pròpiament una prova, de forma que l'interès del mateix no necessàriament ha de coincidir con la seva voluntat, havent de valorar el jutge la seva maduresa i si els seus desitjos son propis del capritx o d'influències externes.

En atenció a la falta de maduresa o de posar-se en risc l'interès del menor és possible que es denegui la seva exploració, si bé de forma motivada, segons la doctrina ja recollida. És el supòsit que contempla la sentència 578/2017, de 25 de octubre .

Es tracta d'evitar que la audiència directa del menor no li produeixi un perjudici pitjor que el que és pretén conjurar. Però per això serà precís que el tribunal ho motivi, o que, en el seu cas, en atenció a aquest interès, consideri més adequat que l'exploració es dugui a terme a través d'un expert o estar a la ja duta a terme per aquest mitjà -STC 163/2009, de 29 de juny-.

De vegades es confon la negativa a l'exploració amb la manca de mètode psicològic a l'hora de dur-la a terme, ja que el que serà perjudicial pel menor en tal supòsit no serà la seva exploració, sinó si aquesta es fa amb preguntes directes que li creïn un conflicte de lleialtats, amb conseqüències emocionals desfavorables."

En aquesta resolució, s'estima el recurs i s'anul·la la sentència recorreguda en cassació retrotraient-se les actuacions precedents per tal de possibilitar l'audiència de la persona menor¹³⁶.

També el CGPJ (2020) a la ja citada *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, per a la determinació del règim de guarda més adient en supòsits de trencament familiar recull el pronunciament del TEDH com a norma o recomanació, precisant que l'autoritat judicial ha d'escoltar als NNA que tinguin prou maduresa a tenor de l'ordenament jurídic i adverteix a l'autoritat judicial del contingut de la Sentencia del TEDH¹³⁷.

¹³⁶ Cal considerar també a la ja referida STS nº578/2017 de 25 d'octubre de 2017, que, en canvi, no estima vulnerat el dret de la persona menor a ésser escoltada en un cas en que la denegació de l'audiència es trobava emparada en el seu interès superior i la resolució així ho recollia motivadament, (FJ 2).

¹³⁷ Vid. La ja citada "Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida", CGPJ, 2020. Com a pauta es recull que: "A tenor de lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia procedente, el Juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio. Así lo exigen también la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, artículo 9, y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 11 de octubre 2016 caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias vs España), en la que específicamente se declara que establecer un régimen de custodia sobre un menor, en un procedimiento de divorcio, sin haberle escuchado, vulnera su derecho a ser oído en juicio del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos" (p.349)

- d) *La necessitat de dissenyar pautes i criteris pel desenvolupament de cada audiència i que siguin adaptables a cada infant o adolescent.*

Cal remarcar també que l'audiència o l'entrevista amb les persones menors per part de l'autoritat judicial és essencial per a garantir el seu dret en nombrosos procediments que es tramiten judicialment però no només això, i és que, a més, pot esdevenir una font d'informació essencial i decisiva per a la presa de decisions en matèries que les afecten d'una manera molt significativa de forma més acurada a la realitat familiar. Ara bé, aquesta audiència s'ha de dur a terme amb totes les garanties i de forma respectuosa, al marge de qualsevol ingerència en els drets de les persones menors, evitant qualsevol dany o victimització. Per això resulta summament necessària la determinació d'uns criteris per al desenvolupament d'aquesta audiència i la unificació d'aquests a tots els jutjats que precisin dur a terme aquesta entrevista.

Per a la formulació de criteris s'hauria d'atendre a recomanacions d'experts en matèria de la pràctica jurídica¹³⁸ i també aquestes pautes s'han de dissenyar tècnicament per especialistes en l'àmbit de la psicologia i la salut mental¹³⁹

¹³⁸ En aquest sentit, molt interessants esdevenen les consideracions en la matèria que ens ocupa del magistrat Sr. ABEL LLUCH, Xavier (2018). Es recomana consultar el seu capítol "La audiencia del menor de edad en los procesos de Familia", en que després de tractar tot un seguit d'aspectes especialment rellevants, inclús recull un decàleg de bones practiques a l'audiència de la persona menor (pàgines 343-344) que forma part de l'obra *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, Ob. Cit. p. 303-344.

També, molt interessant resulta la obra ABEL LLUCH, Xavier (COORD.) (2019) *La audiencia del menor en los procesos de Familia*, Ob. Cit.. En la mateixa s'estudien aspectes especialment rellevants de la pràctica d'aquesta audiència i, entre d'altres consideracions, s'annexa inclús un model d'acta d'audiència, es recullen unes pautes o orientacions pel desenvolupament de l'audiència del NNA i tot un seguit de propostes de lege ferenda molt interessants (creació de Servei d'acollida i d'acompanyament de la persona menor prèvia entrevista, que no tingui lloc el mateix dia de la vista i que la persona menor no comparegui aquell dia, tasca pedagògica en la formació de jutges/esses, entre d'altres).

També, en aquest sentit, PÉREZ GALVÁN, María (2016) La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia a *El futur del dret de família, Homenatge a Francesc Vega Sala*, Societat Catalana d'Advocats de Família. p. 201 a 206.

També les ja citades recomanacions proposades pel CGPJ (2020) a ANEXO VIII: Recomendaciones para la audiencia de menores a la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*. Consultable a:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida> (Última consulta 20/09/2021)

¹³⁹ En aquest sentit, es pronuncien els psicòlegs ÁLVAREZ RAMOS, Fernando i CATALÁN FRÍAS, M^aJosé (2021) a "La entrevista del niño/niña/adolescente y su admisibilidad u oportunidad" a la obra *La pericial psicológica en los procesos de familia* (Ob. Cit.) p.131-134. Els

comptant amb la seva imprescindible col·laboració. Cal tornar a considerar, en aquest sentit l'Observació General nº12 del Comitè dels Drets de l'Infant de les Nacions Unides (2009), ja citat, que enumera cinc mesures que han de ser configurades i establertes pels Estats a fi i efecte de poder donar compliment al mandat de l'article 12 de la Convenció. Les mesures són: la *preparació*, l'*audiència*, l'*avaluació de la capacitat del NNA*, la *comunicació dels resultats* a aquest, i la *possibilitat de formular queixes i recursos*¹⁴⁰. Aquestes fases, que configuren o conformen el substrat del denominat per la doctrina "*Itinerari de l'escolta*" també han estat considerades per nombrosos autors, a fi de contribuir a una millor pràctica de l'audiència que sigui capaç de garantir de forma efectiva l'exercici d'aquest dret¹⁴¹. També caldrà dilucidar quina és i com s'articula, en el nostre ordenament, la intervenció dels especialistes en aquest àmbit i com coadjuva la seva actuació amb la resta d'operadors jurídics.

L'establiment de criteris i de pautes saludables o segures per la salut psíquica de les persones menors unida al canvi en la concepció d'aquest dret (necessitat de garantir-lo i de reconèixer-lo com a regla general a totes les persones menors excepte en supòsits en que no s'aconselli atenent al seu interès superior) de ben

autors proposen l'adaptació de l'entrevista al seu nivell maduratiu, la necessitat de transmetre seguretat i evitar que es puguin sentir responsables de la decisió, protegir-los del conflicte, ajustar-la al mínim de temps possible per evitar que perduri el possible malestar, l'així com en la seva formulació, la detecció dels possibles xantatges o instrumentalitzacions, l'atenció a possibles indicis de patiment o a la coparentalitat, entre d'altres. També resulten molt interessants les consideracions que realitzen respecte la tècnica d'observació de la interacció de les persones menors amb els progenitors.

¹⁴⁰ Es recullen les mesures bàsiques per a garantir l'efectivitat d'aquest dret a l'apartat 2 de l'anàlisi jurídic contingut a l'Observació General nº12 del Comitè dels Drets del Nen de Nacions Unides, 51º període de sessions. CRC/C/GC/12 publicat el 20 de juliol de 2009 (p. 13-14). Consultable a: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (Última consulta 20/09/2021)

¹⁴¹ Vid. POSADA FERNÁNDEZ, Mª Teresa (2018) a "El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten" que forma part de la obra SOLÉ RESINA, Judith i ALMADA MOZETIC, Vinicius, *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, Dykinson, p.208-213. En l'apartat "El proceso de formación de la opinión del menor y su derecho a expresarla y a que sea oída en el procedimiento que le afecte" valora de forma detallada les fases enunciades pel Comitè de drets de l'infant de les Nacions Unides i hi recull interessants propostes de lege ferenda. També en aquest sentit, pot consultar-se l'estudi emès pel DEFENSOR DEL PUEBLO "Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia", Op.cit. (p. 16-19). Consultable a: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf> (Última consulta 20/09/2021).

segur podrien contribuir a la proliferació de l'escolta activa dels nens, nenes i adolescents en qualsevol assumpte que els afecti i a dotar de la necessària transcendència de les seves manifestacions al procediment quan hi concorrin les circumstàncies adients.

e) La determinació del judici de maduresa i l'aptitud suficient de l'autoritat judicial per a la pràctica de l'audiència un cop determinada aquesta maduresa.

També cal plantejar-se com cal dur a terme aquest judici de maduresa de l'infant o l'adolescent. Un cop més, la necessària especialització dels òrgans judicials i del personal intervinent contribuiria a la fixació d'unes pautes i criteris comuns per a poder, en cada cas, apreciar si concorren o no els requisits per la possible audiència de la persona afectada, sempre des de l'òptica, com dèiem, de la presumpció de que la persona menor compta amb capacitat suficient i que té dret a ésser escoltada. Cal invertir la tendència, tant arrelada a la pràctica processal, de presumir que la persona menor d'edat és incapaç de formar-se la seva pròpia voluntat en qüestions tant transcendents i de que la intervenció en el procediment en qualsevol cas no pot fer més que comportar-li un perjudici.

Cal recordar que en virtut de l'article 9 de la LOPJM la maduresa ha de ser valorada per *personal especialitzat*. També el Comitè recull com una obligació dels estats part "impartir capacitació" sobre el contingut de l'article 12 de la Convenció i sobre la seva aplicació pràctica a tots els professionals el Comitè refereix als advocats/des, jutges/esses, policies, treballadors/es socials, treballadors/es comunitaris/es, psicòlegs/es, entre d'altres- que intervinguin en procediments amb nens, nenes i adolescents. A més, com a mesures per a garantir la observança d'aquest dret el Comitè recull el necessari establiment de bones pràctiques per avaluar de forma individual la capacitat del nen, nena o adolescent per tal d'analitzar la seva situació personal i circumstàncies i dirimir si aquest/a és capaç de formar-se un judici propi, de manera "raonable i independent" per tal de tenir degudament en compte les seves opinions.

En aquest sentit, alguns autors defensen que siguin els equips tècnics els que valorin *prima facie* la capacitat del NNA per formar-se una opinió i, un cop

superada aquesta valoració, aquest mateix equip hauria d'informar clarament la persona menor d'edat sobre el dret que té a ésser escoltada, que ho pot fer per ella mateixa o a través d'un representant i de les conseqüències que pot tenir expressar la seva opinió¹⁴². Tampoc és una qüestió clara en quins supòsits caldrà la intervenció d'especialistes ni en quin moment o moments processals.

