
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Porqueres Hernández, Marta; Núñez Zorrilla, Ma. Carmen, dir. Abordaje jurídico de la vulnerabilidad infantil en casos de divorcio. 2024. (Grau de Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303572>

under the terms of the  license

UAB

**Universitat Autònoma
de Barcelona**

ABORDAJE JURÍDICO DE LA VULNERABILIDAD INFANTIL EN CASOS DE DIVORCIO

GRADO EN DERECHO

Dep. Derecho Civil

AUTORA: MARTA PORQUERES HERNÁNDEZ

Directora: Maria Carmen Zorrilla

DATA DE LLIURAMENT: mayo de 2024

RESUMEN

Uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico es la protección del interés superior del menor. Esto supone que la protección integral del menor prevalecerá frente a cualquier otro tipo de interés legítimo que pueda surgir en caso de conflicto.

En relación a ello, existen determinadas situaciones de crisis familiar, como la nulidad, la separación o el divorcio, en las que el interés del menor se puede ver profundamente afectado. Es por ello que el legislador ha arbitrado una serie de mecanismos y de medidas para garantizar su protección en cualquier caso.

El principal objetivo de este trabajo es ofrecer una valoración crítica de ciertas cuestiones legales vinculadas a la situación de los hijos menores de edad en casos de divorcio. En consecuencia, se pretende efectuar una revisión completa de la legislación y de la jurisprudencia actual, poniendo de manifiesto la relevancia de la fase de audiencia del menor, y sus efectos sobre las medidas a adoptar o sobre la propia resolución judicial que recoja los efectos del divorcio.

Palabras clave: interés superior del menor, divorcio, medidas de protección, crisis familiar, Plan de Parentalidad.

ABSTRACT

One of the guiding principles of our legal system is the protection of the best interests of the minor. This means that the comprehensive protection of the child will prevail over any other type of legitimate interest that may arise in the event of a conflict.

In this regard, there are certain situations of family crisis, such as annulment, separation or divorce, in which the interests of the child may be profoundly affected. That is why the legislator has arbitrated a series of mechanisms and measures to guarantee their protection in any case.

The main objective of this paper is to offer a critical assessment of certain legal issues related to the situation of minor children in divorce cases. Consequently, it is intended to carry out a complete review of the current legislation and jurisprudence, highlighting the relevance of the hearing phase of the minor, and its effects on the measures to be adopted or on the judicial decision itself that includes the effects of the divorce.

Key words: best interests of the child, divorce, protection measure, family crisis, parenting plan.

ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
RELACIÓN DE ABREVIATURAS CITADAS	5
1. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Relevancia de la materia tratada y estado de la cuestión	6
1.2. Objetivos.....	7
1.3. Metodología y fuentes	8
1.4. Estructura del trabajo.....	9
2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	10
2.1. Conceptualización y evolución histórica	11
2.2. La evaluación del interés superior del menor en la práctica judicial	15
3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN CASOS DE CONFLICTO: ESPECIAL ALUSIÓN A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO CUANDO CONCURREN HIJOS MENORES DE EDAD	18
3.1. Regulación del Divorcio cuando existen menores. Cómo se manifiesta el interés superior del menor en casos de divorcio	18
3.2. El trámite de Audiencia del menor	20
3.2.1. Conceptualización. El derecho del menor a ser oído.	21
3.2.2. Los requisitos de madurez y discernimiento del menor.....	23
3.2.3. La valoración de la audiencia del menor	26
3.3. La potenciación de la mediación en el ámbito de los conflictos familiares cuando afectan a menores.....	28
3.4. El plan de parentalidad.....	29
4. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO EN LA SITUACION DEL HIJO MENOR DE EDAD	

4.1.	Las medidas de protección del menor y la diferencia de aquellas con los efectos de la presentación de la demanda de divorcio	32
4.2.	Patria potestad y custodia	34
4.3.	Derecho de visita y comunicación con el menor	36
4.4.	El uso de la vivienda familiar	37
4.5.	La pensión de alimentos.....	38
5.	CONCLUSIONES	40
	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	42
a)	Doctrina	42
b)	Legislación	44
c)	Jurisprudencia.....	46