Una altre qüestió important lligada amb el que precedeix és la necessària aptitud de l'autoritat judicial per a dur a terme aquesta escolta activa una vegada ja es conclou que en el NNA es reuneixen les condicions òptimes per a ésser escolat/da. En aquest sentit, el CGPJ (2020)¹⁴³ alerta també de la importància de l'especialització de l'ordre jurisdiccional i de la formació especialitzada de l'autoritat judicial en la matèria per a fomentar l'escolta activa i dur a terme aquesta audiència de forma garantista amb els seus drets. És absolutament necessària aquesta formació per tal d'evitar una mala realització de la mateixa si

¹⁴² En aquest sentit, CASO SEÑAL, Mercedes (2016) El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, a AAVV, *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*. SCAF, p. 39 -4, quan proposa també inclús que: "Si el menor optara por interesar la audiencia directa ante el juez ya quedaría en manos de este convocar la exploración judicial que sólo podría rechazar mediante resolución motivada. Si el menor optara por ser escuchado directamente por el equipo (técnico) ya en el mismo acto se podría recoger en acta el contenido de su opinión (...)"

¹⁴³ Vid. La ja citada "Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida", CGPJ, 2020. En aquest estudi s'afirma que: "La aplicación del derecho de familia exige, además de un adecuado conocimiento técnico-jurídico de la materia, el conocimiento específico y la aplicación de ciertas técnicas metajurídicas, específicas de los procesos de familia, que la mayoría de los Juzgadores desconoce e inaplica. Así ocurre con el análisis de las pruebas periciales. No se conocen las técnicas seguidas para la elaboración de estos estudios y para la extracción de determinadas conclusiones. Si la base de un porcentaje altísimo de las sentencias es precisamente el informe pericial, es particularmente importante que el Juzgador conozca cómo se ha hecho ese informe, cómo y por qué los peritos han llegado a determinada conclusión. Los juzgadores no hacen análisis crítico de los informes psicosociales, en gran parte porque carecen de los conocimientos técnicos suficientes para poder llevarlo a cabo y poder someter al perito al interrogatorio adecuado en ratificación. (...) Lo indicado en el ordinal anterior es igualmente aplicable a las técnicas relativas al interrogatorio de las partes o la audiencia de los/as hijos/as competentes, que son esenciales para conocer las circunstancias de la familia. Es particularmente importante conocer la técnica para oír y escuchar a un niño y para extraer la información adecuada acerca de cuáles son sus preferencias, sus necesidades, sus deseos. Todo esto requiere una técnica, que no es jurídica pero sí necesaria, y de la que la inmensa mayoría de los Jueces carecen. La formación especializada es absolutamente necesaria para esto, y la especialización de la jurisdicción también." (p.144) Consultable a: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida> (Última consulta 20/09/2021).

s'incorre en males tècniques que només fan que comportar al NNA conflictes de lleialtats i, en molts casos, danys irreversibles.

f) La obligació d'estendre acta de l'audiència i dret a la intimitat.

També a la pràctica processal de l'audiència, s'ha plantejat si la obligació d'estendre acta, en qualsevol cas, sobre les manifestacions del nen, nena o adolescent comprometen el seu dret a la intimitat. En virtut del citat article 18.2 apartat 4 de la LJV, segons la nova redacció introduïda per la LOPIIA, s'estableix que en les compareixences que es celebrin als expedients de jurisdicció voluntària que afectin els interessos d'una persona menor d'edat “del resultat de l'exploració s'aixecarà *en tot cas*, acta pel Llettrat de l'Administració de Justícia, expressant les dades objectives del desenvolupament de l'audiència, en la que es reflectirà les manifestacions del nen, nena o adolescent *imprescindibles per significatives, i per això estrictament rellevants*, per a la decisió de l'expedient, cuidant de *preservar la seva intimitat*”, al que s'afegeix que si l'exploració té lloc després de la compareixença, caldrà donar *trasllat d'aquesta acta* a les parts interessades (defensa lletrada dels progenitors). Anteriorment a la modificació d'aquest precepte, el mandat únicament recollia la necessitat de donar trasllat de “l'acta detallada” amb el resultat de l'exploració per tal que les parts poguessin fer-ne al·legacions, a més d'establir-se, que aquesta audiència seria gravada sempre que fos possible en suport audiovisual, sense especificar ni concretar quins extrems calia fer constar en la mateixa.

Respecte d'aquests extrems, fou plantejada qüestió de constitucionalitat davant el Tribunal Constitucional. En la qüestió de constitucionalitat es plantejà la possible col·lisió entre el dret a la intimitat (18.1 CE) de les persones menors i el dret a la defensa (24.2 CE). El magistrat que la va promoure, el Sr. Xavier ABEL LLUCH, titular del Jutjat de Primera Instància número 14 de Barcelona, plantejà que la obligatorietat d'estendre acta i donar-ne trasllat a les parts interessades podria afectar el dret a la intimitat de les persones menors, donat que aquesta rigidesa en la obligatorietat del precepte, que no contempla cap excepció ni cap reserva de contingut, podria comprometre en alguns supòsits la intimitat de la persona menor tota vegada que els extrems que contemplarà l'acta, de ben

segur, es referiran a la seva esfera personal i a la relació entre la persona menor i els seus progenitors.

El Tribunal Constitucional es va pronunciar al respecte en la Sentència 64/2019, de 9 de maig¹⁴⁴, postulant que “l’acta de l’exploració judicial del menor constitueix el reflex processal, documentat, del dret del menor d’edat a ésser escoltat” i que aquest dret forma part de “l’estatut jurídic indisponible dels menors d’edat, com a norma d’ordre públic, d’inexcusable observança per a tots els poders públics” (FJ 4). L’alt Tribunal esgrimeix, després de dur a terme un judici de proporcionalitat de la norma, que és en el desenvolupament de l’audiència del menor quan cal donar observança i compliment als drets d’audiència i participació en el procediment i al dret a la intimitat de la persona menor, i no tant, en el moment del trasllat de l’acta, afirmant que:

“és a la celebració de l’exploració judicial del menor, a porta tancada, quan el jutge o el lletrat de l’administració de justícia ha de cuidar de preservar la seva intimitat (art. 9.1 paràgraf segon, de la Llei Orgànica 1/1996), vetllant en tot moment per a que les manifestacions del menor es circumscriuin a les necessàries per a l’esbrinament dels fets i circumstàncies controvertides, de manera que l’exploració únicament versí sobre aquelles qüestions que guardin estricta relació amb l’objecte de l’expedient. D’altra banda, la funció tuïtiva del fiscal reforça aquesta garantia (...) Si s’observen estrictament aquestes regles i cauteles, com és obligat en atenció a l’interès superior del menor, es redueix al mínim la incidència en la seva intimitat: en quant reflex d’una exploració judicial en la que ja s’han adoptat les mesures oportunes per a preservar la intimitat del menor, el contingut de l’acta únicament haurà de detallar aquelles manifestacions del menor imprescindibles per significatives, i per això estrictament rellevants, per a la decisió de l’expedient. Així acotat el desenvolupament de l’exploració judicial i el conseqüent contingut de l’acta (...) per imperatiu del principi de contradicció, l’acta ha de ser posada en coneixement de les parts per tal que puguin efectuar les seves al·legacions (FJ 8)”.

¹⁴⁴ STC 64/2019, de 9 de maig.

Així, el Tribunal conclou que la norma no vulnera cap precepte constitucional i que l'acta ha d'existir i ser traslladada imperativament a les parts legitimades a fi i efecte de garantir el principi processal de contradicció contingut a l'article 24 CE, "una exigència" que en aquests supòsits "s'accentua" en els expedients de jurisdicció voluntària que afecten les persones menors, que ex article 19.2 LJV poden resoldre's per l'autoritat judicial en funció de "qualsevol fets dels que s'hagi tingut coneixement com a conseqüència de les al·legacions dels interessats, les proves o la celebració de la compareixença, encara que no hagin estat invocats pel sol·licitant ni per d'altres interessats."

Amb posterioritat a aquest pronunciament, cal tornar a referir que la LOPIIA ha vingut a modificar el precepte en qüestió, afegint-se en aquest article 18.2, apartat 4, de la LJV, que a l'acta que ha de ser expedida pel el Lletrat/da de l'Administració de Justícia caldrà que hi constin "les dades objectives del desenvolupament de l'audiència", reflectint "les manifestacions del nen, nena o adolescent *imprescindibles per significatives, i per això estrictament rellevants*, per a la decisió de l'expedient, cuidant de *preservar la seva intimitat*", acollint i fent-se ressò de les manifestacions contingudes en la sentència comentada. Amb la modificació introduïda per la LOPIIA també desapareix l'exigència de gravar la pràctica d'aquesta audiència sempre que fos possible.

Amb posterioritat a la Sentència del Tribunal Constitucional, també els operadors jurídics han tractat d'examinar i d'anar adaptant la pràctica forense al mandat constitucional ¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Pot consultar-se AURABEDA DALMAU, Laia, CRISTOBAL SÁEZ, Lorena i JANÉ GIL, Enric (2021) La exploración del niño/niña/adolescente y el derecho a la intimidad, a ABEL LLUCH (Coord.) *La pericial psicológica en los procesos de familia* (Ob. Cit.) p. 135-141. Els autors, tots ells jutges/esses, un cop dictada la STC de 9 de maig de 2019, es plantegen en aquest capítol qüestions tals com quina és la informació mínima que caldrà facilitar al menor, i, coincideixen en que "en atención a la STC antedicha, debe considerarse que, en aras de preservar su intimidad en el ejercicio de su derecho de audiencia, al menor se le debe informar: primero, de que sus manifestaciones pueden ser conocidas por las partes del procedimiento; segundo, sobre qué extremos puede pronunciarse, especialmente sobre aquellos de los que no es necesaria su manifestación de opinión (...)". També plantegen d'altres qüestions amb implicació d'aquesta sentència a la pràctica forense, tals com l'actuació dels perits sobre les manifestacions fetes per la persona menor o davant la sol·licitud de trasllat de gravació -si existeix- de l'acta.

Queden, però, molts interrogants per resoldre a la pràctica forense i aquests difícilment podran ser resolts sense una regulació clara en la matèria. El contingut de la sentència que ha estat acollit per la LOPIIA es centra en aclarir que l'acta s'ha d'estendre obligatòriament però caldrà veure a la pràctica com es concreta pels diferents òrgans decisoris quines son aquestes manifestacions "imprescindibles per significatives i estrictament rellevants" i si realment a la pràctica el dret a la intimitat dels menors no queda compromès quan aquesta sigui traslladada a les parts¹⁴⁶.

g) Les consideracions i valoracions de les opinions manifestades pel NNA a l'audiència.

Cal insistir també en que no només cal escoltar la persona menor d'edat quan sigui procedent sinó que, a més, les seves opinions han de ser degudament considerades, en funció de la seva edat i maduresa i tingudes en compte a l'hora de resoldre la qüestió, recollint-se el resultat de l'audiència i la seva valoració. Ara bé, cal precisar que el tenir en compte les seves opinions no s'identifica amb el dret a decidir, atès que les seves preferències poden no ser adients al seu interès superior¹⁴⁷. Cal valorar-les, això si, i tot i que puguin ser més o menys acollides en funció de les circumstàncies de cada cas, l'autoritat judicial haurà de prendre la decisió vetllant pel seu interès superior i emetent una resolució fundada i motivada en el mateix. A més, l'autoritat judicial ha de traslladar a l'infant o adolescent el resultat del procediment i com ha valorat o tingut en compte les opinions manifestades. Cal recordar aquí que la valoració de la mateixa i el resultat ha de ser adequat per a la seva comprensió. Aquesta comunicació coadjuva amb la necessitat de donar compliment real al dret que té a ésser escoltada i facilita que la pròpia persona menor afectada pugui adoptar

¹⁴⁶ Vid. ABEL LLUCH, Xavier (Desembre 2019), Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2.4º, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, *Diario La Ley*, nº9533, Sección Tribuna, (LA LEY 13772/2019).

¹⁴⁷ En aquest sentit, entre d'altres, Interlocutòria, del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala 1ª), de 28 d'octubre, que en el seu FJ 3 recull "(...)resulta que el principio general es el del favor filii y la voluntad expresada por el menor no puede contravenir dicho principio general, todo ello sin perjuicio de ser tenido en cuenta como un elemento de valoración para determinar cuál debe ser dicho favor filii lo que comporta la revisión de los elementos fácticos". I també, vid. El recull de doctrina elaborat per GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio (2019), *Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya*, Atelier Llibres Jurídics, p.185-186.

una postura en contra recurrent la resolució¹⁴⁸, el que ens connecta amb el següent apartat.

h) La comunicació al NNA de la resolució sobre allò que l'afecta, de com s'han tingut en compte les seves manifestacions i del sistema de recursos per la impugnació de la resolució per part del NNA.

L'ordenament ha de garantir que la resolució que afecti les persones menors pugui ser recorreguda si no s'ha donat compliment o observat el seu dret a ésser escoltada. Ara bé, el tractament processal dels recursos previst en la norma processal és el mateix que el de la denegació dels mitjans de prova, i si bé l'article 9 LOPJM estableix la obligatorietat d'indicar, a la resolució que denegui l'audiència en un tràmit administratiu o judicial, expressament els recursos existents contra la decisió, no existeix un règim jurídic específic pels recursos que puguin formular les persones menors en aquest àmbit. Si bé és cert que, en virtut d'aquest mateix article, la resolució que la denegui ha de ser necessàriament notificada a la persona menor, a la pràctica aquest mandat no es compleix al no rebre la persona menor el tractament de part del procediment. Aquesta inexistència de règim de notificacions i de recursos dissenyat directament per servir als NNA ataca frontalment a l'efectivitat del dret de les persones menors a ésser escoltades i és absolutament contrari al mandat de la Convenció de Drets de l'Infant.

Per a concloure, tal i com alertàvem i com s'ha anat referint, a la pràctica és usual que els nens, nenes i adolescents no siguin veritablement escoltats¹⁴⁹, i si s'aconsegueix, també ocorre que les seves manifestacions no es prenen en suficient consideració. Possiblement perquè tant la normativa com la pràctica processal parteixen d'una base errònia, al considerar-los subjectes passius que cal protegir i no com a subjectes amb ple dret a ser escoltats. I aquesta concepció dels infants i adolescents com a subjectes en inferioritat de condicions que ens

¹⁴⁹ Recull una anàlisi jurisprudencial de la qüestió SUSÍN CARRASCO, Esther. (2021) *Naturaleza jurídica. Dictamen de especialistas y audiencia del menor* (Ob. Cit.) p. 46-48.

acompanya es troba fortament arrelada i transcendeix a tots els àmbits¹⁵⁰ i cal superar-los amb urgència.

¹⁵⁰ Aquesta problemàtica general es recull a nombrosos informes. Destaca BALLESTEROS VICENTE, CONCHI (COORD.) Informe Complementario al V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos en España, Madrid, 2017. Consultable a <https://plataformadeinfancia.org/documento/informe-complementario-al-v-vi-informe-aplicacion-la-convencion-los-derechos-del-nino-protocolos-facultativos-espana/> (Última consulta 17/09/2021).

En aquest es conclou, entre d'altres extrems que en relació a la participació infantil en tots els àmbits -no parla estrictament en els procediments judicials o administratius que els afecten- "De acuerdo con los procesos de participación infantil impulsados por la Plataforma de Infancia y teniendo como referencia los encuentros estatales de consejos de participación infantil y adolescente o la conmemoración del Día Universal de los Derechos de la Infancia, se ha demostrado que no se escucha a las niñas y niños, y cuando esto se consigue, no se toman en cuenta sus opiniones para futuras decisiones" (pàg.46).

4. Novetats legislatives en ordre de la protecció dels nens, nenes i adolescents contra la violència

La macroenquesta de violència contra la dona 2019 elaborada per la Secretaria d'Estat d'Igualtat i contra la violència de gènere del Ministeri d'Igualtat¹⁵¹, mostra dades esgarrifoses: el 89,6% de les dones que han patit violència física, sexual o emocional d'alguna parella, que tenien fills o filles en el moment en què es van produir els episodis de violència, responen que els seus fills o filles van presenciar o van escoltar la violència contra la mare, i que eren menors d'edat quan van succeir els episodis de violència. El 51,7% dels que tenien fills o filles menors que van presenciar o van escoltar la violència contra la mare, afirma que aquests fills o filles van patir violència a mans de la parella violenta. 1.678.959 menors viuen en llars en què la dona està patint en l'actualitat algun tipus de violència en la parella. 265.860 menors viuen en llars en què la dona està patint en l'actualitat violència física o sexual en la parella.

D'altra banda, des de 2013, més de 40 menors han estat assassinats a Espanya per violència vicària¹⁵². El darrer cas de les dues nenes germanes de Tenerife a qui va matar el seu pare i del nen de dos anys assassinat també per el seu pare a un hotel de Barcelona, tot durant l'estiu de 2021, ha posat sobre la taula la imperiosa necessitat de prendre mesures legals i, així, recentment s'han dut a terme importants iniciatives legislatives dirigides a acabar amb aquesta xacra i protegir els nens, nenes i adolescents de tot tipus de violències.

En aquest sentit cal destacar l'aprovació de la Llei Orgànica 8/2021, de 4 de juny, de protecció integral a la infància i la adolescència (LOPIIA). També les modificacions legislatives introduïdes per altres normes d'abast estatal, com la Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica.

¹⁵¹ Es pot consultar a:

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> (Última consulta 8/09/2021)

¹⁵² <https://www.lavanguardia.com/vida/20210611/7522936/violencia-genero-menores-asesinados.html> (Última consulta 14/09/2021)

4.1. La Llei Orgànica 8/2021, de 4 de juny, de de protecció integral a la infància i la adolescència

La Llei Orgànica 8/2021, de 4 de juny, de Protecció Integral a la Infància i l'Adolescència davant de la violència tracta diferents tipus de formes de violència contra les persones menors d'edat¹⁵³.

La Llei Orgànica de Protecció Integral a la Infància i la Adolescència (en endavant LOPIIA), dona compliment les Observacions Generals (12, 13 i 14) del Comitè de Drets de l'Infant de les Nacions Unides, fetes en ocasió de l'examen de la situació dels drets de la infància a Espanya el 2018, quant a la necessitat de l'aprovació d'una llei integral sobre la violència contra els nens i nenes, anàloga a la aprovada contra la violència de gènere. La llei disposa mesures en els àmbits de la prevenció, educació, suport familiar, serveis socials, sanitat, publicitat, noves tecnologies, Internet i xarxes socials, esport, oci, i Administració de justícia; i està orientada al compliment de l'Objectiu 16 de l'Agenda 2030 de "Promoure societats justes, pacífiques i inclusives" i "Posar fi al maltractament, l'explotació, la tracta i totes les formes de violència i tortura contra els nens".

La LOPIIA, suposa, doncs un plantejament integral que tracta de donar una resposta multidimensional al problema de la violència sobre les persones menors. Busca abordar i erradicar, des d'una visió global, les causes estructurals que provoquen que la violència contra la infància tingui cabuda en la nostra societat. I amb aquesta finalitat, prioritza les mesures de prevenció i reforça les capacitats i la participació dels nens, nenes i adolescents en les situacions que els afecten, alhora que els protegeix de la victimització secundària.

L'art. 1.2 LOPIIA disposa la següent definició de violència:

"A l'efecte d'aquesta llei, s'entén per violència tota acció, omissió o tracte negligent que priva les persones menors d'edat dels seus drets i benestar, que amenaça o interfereix el seu ordenat desenvolupament físic, psíquic o social, amb independència del seu forma i mig de comissió, inclosa la

¹⁵³ BOE nº 134, de 5 de junio de 2021.

realitzada a través de les tecnologies de la informació i la comunicació, especialment la violència digital.

En qualsevol cas, s'entendrà per violència el maltractament físic, psicològic o emocional, els càstigs físics, humiliants o denigrants, el descuit o tracte negligent, les amenaces, injúries i calumnies, l'explotació, incloent la violència sexual, la corrupció, la pornografia infantil, la prostitució, l'assetjament sexual, el ciberassetjament, la violència de gènere, la mutilació genital, la tracta d'éssers humans amb qualsevol fi, el matrimoni forçat, el matrimoni infantil, l'accés no sol·licitat a pornografia, l'extorsió sexual, la difusió pública de dades privades així com la presència de qualsevol comportament violent en el seu àmbit familiar.”

I l'art. 1.3 LOPIIA estableix que s'entén per bon tracte:

“S'entén per bon tracte als efectes de la present llei aquell que, respectant els drets fonamentals dels nens, nenes i adolescents, promou activament els principis de respecte mutu, dignitat de l'ésser humà, convivència democràtica, solució pacífica de conflictes, dret a igual protecció de la llei, igualtat d'oportunitats i prohibició de discriminació dels nens, nenes i adolescents.”

En el que aquí interessa especialment, és important destacar que La LOPIIA dedica un capítol (el Capítol III del Títol III) al tractament de l'àmbit familiar, que conté les següents previsions:

- L'art.26 LOPIIA es dedica a la prevenció de la violència contra les persones menors en l'àmbit familiar. Estableix l'obligació de les administracions públiques de proporcionar a les famílies, per a crear un entorn segur, el suport necessari per, entre altres finalitats, aconseguir el bon tracte, la corresponsabilitat i l'exercici de la parentalitat positiva, entesa la parentalitat positiva com " el comportament dels progenitors, o dels qui exerceixin funcions de tutela, guarda o acolliment, fonamentat en l'interès superior de l'infant o adolescent i orientat al fet que la persona menor d'edat creixi en un entorn afectiu i sense violència que inclogui el dret a expressar la seva opinió, a participar i ser pres en compte en tots

els assumptes que l'afectin, l'educació en drets i obligacions, afavoreixi el desenvolupament de les seves capacitats, ofereixi reconeixement i orientació, i permeti el seu ple desenvolupament en tots els ordres.” I afegeix que “En cap cas les actuacions per promoure la parentalitat positiva han de ser utilitzades amb altres objectius en cas de conflicte entre progenitors, separacions o divorcis, ni per a la imposició de la custòdia compartida no acordada. Tampoc ha de ser relacionada amb situacions sense aval científic com la síndrome d'alienació parental.”