RELACIÓN DE ABREVIATURAS CITADAS

Art(s)	Artículo(s)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CCCat	Código Civil Catalán
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
FJ	Fundamento Jurídico
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
Óp. Cit.	Ya nombrado en
p.	página
pp.	páginas
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Vol.	Volúmen

1. INTRODUCCIÓN

1.1.Relevancia de la materia tratada y estado de la cuestión

El divorcio es un tema que va más allá de la separación de dos personas. Es un proceso que afecta a toda la familia, y especialmente a los menores, quienes a menudo se encuentran en medio de estas situaciones complejas. Este trabajo busca profundizar en cómo el divorcio y las decisiones legales que lo rodean impactan en la vida de los niños, poniendo especial énfasis en su bienestar y protección.

Uno de los aspectos clave de este estudio es el interés superior del menor. Esta idea es crucial porque nos recuerda que, en medio de los conflictos de los adultos, no debemos olvidar a los más pequeños. Los niños no solo son espectadores de estas situaciones, sino que tienen sus propios derechos y necesidades que deben ser considerados y protegidos.

Al observar los procesos de divorcio, se hace evidente que las decisiones legales, desde la custodia hasta el derecho de visita, juegan un papel fundamental en la vida de los menores. Sin embargo, un aspecto que a menudo se pasa por alto es cómo estas decisiones y explicaciones legales realmente consideran (o a veces no consideran) a los menores involucrados. Es importante analizar si realmente se está prestando atención a sus perspectivas y necesidades, o si simplemente se les ve como una parte secundaria en estos procesos.

Este trabajo, por tanto, no solo busca explorar los aspectos legales del divorcio y su impacto en los menores, sino también cuestionar y analizar críticamente si la ley y las prácticas judiciales están realmente poniendo a los niños en el centro de sus preocupaciones. El objetivo es ofrecer una visión más completa y humana de cómo el divorcio afecta a los menores y proponer formas en que el sistema legal podría mejorar en este sentido.

1.2.Objetivos

Este trabajo de fin de grado pretende alcanzar una serie de objetivos generales y específicos. El objetivo principal y de carácter general, es abordar desde un punto de vista jurídico, la vulnerabilidad infantil en casos de crisis matrimoniales, concretamente en caso de divorcio.

Los objetivos específicos, y de carácter secundario, que están destinados a cumplir con el objetivo principal, son los siguientes:

- Definir el concepto de interés superior del menor
- Exponer como se efectúa la protección jurídica del menor, en casos de conflicto, haciendo especial alusión a la regulación del divorcio cuando concurren hijos menores de edad.
- Explicar cómo se desarrolla el trámite de audiencia del menor y cómo se valora la misma, analizando los requisitos de madurez y discernimiento.
- Abordar el Plan de Parentalidad, indicando la importancia de la mediación en los conflictos que afectan a los menores.
- Señalar cuáles son los efectos del divorcio en la situación del hijo menor de edad.

Para cumplir todos estos objetivos, se ha empleado una metodología que figura en el siguiente epígrafe.

1.3. Metodología y fuentes

La metodología utilizada ha seguido el sistema de revisión bibliográfica, por lo que ha sido preciso recopilar y analizar diversos materiales y textos relacionados con el abordaje jurídico de la vulnerabilidad infantil en casos de divorcio.

Por ello, como trabajo de investigación que es, ha sido necesario recurrir a diversas fuentes de información. Entre los materiales utilizados se encuentran textos legales y doctrinales como monografías, artículos publicados en revistas de divulgación y fuentes especializadas. También se han empleado sentencias de distintos órganos judiciales (Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional), las cuales han sido especialmente relevantes para resolver algunas de las cuestiones jurídicas planteadas y arrojar luz sobre el sentido y la aplicación de la Ley.