- L'art. 27 LOPIIA fa referència a les actuacions específiques en l'àmbit familiar, entre les quals hi ha "mesures de política familiar encaminades a donar suport als aspectes qualitatius de la parentalitat positiva en progenitors o qui exerceixi funcions de tutela, guarda o acolliment. En particular, les destinades a prevenir la pobresa i les causes d'exclusió social, així com la conciliació de la vida familiar i laboral en el marc del diàleg social, a través d'horaris i condicions de treball que permetin atendre adequadament les responsabilitats derivades de la criança, i l'exercici igualitari d'aquestes responsabilitats per homes i dones".
- L'art. 28 LOPIIA tracta sobre la situació de ruptura familiar. És una novetat realment important que la llei contempli els casos de ruptura matrimonial o de parella dels progenitors com a situacions de risc per a les persones menors, que poden comportar conseqüències perjudicials pel seu benestar i ple desenvolupament, i que tracti de garantir la seva protecció. Es tracta d'un reconeixement de la fràgil situació de les persones menors en les ruptures familiars, que porta a legislador a proposar algunes mesures concretes, "entre d'altres" segons el literal del precepte- les següents:

“a) Impuls dels serveis de suport a les famílies, els punts de trobada familiar i altres recursos o serveis especialitzats de titularitat pública que permetin una adequada atenció i protecció a la infància i adolescència enfront de la violència; i

b) Impuls dels gabinets psicosocials dels jutjats així com de serveis de mediació i conciliació, amb ple respecte a la autonomia dels progenitors i dels nens, nenes i adolescents implicats.”

- En darrer terme, l'art. 29 LOPIIA, es dedica a la situació de violència de gènere en l'àmbit familiar. S'estableix l'obligació de les administracions públiques de prestar especial atenció a la protecció de l'interès superior dels nens, nenes i adolescents que conviuen en entorns familiars de violència de gènere, garantint-ne la detecció i resposta específica per tal de garantir la plena protecció dels seus drets.

Per aconseguir donar compliment a la finalitat d'eliminar la violència contra les persones menors d'edat en les situacions de ruptura familiar, la LOPIIA, en la Disposició Final Segona, estableix un seguit de modificacions legislatives, que posen en el centre de l'atenció i protecció a la persona menor d'edat quan aquesta pugui quedar afectada per la crisi matrimonial o de convivència dels seus progenitors. Val a dir que pràcticament tot els nous continguts que es proposen per al CC espanyol ja estan previstos en el CCCat. Són les següents:

- a) Es modifica l'art. 92 del Codi Civil espanyol per a reforçar l'interès superior de la persona menor en els procediments de separació, nul·litat i divorci, així com per a garantir que existeixin les cauteles necessàries pel compliment dels règims de guarda i custòdia.

D'una banda, s'introdueix una referència expressa a la necessitat que totes les resolucions que emeti l'autoritat judicial sobre la custòdia, la cura i l'educació dels fills i filles menors estiguin motivades en l'interès superior del menor (apartat 2).

D'una altra banda, es generalitza, també, la possibilitat que l'autoritat judicial prengui les cauteles necessàries, procedents i adequades per l'eficax compliment dels règims de guarda i custòdia, d'estància, de relació i comunicació, procurant no separar els germans (apartat 10).

Val a dir que, en el dret català ja està expressament prevista la necessitat que l'autoritat judicial, en el moment de decidir sobre les responsabilitats parentals dels progenitors, ha d'atendre de manera prioritària l'interès del menor (art. 233-8.3 CCCat).

Quant a la possibilitat que l'autoritat judicial prengui cauteles per a garantir el compliment dels règims de guarda i custòdia, d'estància, de relació i comunicació, l'art. 233-1.3 CCCat estableix que "l'autoritat judicial pot acordar les garanties que siguin adequades per a assegurar el compliment de les mesures provisionals"; i l'art. 233-3.3 CCCat disposa que la sentència que incorpora el conveni regulador pot contenir les mesures necessàries per a garantir-ne el compliment efectiu". L'establiment de les dites cauteles també es fonamenta, en tot cas, en l'art. 233-6.3 CCCat, al que ens referim més endavant.

- b) La LOPIIA també modifica l'art. 154 del Codi Civil espanyol a fi d'establir amb claredat que la facultat de decidir el lloc de residència dels fills i filles menors d'edat forma part del contingut de la potestat que, per regla general correspon a ambdós progenitors. Per tant, tret de suspensió, privació de la potestat o atribució exclusiva de la dita facultat a un dels progenitors, es requereix el consentiment d'ambdós o, si falta, autorització judicial per al trasllat de la persona menor d'edat, amb independència de la mesura que s'hagi adoptat en relació a la seva guarda o custòdia.

Així, s'afegeix un 3er. apartat en la relació de drets i facultats que compren la funció de la pàtria potestat que és: "decidir el lloc de residència habitual de la persona menor d'edat, que només podrà ser modificat amb el consentiment d'ambdós progenitors o, en el seu defecte, per autorització judicial".

I es reforça la necessitat d'escoltar els fills i filles que tinguin prou maduresa abans d'adoptar les decisions que els afectin, indicant que cal en qualsevol tipus de procediment (contenciós o de mutu acord) i que, en tot cas, es garantirà que puguin ésser escoltades en condicions idònies,

en termes que els siguin accessibles, comprensibles i adaptats a la seva edat, maduresa i circumstàncies, recavant l'auxili d'especialistes quan sigui necessari.

En el dret català, ja es preveu, pel supòsit d'exercici de la potestat parental en cas de vida separada dels progenitors, la necessitat de consentiment exprés o tàcit del progenitor que no exerceix la potestat per a variar el domicili dels fills o filles si això els aparta de llur entorn habitual (art. 236-11.6 CCCat).

I pel que fa a la necessitat d'audiència dels fills i filles, l'art. 236-11.4 CCCat disposa que "En cas de desacord sobre l'exercici de la potestat parental, qualsevol dels progenitors pot recórrer a l'autoritat judicial, que ha de decidir havent escoltat l'altre progenitor i els fills que hagin complert dotze anys o que, tenint-ne menys, tinguin prou coneixement".

- c) Es modifica l'art. 158 del Codi Civil espanyol, a fi que l'autoritat judicial pugui acordar la suspensió cautelar en l'exercici de la potestat i/o l'exercici de la guarda i custòdia, la suspensió cautelar del règim de visites i comunicacions establerts en resolució judicial o conveni judicialment aprovat i, en general, les altres disposicions que consideri oportunes, a fi d'apartar el nen, nena o adolescent d'un perill o de evitar-li perjudicis en el seu entorn familiar o front a terceres persones (ordinal 6è), amb la garantia de l'audiència de la persona menor d'edat, podent el tribunal ser auxiliat per persones externes per a garantir que pugui exercitar aquest dret per ella mateixa.

També l'art. 236-3 CCCat disposa, en aquesta línia, que: "1. L'autoritat judicial, en qualsevol procediment, pot acordar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial als fills en potestat. A aquest efecte, pot limitar les facultats dels progenitors, exigir-los la prestació de garanties i, fins i tot, nomenar un administrador judicial. 2. L'autoritat judicial pot adoptar les mesures a què fa referència l'apartat 1 d'ofici o a instància dels mateixos fills, dels progenitors, encara

que no tinguin l'exercici de la potestat dels altres parents dels fills fins el quart grau per consanguinitat o segon per afinitat i del ministeri fiscal.”

D'altra banda, la LOPIIA també ve a modificar diverses disposicions de la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor (en endavant LOPJM) amb el propòsit de fomentar la participació activa de la persona menor en qualsevol actuació que afecti als seus drets. Cal destacar algunes de les disposicions que en resulten modificades i que poden incidir, directament, també en els nens, nenes i adolescents en els supòsits de trencament de família:

- a) Es modifica l'article 2 de la LOPJM relatiu a l'interès superior de la persona menor, modificant el seu apartat 5 i la lletra c), afegint la presumpció que existeix un conflicte d'interessos si la opinió del o la menor d'edat és contrària a la mesura que s'adopti o si suposa una restricció dels seus drets.

Així, es preveu que “tota resolució de qualsevol òrgan jurisdiccional i tota mesura en l'interès superior de la persona menor d'edat haurà de ser adoptada respectant les degudes garanties del procés i, en particular: ...c) la participació de progenitors, tutors o representants legals del menor o d'un defensor judicial si hi hagués conflicte d'interès o discrepància amb ells i del Ministeri Fiscal en el procés en defensa dels seus interessos. Es presumirà que existeix un conflicte d'interès quan l'opinió de la persona menor d'edat sigui contrària a la mesura que s'adopti sobre ella o suposi una restricció dels seus drets.”

- b) S'introdueix l'article 14 bis en el marc de les actuacions en situacions de desprotecció social del menor, afegint la immediata obligatorietat dels serveis socials d'actuar davant casos d'urgència, sense cap requisit procedimental o de forma, sense perjudici de la guarda provisional prevista a l'article 172.4 del CCE, tractant de potenciar i facilitar la intervenció efectiva dels serveis socials.
- c) Es modifiquen els apartats 1 i 2 de l'article 17 dedicat a la declaració per part de l'administració pública competent que el menor es troba en situació de risc introduint tot un seguit de supòsits que es consideren ara *ex lege*

indicadors de risc, especificant, concretant i ampliant els que fins ara la norma considerava. Es segueix mantenint com a indicador el fet que un germà de la persona menor hagi estat declarat en situació de risc i, l'enumeració és, com no podia ser d'una altra manera, *numerus apertus*. Entre d'altres, s'introdueixen els següents supòsits:

- Manca d'atenció física o psíquica del nen, nena o adolescent per part dels progenitors, o per les persones que exerceixin la tutela, guarda o acolliment, que li comportin un perjudici lleu per a la salut pública o emocional, quan per la seva naturalesa o repetició puguin persistir o veure's agreujats els seus efectes.
- La negligència en la cura dels nens, nenes i adolescents i la falta de seguiment mèdic per part dels seus progenitors o persones que exerceixin la tutela, guarda o acolliment.
- La utilització per part d'aquestes persones de càstigs habituals i desproporcionats i de pautes de correcció violentes susceptibles de perjudicar la persona menor en el seu desenvolupament.
- Les pràctiques discriminatòries contra les persones menors per part dels responsables parentals, tals com: "actituds discriminatòries cap a les persones menors per raó de gènere, edat o discapacitat (...)"; la "no acceptació de la seva orientació sexual, identitat de gènere o característiques sexuals de la persona menor d'edat".
- El risc de violència de gènere cap a les nenes i adolescents -risc de patir mutilació genital femenina o qualsevol altre violència exercida vers a elles per raó de gènere, com els acords de matrimoni forçós, entre d'altres-.
- La consideració de les mares com a víctimes de tràfic d'éssers humans.
- També les nenes i adolescents víctimes de violència de gènere en els termes de la LO 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.
- Els ingressos múltiples en hospitals amb símptomes inexplicables per part de les persones menors d'edat.
- El consum per part de les persones menors d'edat d'alcohol o substàncies estupefaents de forma habitual.

- Que la persona menor es trobi exposada a qualsevol situació de violència domèstica o de gènere.

Tanmateix, a la Disposició final vuitena bis de la LOPIIA, es recull la modificació dels articles 779 i 780 de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC) per tal de promoure la intervenció dels menors en les resolucions administratives que els afectin, contemplant que puguin ells mateixos designar el seu defensor, afegint-se en la modificació introduïda per l'article 780 apartat 1 *in fine* que "Els menors tindran dret a ser part i a ser escoltats en el procés conforme al que s'estableix a la Llei Orgànica de Protecció Jurídica del Menor. Exercitaran les seves pretensions en relació a les resolucions administratives que els afectin a través dels seus representants legals sempre que no tinguin interessos contraposats als seus, o a través de la persona que es designi o que ells mateixos designin com a el seu defensor per a que els representi". També, a la nova redacció de l'article 779 de la LEC es fixa un termini màxim de resolució en els procediments relatius a la oposició a les resolucions administratives en matèria de protecció de persones menors (tres mesos des de l'inici del procediment).

A més, també cal considerar les modificacions introduïdes per la LOPIIA a la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la Jurisdicció Voluntària (LJV). Aquesta modificació també obeeix a la necessitat d'atorgar veu i vehicular la participació de les persones menors d'edat en els expedients en què es vegin afectats els seus drets, reconeixent la necessitat de preservació de la seva intimitat per tal que es puguin expressar lliurement. En concret, es modifica l'article 18.2 apartat 4, suprimint la obligatorietat d'enregistrar l'audiència de la persona menor sempre que fos possible, fent preceptiva la intervenció del Ministeri Fiscal (fins ara, facultativa). Així, de l'audiència s'estendrà acta en la que es recullin les manifestacions que es considerin més rellevants per la decisió de l'expedient, però ja no es fa esment de la conveniència de l'enregistrament i es posa èmfasi en la necessitat de preservar l'intimidat de la persona.

A més, pel que fa a l'accés a la justícia per part de les persones menors d'edat cal també posar en relleu una altra modificació introduïda per la LOPIIA. En aquest cas, a l'article 2 paràgraf g) de la Llei 1/1996, de 10 de gener, de Justícia Gratuïta, s'amplien els supòsits en que es reconeix a les persones menors de

forma directa i immediata el dret a l'assistència jurídica gratuïta (fins ara, en casos d'abús o de maltractament), concretament, tindran dret a l'assistència jurídica gratuïta quan siguin víctimes de delictes d'homicidi, de lesions, de maltractament habitual, de delictes contra la llibertat, contra la llibertat i indemnitat sexual i de delictes de tràfic d'éssers humans, a l'efecte de fer-los efectiu l'accés a la justícia en més supòsits de violència.

En un altre ordre de coses, també cal considerar, que en la Disposició final dissetena de la LOPIIA es fixa un termini al govern per tal que creï el que anomena "Consell Estatal de Participació de la Infància i l'Adolescència", com a òrgan creat *ad hoc* per vehicular "l'exercici efectiu del dret de participació en la formulació, aplicació i avaluació de plans, programes i polítiques nacionals que afectin als nens, nenes i adolescents". Caldrà veure si es respecta aquest termini i quines son les actuacions, el nivell d'implementació, i abast d'aquest Consell.

En darrer terme, molt destacables son les disposicions i modificacions introduïdes per la LOPIIA amb l'objectiu de garantir una major especialització dels òrgans i formació dels operadors jurídics intervinents en matèria de drets de la infància i l'adolescència. En aquest sentit, la Disposició final quarta modifica alguns preceptes de Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial (en endavant LOPJ) per tal d'assegurar que en l'ingrés i promoció a la carrera judicial dels jutges/esses i fiscals existeixi formació en la lluita contra la violència, la igualtat entre homes i dones i en drets de la infància i l'adolescència. Així mateix, a la Disposició final vintena de la LOPIIA es preveu l'especialització dels òrgans judicials, de la fiscalia i dels equips tècnics que presten assistència especialitzada als jutjats i tribunals. Aquest precepte confereix al Govern un termini d'un any per remetre un projecte de llei de modificació de la LOPJ relatiu a l'especialització dels òrgans judicials en els que es tramitin procediments penals i civils que afectin als infants i adolescents. En aquest sentit, es preveu la creació dels Jutjats de Violència contra la Infància i l'Adolescència i l'especialització dels Jutjats de lo Penal i de les Audiències Provincials; així com l'especialització en l'àmbit civil, de jutjats en matèria d'Infància, Família i Capacitat, i la necessitat que els/les jutges/esses titulars d'aquests òrgans estiguin també especialitzats en la matèria. La mateixa Disposició insta al Govern per tal que en el mateix termini d'un any remeti a les Corts Generals un projecte

de llei de modificació de la Llei 50/1981, de 3 de desembre, reguladora de l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal per garantir l'especialització de fiscals en l'àmbit de la violència sobre la infància i l'adolescència. Així com també, en el mateix precepte es preveu que les administracions competents en el mateix termini d'un any han de regular la composició i funcionament dels equips tècnics que prestin assistència a aquells òrgans i els criteris d'accés als mateixos per a garantir l'especialització dels experts intervinents.

4.2. La Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica

La Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica¹⁵⁴ ha introduït dues modificacions relatives a la protecció de les persones menors contra la violència que recollia l'Avantprojecte de la LOPIIA i que, amb tot, finalment no es van incloure en aquella llei.

D'una banda, l'article Segon de la Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica, modifica la redacció de l'article 94 CCE eliminant, per norma general, la possibilitat d'atorgar visites o relacions personals al progenitor contra el que hi hagi indicis fundats de violència domèstica o de gènere. Els apartats 4 i 5 queden redactats de la següents manera:

“No procedeix l'establiment d'un règim de visita o estància, i si existís se suspendrà, respecte el progenitor incurs en un procediment penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre cònjuge o dels seus fills. Tampoc procedirà quan l'autoritat judicial adverteixi, de les al·legacions de les parts i les proves practicades, l'existència d'indicis fundats de violència domèstica o de gènere. Amb tot, l'autoritat judicial podrà establir un règim de visita, comunicació o estança en resolució motivada en l'interès

¹⁵⁴ BOE nº 132, de 3 de juny de 2021.

superior del menor o en la voluntat, desitjos i preferències del major amb discapacitat necessitat de suports i prèvia avaluació de la situació de la relació paternofilial. No procedirà en cap cas l'establiment d'un règim de visites respecte el progenitor en situació de presó, provisional o per sentència ferma, acordada en procediment penal pels delictes previstos en el paràgraf anterior.”

En aquest mateix sentit, també cal assenyalar la modificació introduïda per a LOPIIA a l'article 544ter de la Llei d'Enjudiciament Criminal (LECrim), que en la seva nova redacció estableix que en els supòsits en que es dicti una ordre de protecció i existeixin indicis fundats que els fills o filles menors hagin presenciat, patit o conviscut amb la violència domèstica, l'autoritat judicial, d'ofici o a instància de part, suspendrà el règim de visites, estada, relació o comunicació amb les persones menors que depenguin d'ell. Ara bé, a instància de part, l'autoritat judicial podrà no acordar la suspensió en base a una resolució motivada fundada en l'interès superior de la persona menor i prèviament haurà d'avaluar el context de la relació paternofilial (apartat 7 de l'article 544ter LECrim modificat per la LOPIIA).

Deixant a banda la referència a les persones majors amb discapacitat, que no és matèria d'aquest treball, cal destacar la importància de la reforma introduïda que suposa un canvi molt important, en relació a la prevenció de la violència vicària contra les persones menors d'edat.

D'acord amb la regulació anterior, i segons dades del CGPJ, solament al voltant d'un 3% dels casos de violència de gènere acaba amb la suspensió del règim de visites als pares maltractadors i només un 5,2 % dels/les jutges/esses retiren la guarda i custòdia als agressors com a mesura cautelar de protecció dels menors.¹⁵⁵

La reforma es basa en la idea que les relacions amb el progenitor violent, el maltractador, no beneficien a la persona menor sinó que, per contra, la

¹⁵⁵ Vid. Informe de Dones Juristes “Reformes en violència vicària” a <https://donesjuristes.medium.com/reformes-en-viol%C3%A8ncia-vic%C3%A0ria-71291ee8c24d> (Última consulta 14/09/2021)

posicionen en una situació de risc, i obligarà a retirar la guarda i suspendre les visites, per bé que s'accepta que excepcionalment, amb una resolució motivada, l'autoritat judicial les pugui acordar.

Al CCCat ja existia una norma que impedia l'atribució de la guarda dels fills i filles al progenitor en situacions de violència familiar o masclista . És l'art. 233-11.3, que disposa que: “En interès dels fills, no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes.”

En la nostra opinió, és el moment de plantejar estendre aquesta prohibició del CCCat a les visites i comunicacions en la línia del nou art. 94 CC. I en la mateix sentit es pot replantejar el contingut de l'art. 233-13 CCCat dedicat a la “supervisió de les relacions personals en situació de risc” que disposa que “1. L'autoritat judicial pot adoptar, per raons fonamentades, mesures perquè les relacions personals del menor amb el progenitor que no exerceix la guarda o amb els avis, els germans o altres persones pròximes es desenvolupin en condicions que en garanteixin la seguretat i l'estabilitat emocional. 2. Si hi ha una situació de risc social o perill, es pot confiar la supervisió de la relació a la xarxa de serveis socials o punt de trobada familiar.”

D'altra banda, l'Avantprojecte de la LOPIIA també preveia modificar l'art. 156 del Codi Civil espanyol per a garantir l'atenció i assistència psicològica dels fills i filles menors d'edat, malgrat que no s'hagi interposat denúncia prèvia, quan la dona estigués rebent assistència en un servei especialitzat de violència de gènere, sempre que hi hagués informe emès per dit servei que acredités aquesta situació. Aquesta proposta finalment ha estat introduïda per la ja referida Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica.

A aquests efectes, l'art. 156 CCE queda, en virtut d'aquesta norma, amb el següent redactat: "Dictada una sentència condemnatòria i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal o iniciat un procediment penal contra un dels progenitors per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual dels fills o filles comunes menors d'edat, o per atemptar contra l'altre progenitor, serà suficient el consentiment d'aquest per l'atenció i assistència psicològica dels fills i filles menors d'edat, havent-se d'informar a l'altre prèviament. L'anterior serà igualment aplicable, malgrat que no s'hagi interposat denúncia prèvia, qual la dona estigui rebent assistència en un servei especialitzat de violència de gènere, sempre que hi hagi informe emès per aquest servei que acrediti dita situació. Si l'assistència hagués de prestar-se als fills o filles majors de setze anys es precisarà en tot cas consentiment exprés d'aquests."

Val a dir que en el dret català, la Llei 14/2020, de 25 de novembre, de modificació del Llibre II del CCCat, ja havia fet una previsió en aquest sentit. Concretament, amb la introducció de la lletra d) a l'art. 236-8.2 CCCat que disposa que: "Per l'atenció i l'assistència psicològiques dels fills menors d'edat, no cal el consentiment del progenitor contra el que se segueix un procediment penal per haver atemptat contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre progenitor o dels fills comuns menors d'edat, o contra el qual s'ha dictat una sentència condemnatòria, mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal. L'assistència psicològica als fills majors de setze anys requereix llur consentiment."

VII. Conclusions i propostes

1. Efectes de les crisis de parella en els fills i filles menors d'edat

1.1. Atribució de la guarda

En línies generals, s'adverteix que l'evolució en la interpretació i l'aplicació de la normativa vigent per part dels tribunals i amb base en el principi d'interès superior del menor, és clarament i favorable al sistema de la guarda compartida i a règims de relacions personals el màxim d'amplis amb ambdós progenitors. Excepció feta dels supòsits en que hi ha violència de gènere.

Cal que de *lege ferenda* la norma substantiva estableixi la custòdia compartida com a regla general i preferent en la solució de les crisis de convivència, sempre sense perjudici que en supòsits excepcionals la custòdia individual sigui més convenient per al fill, com en el cas indicat de l'existència de violència de gènere. I cal, encara més, una reforma legislativa de major calat, que protegeixi els drets fonamentals de les persones menors, que passi per limitar determinades decisions i actuacions dels progenitors que dificulten o impedeixen aquest règim de guarda -com la ubicació del nou domicili allunyat del domicili familiar- quan seria el més beneficiós per als seus fills i filles.