Para acceder a los títulos de carácter doctrinal, se han utilizado principalmente plataformas y buscadores online como el Buscador de la Universidad Autónoma de Barcelona, Dialnet, VLex o Google Académico. Por su parte, para buscar y analizar jurisprudencia vinculada a la materia tratada se ha utilizado el buscador del Centro de Documentación del Poder Judicial (CENDOJ).

Las palabras clave empleadas en estos buscadores han sido “interés superior del menor”, “protección del menor crisis matrimonial”, “medidas de protección divorcio”, “Plan Parental”, “Ley 9/2020, de 31 de julio”, “regulación divorcio Cataluña”. Como consecuencia del gran volumen de información obtenido, ha sido necesario aplicar una serie de filtros, a modo de criterios de inclusión y de exclusión, para seleccionar la información que se iba a emplear en la elaboración de este trabajo.

Como criterios positivos o de inclusión, se ha atendido esencialmente al ámbito de aplicación de la norma (Cataluña), a la vinculación del material con el objeto del presente trabajo (debía de tratarse de títulos que estuviesen esencialmente

relacionados con la protección de los menores y su situación de vulnerabilidad durante los procesos de divorcio), y a la fecha de publicación (se trata de evitar de esta manera artículos muy antiguos, desfasados, o que traten sobre legislación que ha sido modificada o derogada).

Como criterios negativos de exclusión, se ha prescindido de cualquier título que tratase sobre normativa de otros países, ya que no se trata de un trabajo de Derecho comparado. Tampoco se han empleado títulos que trataran la materia desde un punto de vista que no sea jurídico.

El siguiente lugar, se ha procedido a efectuar un esquema señalando las ideas más importantes y que serían objeto de desarrollo. Este esquema posteriormente se convertiría en el índice del trabajo. Finalmente, tendrá lugar la redacción del trabajo, concluyendo con una serie de reflexiones sobre la materia tratada y futuras líneas de investigación.

1.4.Estructura del trabajo

Este trabajo se encuentra dividido en seis partes bien diferenciadas:

- El primer epígrafe, bajo el título introducción, efectúa una breve presentación al objeto de este trabajo, como es abordaje jurídico de la vulnerabilidad infantil en casos de divorcio, señalando su importancia y relevancia, indicando los objetivos que persigue el mismo, la metodología utilizada para alcanzarlos y las fuentes consultadas.
- El segundo epígrafe aborda el concepto de interés superior del menor, señalando cómo se evalúa el mismo en la práctica jurídica.
- El tercer epígrafe analiza los mecanismos de protección del menor en casos de conflicto, haciendo especial alusión a la regulación del divorcio, cuando concurren hijos menores de edad. Por ello, dentro de este apartado, se

expondrá la regulación actual del divorcio cuando existen hijos menores de edad, se analizará cómo se desarrolla el trámite de audiencia del menor, se expondrá qué es el Plan de Parentalidad y se señalará la importancia de la mediación en aquellos casos en los que existe un conflicto y hay menores involucrados

- El cuarto epígrafe efectuar un análisis sobre los efectos que para el menor puede tener el divorcio en diversas esferas como la patria potestad, la custodia, el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar, etc. Además, para ello será necesario diferenciar las medidas de protección del menor, de los efectos que para aquellos tiene la mera presentación de la demanda de divorcio.
- El quinto epígrafe incluye una serie de conclusiones que son el resultado de la reflexión de distintas ideas que se han tratado a largo del trabajo.
- El sexto y último epígrafe refleja toda la bibliografía, empleada, dividida en doctrina, legislación y jurisprudencia.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor ha sido consagrado como un principio rector de distintos textos internacionales que velan por la protección de las personas menores de edad, aunque también ha tenido reflejo en disposiciones europeas, nacionales y autonómicas. La positivación de este principio encuentra su razón de ser en la propia naturaleza y vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes; ya que se trata de personas en desarrollo, que todavía no cuentan con la suficiente madurez y responsabilidad para dirigir sus vidas, por lo que precisan de una protección reforzada en esta etapa vital¹.

¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio siglo XXI*, 2012, vol. 30, N.º 2, p. 90. Recuperado de: <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741> [visitado el 12 de febrero de 2024]

En cualquier caso ha de advertirse que, tal y como se expondrá a continuación, el concepto de interés superior del menor no es un concepto pacífico, ya que en la práctica varía su interpretación y contenido. Esto, evidentemente, tiene un efecto negativo en la pretendida protección del menor.

2.1. Conceptualización y evolución histórica

Para abordar la conceptualización del “interés superior del menor”, es preciso señalar que esta construcción jurídica es en sí misma un concepto jurídico indeterminado, también denominada como cláusula general. Por ello, su definición no es estática, sino que es un concepto dinámico, flexible, que evoluciona en función del tiempo y de la realidad social. En cualquier caso, este concepto representa una garantía de los derechos fundamentales del menor². Por ello se afirma que el concepto de interés superior del menor es un criterio garantista³.

Si se recurre al ordenamiento jurídico, este concepto figura en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM)⁴. Si bien es cierto que el interés superior del menor no se define, el legislador sí que incluye una serie de criterios generales que deben de cumplirse en cada caso concreto para dar por protegido este interés. Los criterios, son los siguientes (art. 2 LOPJM⁵):

² RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 93

³ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, N.º 3, p. 50. Recuperado de: <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1300/1334> [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en: «BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069> [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁵ Art. 2.2 LOPJM: 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*

b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*

- A) Protección del derecho a la vida y desarrollo, así como satisfacción de necesidades básicas
- B) Valoración de opinión
- C) Adecuación del entorno familiar.
- D) Preservación de sus elementos identitarios

Pero además, el art. 2.3 de la LOPJM, estipula que todos estos elementos deberán de ponderarse teniendo en cuenta ciertas características del menor como su edad o madurez, una eventual situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentre (por violencia en el entorno familiar o por carecer de él), la necesidad de adoptar medidas que faciliten su integración en la sociedad, etc.

Por su parte, el interés superior del menor se ha relacionado con la locución latina “*favor filii*”, que significa “en favor del hijo o del menor”. Este aforismo romano, es un pilar informador que integra toda la legislación actual y jurisprudencia⁶. De hecho se puede encontrar en diversas las resoluciones de los Tribunales en asuntos en los que exista la presencia de menores, aunque principalmente en el ámbito familiar. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo (STS en lo sucesivo) 389/2017 de 20 de junio⁷.

En esta resolución se puede observar como el órgano judicial a lo largo del Fundamento Jurídico (FJ en adelante) primero, emplea el principio de *favor filii* como equivalente al interés del menor. En atención a este principio, se modifica el régimen de custodia compartida (y solicitado por ambos progenitores) por un

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor; así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 92

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 389/2017 de 20 de junio. ECLI:ES:TS:2017:2510. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/96130869ca4fce90/20170707> [visitado el 12 de febrero de 2024]

régimen de custodia en favor del padre (sólo solicitado por el Ministerio Fiscal), ya que debido a la mala relación entre ambos progenitores, el régimen existente era insostenible para la protección del interés del menor.

“Se argumenta que la resolución recurrida, al establecer el régimen de custodia compartida, vulnera la doctrina establecida por la sala en la sentencias citadas, al no darse los requisitos necesarios para el establecimiento de tal custodia y contravenir al principio de favor filii o interés del menor” (FJ1, STS 389/2017 de 20 de junio)

De esta forma, se puede constatar que a través de la expresión *favor filii* el órgano judicial señala la prevalencia del interés del menor frente a otros implicados en juego. Por ello, y para velar la protección integral de los hijos o de los menores, se recurre a este principio, que no es otro que el principio del interés superior del menor.

En el plano doctrinal, existen distintas tesis sobre lo que debe de entenderse o no por interés del menor. Una corriente doctrinal encabezada por Roca Trías indica que esta cláusula general representa una proyección del menor, que actúa como garantía de sus derechos fundamentales. Tal proyección sería en realidad su personalidad⁸.

A su vez, ha de señalarse que la protección de la personalidad viene configurada en el artículo 10 de la Constitución Española de 1978⁹ (CE en adelante), como un fundamento del orden político y de la paz social, junto con otros elementos como el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Este artículo, debe de interpretarse junto con lo dispuesto en el artículo 39 del mismo cuerpo normativo, donde figura uno de los principios rectores de la política social y económica: la protección integral del menor. En definitiva, se puede afirmar que la corriente doctrinal

⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. pp. 93 y 96

⁹ Constitución Española. Publicado en: «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> [visitado el 7 de marzo de 2024]

encabezada por Roca Trías emplea el interés del menor, para proyectar en las personas menores de edad, la protección de derechos fundamentales¹⁰.

En relación a lo expuesto, y debido a esta finalidad propia del concepto, se ha afirmado que el interés superior del menor es un criterio teleológico, ya que aspira el cumplimiento de un fin, que no es otro que la protección del menor y de sus derechos¹¹. Otras tesis abogan por definir el interés superior del menor como la unión entre las necesidades del niño y sus derechos. Este concepto puede servir como principio rector para interpretar o aplicar la legislación¹².

También hay concepciones más modernas que entienden que el principio del interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado o abierto; fruto de la labor de la jurisprudencia. En este caso serían los jueces, los que valorando circunstancias del caso y la prueba practicada, llenarían de contenido una noción jurídica que es abstracta, y en base a la cual adoptarían sus decisiones. Sin embargo, en contra de esta corriente doctrinal, se ha analizado algunas voces¹³ que señalan que la aplicación de esta cláusula general no solo le corresponde al sector judicial, por lo que la determinación de su contenido también se efectuaría por parte de las instituciones públicas o privadas a las que convenciones internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴ otorga la potestad (y el deber) de adoptar medidas atinentes a aquellos basadas en este principio.

En lo que se refiere a la evolución de este concepto, el desarrollo del mismo bien representa su naturaleza: se trata de un concepto dinámico, fluido, en continuo cambio. Más aún si se contempla la propia evolución del Derecho de familia, que parte de un estadio inicial con un régimen patriarcal, centrado en el poder paterno, a las etapas más actuales en las que prevalecen los derechos del individuo¹⁵.

¹⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 96

¹¹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. “Sobre la...” óp. cit. p. 50

¹² RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 94

¹³ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 94.

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada el 20 de noviembre de 1989 por Naciones Unidas. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child> [visitado el 7 de marzo de 2024]

¹⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 94.

2.2.La evaluación del interés superior del menor en la práctica judicial

La jurisprudencia tampoco ha sido muy precisa a la hora de acotar el concepto que nos ocupa, por lo que en este ámbito, también sigue siendo una figura de límites difusos¹⁶. De hecho, los órganos judiciales en ocasiones se han limitado a reiterar lo dispuesto en sentencias anterior, sin hacer uso de su autonomía judicial. Sin embargo, algunos consideran que al mantenerse la indeterminación del concepto de interés superior del menor, el órgano judicial puede, haciendo uso de su discrecionalidad (que no arbitrariedad), acercarse a la situación concreta y determinar en cada caso, que es lo más favorable para el interés del menor¹⁷.

Para la determinación del interés superior del menor en un caso concreto, algunas resoluciones judiciales como el Auto de la Audiencia Provincial (AAP en lo sucesivo) de Zaragoza de 19 de febrero de 2001¹⁸, han diseñado, por así decirlo, unos indicadores o criterios a seguir. En este caso, para elegir cuál de los familiares era el más idóneo para ser nombrado como tutor según el interés superior del menor, la Audiencia Provincial se centró en elementos como la ciudad de residencia, el entorno familiar, la posibilidad de no separar a los hermanos y la exploración del menor.