Cal que la norma substantiva no perdi de vista la necessitat de promoure un exercici de la potestat parental positiva, entesa com a “comportament dels pares fonamentat en l'interès superior del fill, que cuida, desenvolupa les seves capacitats, no és violent i ofereix reconeixement i orientació que inclouen l'establiment de límits que permetin el ple desenvolupament dels nens”¹⁵⁶.

1.2. Atribució de l'ús de l'habitatge habitual

Entre les causes d'extinció de l'ús de l'habitatge familiar es troba la del matrimoni o convivència marital de beneficiari de l'ús amb una altra persona, llevat que

¹⁵⁶Definició extreta de la ja citada Recomanació Rec (2006) 19 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre polítiques de suport a la parentalitat positiva.

expressament s'hagués pactat el contrari. I aquesta causa d'extinció pot resultar contrària a l'interès prevalent de la persona menor.

El Codi Civil espanyol no compta amb cap disposició expressa en aquest sentit, però doctrina del TS sosté que la convivència del cònjuge beneficiari amb una altra persona extingeix l'ús. Per contra, la solució catalana, recollida a l'art. 233-24.1 i .2 CCCat és més respectuosa amb els fills i filles atès que protegeix en major mesura els seus interessos, perquè no vincula a la constitució de la família reconstituïda l'efecte automàtic de l'extinció de l'ús de l'habitatge familiar. En la nostra opinió, aquesta norma hauria d'inspirar canvis legislatius dels ordenaments veïns en la mateixa línia.

1.3. Decisions sobre el trasllat del lloc de residència dels fills

Amb gran encert la Llei Orgànica de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència conté, en la disposició final segona, la modificació de l'art. 154 del Codi Civil, per tal d'establir amb claredat que la facultat de decidir el lloc de residència dels fills i filles menors d'edat forma part del contingut de la potestat que, per regla general, correspon a ambdós progenitors.

En aquesta línia, l'art. 236-11.6 CCCat ja contempla la necessitat del consentiment de l'altre o d'autorització judicial per variar el domicili si això aparta els fills o filles del seu entorn habitual.

Caldria plantejar si l'incompliment de la norma que disposa com a preceptiu el consentiment de l'altre progenitor o l'autorització judicial per al trasllat de lloc de residència de la persona menor d'edat, pot continuar produint-se, com fins ara, sense generar cap tipus de responsabilitat sobre el progenitor incomplidor. En aquest cas, poc o res s'haurà aconseguit en la defensa dels drets dels nens, nenes i adolescents.

1.4. Aliments

La LO 15/2003, de 25 de novembre, per la qual es modifica la LO 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, va introduir el delictes d'impagament de pensions

a l'art. 207 CP. Amb tot, aquesta reforma no ha estat suficient per evitar que l'impagament dels aliments acordats en les sentències de separació, divorci, nul·litat matrimonial o ruptura de parella estable, sigui molt habitual.

Tampoc altres previsions legals han servit com a revulsius de l'incompliment de l'obligació dels aliments, com seria desitjable. A la pràctica, malgrat que l'autoritat judicial podria intentar garantir els aliments de forma sistemàtica, amb fonament als arts. 158 CCE o 236-3 CCCat, no s'acostumen a prendre d'ofici aquestes mesures.

De *lege ferenda* cal cercar i implementar fórmules efectives i d'abast general per a la garantia del pagament puntual dels aliments als fills i filles i lligar a l'impagament sancions significatives d'ordre econòmic que el desincentivin, tot plegat als efectes de protegir en major mesura els interessos dels nens, nenes i adolescents. En aquest sentit, entenem que hagués estat encertat que la LOPIIA es referís expressament a la desatenció econòmica per part d'un dels progenitors per l'impagament dels aliments com a una forma o supòsit de violència contra les persones menors.

2. Els fills i les filles menors en les famílies reconstituïdes

Són famílies reconstituïdes les formades per persones que, després de l'extinció d'una relació anterior, contrauen un nou matrimoni o constitueixen una parella estable -homosexual o heterosexual- i creen una nova llar en la que conviuen de forma permanent o temporal amb al menys un fill no comú, fruit d'una anterior relació de qualsevol d'ells -o dels dos-. A aquest grup familiar se li poden unir fills o filles comunes fruit d'aquesta segona relació, que seran mig germans dels fills o filles no comuns.

La família reconstituïda planteja noves qüestions relacionals i econòmiques, diferents a les de les primeres famílies. Així, d'una banda, les relatives a les facultats i obligacions (de contingut personal i patrimonial) de la parella o cònjuge del progenitor custodi amb relació al fill o filla no comú, i els correlatius deures d'obediència i de contribució a les càrregues de la família recomposta dels fills,

durant la convivència de la família. D'altra banda, les qüestions relatives a l'atribució o distribució de la custòdia dels fills o filles menors no comuns, els règims de visites o relacions personals després de la crisi de parella o crisi matrimonial i l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, amb especial atenció als supòsits d'existència de germans de vincle senzill.

Les relacions personals i afectives entre els fills o filles i la parella del progenitor poden ser més o menys intenses en funció de la família i el cas concret. Les variables són infinites i van des del caràcter, l'edat i la personalitat de les persones implicades, fins a les circumstàncies, també canviants, que envolten la convivència: si el nen o la nena té l'altre progenitor fora de la família reconstituïda que compleix les seves funcions parentals, quina és la durada de la família reconstituïda, si es tracta de la primera família reconstituïda o si ja hi ha més d'una família anteriors o simultànies. Aquesta casuística fa poc aconsellable tractar d'establir unes regles fixes que regulin les relacions entre els fills o filles i les parelles dels seus progenitors en les famílies reconstituïdes.

En termes generals, es pot afirmar que el deure d'alimentar als fills i filles del cònjuge que convisquin amb el matrimoni, allà on es reconeix, troba causa en l'existència d'un matrimoni i en la convivència familiar, de manera que l'obligació cessa tant en el moment en què els fills i filles no comuns deixen de viure en l'habitatge familiar com en el cas de dissolució de l'enllaç conjugal.

La relació entre les parelles dels progenitors i les persones menors s'ha de valorar des de les necessitats i interessos de les menors, no dels progenitors ni de les seves parelles. Si la relació personal és intensa i provoca llaços afectius que beneficien les menors, aquests s'han de preservar i mantenir-se en el temps, fins i tot més enllà de la ruptura de la convivència. I poden donar lloc a l'establiment d'un règim de relacions personals amb l'ex-parella del progenitor després de la ruptura de la relació o fins i tot a l'atribució de la guarda de la menor si les circumstàncies ho aconsellen. Caldrà estar a cada cas concret i a la voluntat i l'opinió de la menor que mereixen ser especialment ateses en aquesta qüestió.

Tractament al marge mereix el supòsit del reconeixement de complaença en la família reconstituïda. És el cas en què el cònjuge o convivent de la mare, sabent que el fill de la seva parella no és fill seu, i per als supòsits en què no s'hagi determinat la relació de paternitat respecte d'un altre home, el reconeix com a fill generant-se d'aquesta manera una relació de filiació entre tots dos. Sovint passa que, després de la ruptura de matrimoni o parella estable amb la mare de la criatura, el reconeixedor perd tot interès a seguir exercint de pare i busca acabar també amb aquesta relació de filiació i extingir així les obligacions que se'n deriven, amb el perjudici que això comporta per al menor.

En la nostra opinió és urgent una reforma del Codi Civil espanyol que, en la línia de l'art. 235-27.4 Codi Civil de Catalunya disposi la nul·litat del reconeixement fet en frau de llei.

En darrer terme cal tenir en compte que la formació d'una família recomposta produeix efectes, així mateix, amb relació a l'extinció de l'ús de l'habitatge familiar atribuït després de la ruptura de la primera família. Queda pendent de resoldre la qüestió de l'atribució de l'ús de l'habitatge habitual en cas de fills comuns i no comuns. Conforme la legislació vigent, en cas de ruptura del matrimoni, es podrà atribuir l'ús de l'habitatge familiar a aquell dels dos cònjuges que és progenitor únicament quan en ell concorri l'interès més necessitat de protecció, però no es contempla l'atribució per motiu de la convivència amb els seus fills no comuns (art. 96 CC i art. 233-30 CCCat). I, per al cas de la ruptura de la parella estable ni tan sols es preveu aquesta possibilitat. Per descomptat no es planteja en el Codi Civil espanyol, que no estableix els efectes de l'extinció de la parella de fet. Però cal notar que tampoc el dret català, que preveu un règim jurídic de les parelles estables i una norma específica sobre l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar després de la ruptura de la parella, preveu la possibilitat d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar al convivent no titular amb fills o filles menors quan aquests no són comuns (art. 234-8 CCCat).

3. El procediment judicial

3.1. L'especialització dels òrgans judicials i dels operadors jurídics en els procediments de família

L'àmbit del dret de família requereix una especialització adaptada a les seves pròpies característiques, amb l'oportuna especialització dels col·lectius de jutges/esses, advocats/des, fiscals i altres operadors jurídics; la facilitació del recurs a la mediació i a la col·laboració; la imprescindible participació dels equips de psicòlegs/es, treballadors/es i educadors/es socials; la creació / utilització d'espais adequats per a l'atenció a les persones menors; i la unificació de criteris entre els diferents jutjats de família. I això perquè l'especialització en aquest àmbit del dret civil és, sense cap dubte, la millor resposta, la més garantista de la tutela judicial efectiva de la ciutadania i també i, més concretament, de les persones menors d'edat.

3.2. La justícia terapèutica

La justícia terapèutica analitza com incideix el sistema legal en el benestar psicoemocional de les persones que acudeixen a la Justícia, promou la humanització del Dret, i busca resoldre, al costat dels casos judicials, les causes que els originen.

Mecanismes com la mediació, la justícia col·laborativa i la intervenció de figures facilitadores com la coordinació parental -als quals s'han d'afegir programes d'intervenció específics- són eines molt útils per aconseguir una justícia terapèutica, per aconseguir, en definitiva, que el procediment ajudi a superar la ruptura familiar i no produeixi un major sofriment en les persones implicades. L'objectiu ha de ser desjudicialitzar en la major mesura possible els conflictes familiars.

3.3. El recurs a la mediació

Cal valorar molt positivament la iniciativa del legislador català amb la Llei 9/2020, del 31 de juliol, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, i de la Llei 15/2009, de mediació en l'àmbit del dret privat.

La Llei 9/2020 modifica, el llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família i la Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat. La principal novetat és que estableix que la sessió prèvia sobre mediació té caràcter obligatori en els supòsits legalment fixats i que la manca d'assistència no justificada no està sotmesa a confidencialitat i ha d'ésser comunicada a l'autoritat judicial. Caldrà deixar passar un temps per comprovar si aquests canvis són efectius en potenciar la mediació en els supòsits de trencament familiar.

Per contra, pensem que la LOPIIA ha deixat passar l'oportunitat que la persona menor, que està patint directament el conflicte pugui accionar qualsevol procediment judicial o MASC quan ho precisi en garantia dels seus drets.

3.4. La justícia col·laborativa

La justícia col·laborativa entronca directament amb la necessitat de reduir la litigiositat davant els conflictes i de mirar de trobar camins alternatius satisfactoris per les parts implicades. Com els altres MASC (o ADR), la justícia col·laborativa contribueix a construir camins per reduir la confrontació i el patiment de les persones implicades, així com a alleujar i millorar les seves relacions futures i allunyar-les del conflicte. Esdevé un potencial recurs per tractar d'afrontar els conflictes familiars, i, des d'una perspectiva humana i respectuosa, tracta de crear possibles solucions al conflicte existent i a millorar les relacions futures.

En aquest recurs el paper dels i les advocades esdevé vital. Aquests professionals son una figura clau i omnipresent en els processos de família. Un canvi en el mètode de treball i un redisseny del plantejament a l'hora d'afrontar un assessorament en una crisi o ruptura de família pot tenir efectes potencialment significatius, inclús a curt termini, amb tots els efectes positius que la difusió i aplicació d'aquest mètode se'n derivin, i que es traduirien, de ben segur, en una menor conflictivitat i, de retruc, en un menor malestar pels infants i adolescents que pateixen el conflicte. Fora desitjable que els col·legis de l'advocacia impulsessin aquest mètode per tal de fomentar-ne la formació i implementació .

3.5. Procediment apropiat i TEDH

És necessària la creació d'uns òrgans específics i especialitzats en matèria de Infància, Família i Capacitat, ni només la renovació, formació i promoció dels/les Jutges/esses i els/les Fiscals que hi intervenen, sinó també que estiguin dotats d'equips tècnics multidisciplinaris o d'equips psicosocials integrats per professionals d'altres àmbits que contribueixin de forma permanent a prendre millors decisions en interès de les persones menors, de forma directe i continuada i que aquests Jutjats especials operin a tots els partits judicials i a tots els municipis possibles per tal de garantir l'accés a totes les famílies que ho necessitin de forma propera, garantista i efectiva. A més, aquesta especialització dels òrgans i dotació de personal de suport de ben segur contribuiria a reduir els temps de tramitació processal, facilitaria la unificació de criteris i, en definitiva, faria possible la construcció i implementació d'un sistema de justícia de més qualitat i respectuós amb els drets dels infants.

El sistema actual no funciona, està desgastat i superat, els procediments de família s'allarguen en el temps. Es necessita una dotació pressupostària suficient per garantir aquesta formació multidisciplinària, per crear jutjats especialitzats en la matèria a tot el territori i per a dotar-los – a tots- d'equips integrats per diversos professionals que hi treballin i que puguin intervenir i acompanyar a les famílies, i també, assistir i contribuir a la tasca dels/les jutges/esses i dels/les fiscals, aportant-los la visió d'altres professionals que son absolutament imprescindibles per valorar les mesures que cal adoptar i fixar i que afecten els drets més fonamentals dels infants i adolescents.

La jurisprudència del TEDH entén que és intolerable la dilació en els procediments de família i concep la implementació de mesures que siguin àgils i suficientment efectives com a una obligació de les autoritats. En molts casos, seria ben discutible que en el nostre sistema judicial aquestes mesures s'estiguin adoptant tal i com exigeix el TEDH.

3.6. La coordinació parental

A Catalunya, des de 2013 s'ha anat acordant d'ofici la figura del coordinador de parentalitat . També des del 2013 s'han anat impulsant i aplicant projectes pilot en el que s'introdueix un coordinador de parentalitat en trencaments familiars amb una alta conflictivitat. Ara bé, no existeix encara uniformitat de criteris pel que fa a la seva configuració, funcionament, competències o aptituds i formació necessàries per a poder desenvolupar aquesta designació. Tècnicament advertim algunes deficiències i se'ns plantegen alguns dubtes alhora d'encaixar jurídicament aquesta figura en el nostre sistema.

La figura del coordinador de parentalitat és potencialment apte per contribuir a la pacificació del conflicte i, sobretot, per la rehabilitació de la comunicació en el si de la família, i coadjuva amb la necessitat de construir una justícia terapèutica. A més, de ben segur que la seva implementació contribuirà a reduir les conseqüències nocives de la dilació de les execucions en matèria de família, i permetrà donar compliment per part de l'Estat també a les obligacions positives de l'article 8 de la Convenció dels Drets dels Infants a les que ja ens hem referit a l'apartat anterior. Però tot això només pot ser possible si aquesta figura és regulada i la seva actuació es troba investida de totes les garanties per tal de no poder-se comprometre la seguretat jurídica ni els drets de les persones que puguin resultar afectades per la seva intervenció.

3.7. L'audiència dels NNA en els procediments judicials de família

La manca d'una regulació específica, les disparitats existents entre normes i la diversitat de criteris a la pràctica processal, comporta que el dret d'audiència del NNA en els procediment de família no sigui respectat en nombrosos supòsits. Així, a la pràctica, els criteris son diversos i molts òrgans decisoris semblen no partir de la base que cal escoltar els NNA sempre que tinguin prou maduresa i això no sigui contrari al seu interès superior, i, a més, en qualsevol procediment que els afecti. Contràriament, moltes vegades, en els procediments contenciosos ni les persones majors de dotze son escoltades si no ho sol·licita així expressament una de les parts legitimades per fer-ho. Sembla que es parteix de

la concepció proteccionista i de la necessitat d'excloure el NNA del tràmit judicial i de que pugui prendre part en la resolució que s'adopti. Si bé resulta indiscutible que cal preservar el NNA del conflicte, no el podem deixar al marge de les decisions que l'afecten i si comptem amb uns criteris i pautes clares podem evitar la victimització i garantir-li el seu dret a ser escoltat amb plenes garanties si així ho desitja.

És obvi que no podem estendre de forma absoluta l'obligatorietat d'escoltar tots els nens, nenes i adolescents en tots els procediments, però el que sí que cal (i moltes vegades, malauradament, no es fa) és valorar cas per cas si aquell NNA pot ser escoltat atenent a la seva maduresa pròpia i a les circumstàncies concurrents, a l'empara del principi del seu interès superior i del seu dret com a persona a ser escoltada en un assumpte que l'afecta. L'autoritat judicial, des d'aquesta perspectiva, haurà de vetllar per tal que es determini si aquell nen, nena o adolescent és capaç de formar-se un judici propi, és a dir, si compta amb la maduresa suficient, i no blindar-se a la rigidesa del criteri de l'assoliment de l'edat de dotze anys.

És urgent que s'estableixin unes pautes clares per a promoure l'escolta activa dels nens, nenes i adolescents i llur participació en qualsevol procediment que els afecti, a la llum del mandat de la Convenció de Drets de l'Infant.

4. Novetats legislatives en ordre a la protecció dels nens, nenes i adolescents contra la violència

4.1. La Llei Orgànica 8/2021, de 4 de juny, de de protecció integral a la infància i la adolescència.

La Llei Orgànica 8/2021, de 4 de juny, de de protecció integral a la infància i la adolescència, conté un plantejament integral que tracta de donar una resposta multidimensional al problema de la violència sobre les persones menors. Busca abordar i erradicar, des d'una visió global, les causes estructurals que provoquen que la violència contra la infància tingui cabuda en la nostra societat. I amb

aquesta finalitat, prioritza les mesures de prevenció i reforça les capacitats i la participació dels nenes, nenes i adolescents en les situacions que els afecten, alhora que els protegeix de la victimització secundària.

Per aconseguir donar compliment a la finalitat d'eliminar la violència contra les persones menors d'edat en les situacions de ruptura familiar, la LOPIIA, en la Disposició Final Segona, estableix un seguit de modificacions legislatives, que posen en el centre de l'atenció i protecció de la persona menor d'edat quan aquesta pugui quedar afectada per la crisi matrimonial o de convivència dels seus progenitors. Val a dir que pràcticament tot els nous continguts que es proposen per al CC espanyol ja estan previstos en el CCCat.

Així mateix, introdueix modificacions rellevants en la Llei d'Enjudiciament Civil, la Llei de Jurisdicció voluntària i la Llei de Justícia Gratuïta que mereixen una valoració molt positiva entorn l'interès de la persona menor.

4.2. La Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica

La Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica ha introduït dues modificacions relatives a la protecció de les persones menors contra la violència que recollia l'Avantprojecte de la LOPIIA i que, amb tot, finalment no es van incloure en aquella llei.

D'una banda, l'article Segon de la Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica, modifica la redacció de l'article 94 CCE eliminant, per norma general, la possibilitat d'atorgar visites o relacions personals al progenitor contra el que hi hagi indicis fundats de violència domèstica o de gènere.

La reforma es basa en la idea que les relacions amb el progenitor violent, el maltractador, no beneficien a la persona menor sinó que, per contra, la posicionen en una situació de risc, i obligarà a retirar la guarda i suspendre les

visites, per bé que s'accepta que excepcionalment, amb una resolució motivada, l'autoritat judicial les pugui acordar.

L'art. 233-11.3 CCCat ja impedia l'atribució de la guarda dels fills i filles al progenitor en situacions de violència familiar o masclista. En la nostra opinió, és el moment de plantejar estendre aquesta prohibició del CCCat a les visites i comunicacions en la línia del nou art. 94 CC. I en la mateix sentit es pot replantejar el contingut de l'art. 233-13 CCCat dedicat a la "supervisió de les relacions personals en situació de risc".

D'altra banda, la Llei 8/2021 també modifica l'art. 156 CCE per dispensar la necessitat del consentiment del progenitor maltractador per l'assistència psicològica del fill o filla. Val a dir que en el dret català, la Llei 14/2020, de 25 de novembre, de modificació del Llibre II del CCCat, ja havia fet una previsió en aquest sentit. Concretament, amb la introducció de la lletra d) a l'art. 236-8.2 CCCat que disposa que: "Per l'atenció i l'assistència psicològiques dels fills menors d'edat, no cal el consentiment del progenitor contra el que se segueix un procediment penal per haver atemptat contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre progenitor o dels fills comuns menors d'edat, o contra el qual s'ha dictat una sentència condemnatòria, mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal. L'assistència psicològica als fills majors de setze anys requereix llur consentiment."

Referències bibliogràfiques

AAVV, (2016). El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala. SCAF.

ABEL LLUCH, Xavier, FARIÑA RIVERA, Francisca (Coords). (2020). *Lo que he aprendido de las niñas y los niños*, Andavira Editora.

ABEL LLUCH, Xavier. (octubre-noviembre 2019) El informe pericial psicológico en los procedimientos de familia: indicaciones técnicas para facilitar su valoración judicial. *Revista de Derecho de Familia Aranzadi*, 27-48.

ABEL LLUCH, Xavier. (2019). Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2. 4º, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, *Diario La Ley*, nº 9533, Sección Tribuna (LA LEY 13772/2019)

ABEL LLUCH, Xavier (Coord.). (2021). *La pericial psicológica en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín.

ABEL LLUCH, Xavier (Coord.). (2019). *La audiencia del menor en los procesos de Familia*, Editorial Jurídica Sepín.

ALASTUEY ARGUIBIDE, Izaskun. (2011). Derecho del menor a relacionarse con la mujer ex pareja de su madre, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4/2011.

BALLESTEROS VICENTE, Conchi (Coord.). (2017). *Informe Complementario al V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos en España*.
<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=1&subs=484&cod=3434&page=>

BARRADA ORELLANA, Reyes, GARRIDO MELERO, MARTÍN, NASARRE AZNAR, SERGIO, (Coords.). (2011). *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Editorial Bosch.