En relación a la exploración del menor y su empleo como instrumento para la protección del interés de aquel, también resulta de sumo interés traer a colación la SAP de Granada, de 12 de marzo de 2002¹⁹. En esta resolución el órgano judicial, después de explorar al menor, entiende que es necesario distinguir entre el interés del menor y los deseos de aquel. Los deseos no pueden prevalecer sobre aquello que sea más acorde a la protección del interés superior del menor, como se estipula

¹⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. “Sobre la...” óp. cit. p. 51

¹⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 98.

¹⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de febrero de 2001. ECLI:ES:APZ:2001:88A. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e04c15aceef515e/20031231> [visitado el 7 de marzo de 2024]

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de marzo de 2002. ECLI:ES:APGR:2002:693. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eb3557918a3ac8d6/20040317> [visitado el 8 de marzo de 2024]

en el FJ 4 de la SAP: “*Aunque los intereses del menor, deben prevalecer sobre sus deseos, cuando estos últimos sean contrarios a los primeros, consideramos que en el supuesto enjuiciado, ambos pueden compaginar...*”. En definitiva, en la ponderación de los intereses en juego, la voluntad del niño no puede ser un criterio preponderante²⁰.

Asimismo, en este análisis, una sentencia especialmente relevante es la STS de 17 de septiembre de 1996²¹. En ella se establece que el interés superior del menor no solo vincula al órgano judicial (en su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), sino que también afecta a todos los poderes públicos, así como a los progenitores y al resto de la ciudadanía. De hecho, también ha resoluciones en las que el interés superior del menor ha actuado como un límite al ejercicio de la patria potestad de los progenitores²².

Asimismo, en esta resolución figura la idea del menor como sujeto de derechos. La extensión y contenido de aquellos se encuentra en constante evolución, evolución que se produce de forma paralela al desarrollo del menor. Por lo tanto, aquel necesita participar en la construcción de su propio desarrollo ejercitando estos derechos de forma progresiva. Esta visión encaja perfectamente con la recogida por el legislador en la LOPJM.

En siguiente lugar, cobra especial relevancia la STS de 25 de noviembre de 2019²³, donde se pone de manifiesto la necesidad de concretar por parte del órgano judicial, qué es el interés superior del menor en cada caso. Por lo expuesto, y partiendo de

²⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del...” óp. cit. p. 105

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996. ECLI:ES:TS:1996:4858. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/94fec3fe143b9f8d/20030808> [visitado el 8 de marzo de 2024]

²² GUILLÉN CATALÁN, Raquel. “El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015, N.º 19, p. 758-766. Recuperado de: http://www.scielo.org/bo/scielo.php?pid=S2070-81572015000100040&script=sci_arttext [visitado el 12 de febrero de 2024]

²³ Sentencia del Tribunal Supremo 3853/2019 de 25 de noviembre. ECLI:ES:TS:2019:3853. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4b73749f04e192e8/20191210> [visitado el 8 de marzo de 2024]

que interés del menor debe de prevalecer frente a otros intereses en conflicto. El TS señala que para valorar qué es lo más acorde al interés superior del menor, es preciso analizar las circunstancias que han sido acreditadas como hechos probados, y no basarse en elementos genéricos o en hipótesis. Así se expresa en el FJ3:

“la sentencia recurrida no valora, partiendo de los hechos probados, el interés del menor de forma razonable, al hacerlo de forma genérica, sin valorar las circunstancias concurrentes ni el beneficio que para estos puede suponer el establecimiento del régimen de visitas” (FJ 3, STS 3853/2019 de 25 de noviembre)

Por último, es importante señalar que el Tribunal Constitucional carece de competencias para determinar o interpretar qué es el interés superior del menor. Así lo ha expuesto en resoluciones como el Auto del Tribunal Constitucional (en adelante, ATC)28/2001, de 1 de febrero (en el proceso relativo al recurso de amparo 5258/2000)²⁴. En esta resolución se indica de forma expresa que:

“la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder, su determinación a los órganos judiciales y no al tribunal constitucional, químicamente, podrá comprobar si la motivación de la resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés”.
(ATC 28/2001, de 1 de febrero)

²⁴ Auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero. Recurso de Amparo 5258/2000. ECLI:ES:TC:2001:28A. Recuperado de: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/18574>[visitado el 8 de marzo de 2024]

En definitiva, la determinación de cuál es el interés superior del menor, y su ponderación en cada caso concreto, es una competencia que se ha atribuido a la jurisdicción ordinaria.