BAUMAN, Zygmunt (2001). *La sociedad individualizada*, Ed. Cátedra.

BAUMAN, Zygmunt (2004). *Modernidad líquida*, Editorial Fondo de Cultura Económica.

BERNALTE BENAZET, Juan (2014). Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual, *Revista de Derecho de Familia*, 63/2014.

BLANCO CARRASCO, Marta (enero 2021) El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad”, *Actualidad Civil*, nº1, Sección Persona y derechos / A fondo.

BOSCH CARRERA, Antonio. (2010). ‘Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial, *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010*, <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm> el 26/07/2020.

CAPDEVILA BROPHY, Connie. (2016). La coordinación de coparentalidad. Una intervención especializada para familias en situación de alta conflictividad crónica post -ruptura de pareja, *Anuario de Psicología* nº 46, 41-49.

CAPDEVILA BROPHY, Connie; CARTIÉ JULIÀ, Mercè i COSTA LAMENA, María José. (2019). La figura del coordinador o coordinadora de coparentalidad (CP) en el marco legal catalán y estatal. La designa del CP. *Anuario de Psicología* nº 49/3, 128-138.

CARRASCO PERERA, Ángel. (2018). Terapia del Derecho en los tribunales de familia, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.943/2018, p. 6-6.

CARRILLO LERMA, Celia. (2020). Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común, *Tesis Doctoral Universidad de Murcia*, (inédita).

CARTIÉ JULIÀ, Mercè y GIMENO GARROTE Judith. (2011), *Famílies reconstituïdes: un nou model de parentalitat. Una perspectiva des del SATAF*. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2011/families_reconstituïdes.pdf

CASANOVAS, Pompeu, MAGRE Jaume, LAUROBA M.^a Elena. (COORDS) (2010). *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya, Generalitat de Catalunya*. http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/llibres_fora_colleccio/llibre_blanc_mediacio.pdf

CERDA SUBIRACHS, Joan. (2019). *La modificación de medidas en la sociedad líquida*, Tesis doctoral inédita. Universitat Autònoma de Barcelona. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/665795/jcs1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

COLOM VAQUER, Cristina, GONZALO VALGAÑÓN, Altamira, DE LA NUEZ RUIZ, Pino, REYES CANO, Paula, BERNARDEZ MORALES, Yolanda, LOREDO GARCÍA, Ana, RODRÍGUEZ ZÁRATE, Mariela, SÁNCHEZ JUAN, Fanny, VACCARORISTINA, Sonia. (2021) *Segundo Informe sobre Coordinación de Parentalidad. Perspectiva feminista jurídica y psicológica*, consultable a https://www.mujeresjuristasthemis.org/phocadownload/DEFINITIVO_SEGUNDO_INFORME_COPA_PERSPECTIVA_FEMINISTA_JURIDICA_PSICOLOGICA_08_03_2021.pdf

CORRAL GARCÍA, Eduardo. (2008). La familia monoparental y el interés del menor. *Actualidad civil*, nº 22.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. (2012). 2Comentario a la Sentencia de 12 de mayo de 2011. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88/2012.

DONES JURISTES, “Reformes en violència vicària” a <https://donesjuristes.medium.com/reformes-en-viol%C3%A8ncia-vic%C3%A0ria-71291ee8c24d>

DURAN AYAGO, Antonia. (2004). Comentario al auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 (familia) de Pamplona, de 22 de enero de 2004, *Diario La Ley* Nº 2-2004, p. 1794-1801.

ESTEVE ESTEVE, Patricia. (2016). *Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos*, *Revista Jurídica de Catalunya* nº1-2016, p. 79-95.

FARIÑA RIVERA Francisca, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, NOVO PÉREZ, Mercedes, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores. (2014), La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: el papel del psicólogo, en Elsy C. Chan Gamboa, Cristina Estrada Pineda, Francisco Javier Rodríguez Díaz, Aportaciones a la Psicología jurídica y forense desde Iberoamérica, 115-125.

FARIÑA, Francisca, SEIJO, María Dolores, ARCE, Ramón, VÁZQUEZ, María José, (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma, *Anuario de psicología jurídica*, Nº. 27, p. 107-113.

FARTO PIAY, Tomás (Setiembre 2020). El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia”, *Diario La Ley* nº 9696, Sección Tribuna.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. (2011). “Derecho de relación con el menor y derecho de visitas”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2011.

FERRER RIBA, Josep. (2018). Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 108/2018

GARCÍA-HERRERA, Alicia (2016) Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 2/2016, p. 17-20

GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio (2019), *Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya*, Atelier Llibres Jurídics, p.185-186.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, SOLÉ RESINA, Judith. (2021). *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, SOLÉ RESINA Judith. (2015). *Custodia compartida. Derecho de los hijos y de los padres*, Aranzadi.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, SOLÉ RESINA, Judith. (2014). *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, SOLÉ RESINA, Judith. (Coords.) (2013). *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, YSÀS SOLANES, María, SOLÉ RESINA, Judith. (2013). *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 3ª ed., Tirant lo Blanch.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen. (2003). *La determinación de la filiación en el Código de Familia de Cataluña*, Tirant lo Blanch.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen. (2020). “El dret superior dels infants al desenvolupament de la personalitat. L’interès superior del menor”, inèdit.

GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen (1997), Reconocimiento de complacencia, impugnación de la filiación e impugnación del reconocimiento. *Tribunal*, 1997-III, pp. 13 a 30.

GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar, FORCADA MIRNDA, Francisco Javier (Dirs). (2012). *Conclusiones: encuentro con la abogacía especializada en Derecho de familia*, CGPJ, Madrid, 24-26 octubre 2012. <http://www.scaf.cat/downloads/en12101.pdf>.

IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. (2018). El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Especial referencia en las situaciones de custodia compartida. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2018

LANSDOWN, Gerison. (2005). “The evolving capacities of the child”, Unicef.

LAUROBA LACASA, M.^a Elena. (2018) Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?, *Revista InDret* nº 4.2018.

LAUROBA LACASA, M^a Elena. i TUR RACERO, Montserrat. (Desembre 2017-Gener 2018) Gestionar els conflictes mitjançant el Dret Col·laboratiu: una opció amb futur. *Món Jurídic* n^o 315.
https://monjuridic.icab.cat/files/docs/2018_01_09.pdf

LOPEZ JARA, Manuel. (2018). La diligencia de exploración del menor en los procesos de familia, en *La Ley Derecho de Familia*, n^o20-2018.

MARÍ-KLOSE, GÓMEZ-GRANELL, BRULLET Y ESCAPA. (Abril 2004). La reorganització del temps de la vida quotidiana a les llars catalanes amb fills i filles adolescents, *Barcelona Societat. Revista de coneixement i anàlisi social*, núm. 15, pp. 35 a 53.

MARTINEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara; MARTINEZ TRISTÁN, Gerardo, et al. (COORDS.). (Juny 2020). *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*. Consejo General del Poder Judicial.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (Coord.), PICÓ I JUNOY, Joan i ABEL LLUCH, Xavier. (Dir.) (2018). *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*. Bosch editor

MCFARLANE, J. (2005) *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : Étude de cas qualitative*, Rapport de Recherche, Department of Justice Canada, https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/2005_1.pdf

NEIRINK, Claire. (2003). La famille que je veux, quand je veux ? Evolution de droit de la famille, éréè ed.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual (2008). A propósito del ámbito de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.20/2008.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual. (2019). La justicia terapéutica en la jurisdicción de familia, *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*, por ANTÓN MORENO, Mari Paz; PÉREZ VALLEJO, Ana María (coords.) p. 267-279.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (2012). *Apuntes sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil*, <https://pascualortuno.files.wordpress.com/2013/04/apuntes-ley-5-2012-med-civil-mercantil-po.pdf>

PANIZA FULLANA, Antonia. (2011). Doble maternidad de hecho y su problemática. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 7/2011.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. (1984). *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos.

POYATOS MATAS, Gloria (2020) A propósito de la figura del coordinador parental. Análisis multidisciplinar. *El Derecho. com*. Consultable a: <https://elderecho.com/a-proposito-de-la-figura-del-coordinador-parental-analisis-multidisplinar>

RIVERO HERNÁNDEZ; Francisco (2005). Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes), *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LVIII-3, p. 1049-1113.

ROCA TRIAS, Encarnación / ORTUÑO MUÑOZ Pascual (Coords.). (2011). *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín.

ROCA TRIAS, Encarnación (2005). La regulación de les famílies recompostes o reconstituïdes, *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, p. 213-238.

ROSALES ÁLAMO, Manuel; FERNANDEZ ALAYA, Rosalía, FARIÑA RIVERA, Francisca (2019). *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad. I fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar*. Consultable a: <https://www.aeafa.es/files/noticias/documentobaseparaeldesarrollodelacoordinaciondeparentalidad.pdf>

RUBIO TORRANO, Enrique. (2018). Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor: superior interés del menor. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1-2018, 1p. 167-170.

SOLÉ RESINA, Judith, ALMADA MOZETIC, Vinicius (Coords.) (2018), *Los derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad y la adolescencia)*, Dykinson.

SOLÉ RESINA, Judith, ALMADA MOZETIC, Vinicius (Coords.). (2020). *Protección de los menores de edad en la era digital*, Juruà.

SOLÉ RESINA, Judith, BRUGGEMAN Maryline, Être parents. Ser padres (2017). LGDJ Lextenso, 2017.

SOLSONA OPAIRÇO, Montse/ AJENJO COSP, Marc/ BRULLET TENAS, Cristina/ GÓMEZ-CASILLAS, Amalia. (2020). *La custodia compartida en los tribunales. ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Icaria.

TAMAYO HAYA, Silvia (Coord.) (2016). *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares. 2016.

TAMAYO HAYA, Silvia. (2009). *El estatuto jurídico de los padrastros: nuevas perspectivas jurídicas*. Ed. Reus.

TERRATS RUIZ, Gloria (2019). Intervención del coordinador de parentalidad en salud mental", *Revista anuari de psicologia* nº 49/3, p. 139-146

TERRATS RUIZ, Gloria i CARMONA ALGUERÓ, Anna (2019). *Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones*. *Revista de Mediación*, nº 12. <https://revistademediacion.com/articulos/caracteristicas-del-rol-del-coordinador-de-parentalidad-y-sus-diferencias-con-otras-intervenciones/>

TESLER, Pauline. (December 1999) Collaborative Law: A New Paradigm for Divorce Lawyers Psychology, *Public Policy and Law*.

THERY, Irène. (2002). Le temps des recompositions, en DORTIER, J. F. *Familles. Permanences et métamorphoses*. Auxerre Cedex: Éditions Sciences Humaines, 55-62.

THERY, Irène, LEROYER, Anne Marie. (2014). *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, rapport

remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé, Odile Jacob.

VAQUER ALOY, Antoni, IBARZ LÓPEZ, Noelia. (2017), Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4-2017, p. 211-235.

WEBB, S. G. y OUSKY, R.D. (Abril 2011). History and development of Collaborative Practice, *Family Court Review*. Vol. 49.

WEBB, S. G. y OUSKY, R.D. (2007), *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids without going to court*, ed. Plume.

WEXLER, David B., OYHAMBURU, María Silvia, FARIÑA, Francisca. (2020). *Justicia Terapéutica un Nuevo Paradigma Legal*. Wolters Kluwer.