3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN CASOS DE CONFLICTO: ESPECIAL ALUSIÓN A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO CUANDO CONCURREN HIJOS MENORES DE EDAD

Una vez expuesto el concepto de interés superior del menor, y analizada brevemente su evolución histórica, así como el procedimiento para su evaluación en la práctica judicial; a continuación se expondrá cómo se efectúa la protección del menor en casos de conflicto, haciendo especial alusión a la regulación del divorcio cuando en ese contexto familiar existen hijos menores de edad.

3.1.Regulación del Divorcio cuando existen menores. Cómo se manifiesta el interés superior del menor en casos de divorcio

Para abordar la regulación del divorcio cuando existen menores, es preciso acudir a la legislación catalana. Por su parte, Código Civil Catalán²⁵ (CCCat en adelante), regula la custodia compartida y refuerza el principio del interés superior del menor, el cual rige no solo frente al conjunto de instituciones y ámbitos que en su persona o patrimonio puede haberse afectados, sino que también limita ciertas prerrogativas de la patria potestad de sus progenitores²⁶.

Como se abordará a continuación, el CCCat y la jurisprudencia que se ha desarrollado a la luz del mismo, aportan una serie de criterios para perfilar mejor el interés superior del menor, muy especialmente en relación a las circunstancias del

²⁵ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en: «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010, Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312> [visitado el 12 de febrero de 2024]

²⁶ GUILLÉN CATALÁN, Raquel. “El interés superior del menor como límite.. “ óp. cit. p. 758.

caso concreto, cuando sea preciso fijar la responsabilidades parentales sobre los hijos menores tras el divorcio²⁷.

Concretamente, es en su art. 233-11, donde figuran los criterios para fijar el régimen y la guarda y custodia de los menores en procedimientos de separación, divorcio o nulidad matrimonial; se exige que sea ponderada la opinión expresada por los hijos. Sin embargo, es muy llamativo que no se indica la edad como criterio para determinar la validez o para ponderar la opinión expresada de los hijos.

En consecuencia, este artículo hay que relacionarlo con lo dispuesto en el artículo 211-6 CCCat, donde el legislador catalán ha recogido el interés superior del menor como principio rector “*de cualquier decisión que les afecte*”. Además, el segundo punto de este art. señala que:

“2. El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial”

A la luz de lo dispuesto, para la protección del interés superior del menor se le debe de informar y de oír según su capacidad y desarrollo (y en cualquier caso si hubiese llegado a los 12 años), antes de que se adopte cualquier tipo de decisión que puede afectar a su esfera personal o patrimonial.

De esta forma, el legislador catalán consagra el derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que puede afectar a su esfera personal, pero ello no significa que el contenido de su voluntad sea determinante en la resolución judicial

²⁷ RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, Carles; CARBONELL, Xavier; ESPARCIA, Adolfo Jarne. “Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la Custodia de Menores en Cataluña”. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2014, vol. 24, no 1, p. 19-29. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1133074014000063> [visitado el 12 de febrero de 2024]

que regule el divorcio o los efectos del mismo. El contenido de la voluntad del menor tiene que tenerse en cuenta, pero no se erige como un elemento decisorio.

3.2.El trámite de Audiencia del menor

El menor de edad tiene derecho a ser oído y escuchado en los procedimientos donde se ventilan asuntos que afectan a su ámbito personal, como es la guardia y custodia como consecuencia de un proceso de divorcio. Así lo expone el propio Tribunal Superior de Justicia (TSJ en lo sucesivo) de Cataluña en resoluciones como la Sentencia de 9 de enero de 2014²⁸.

El TSJ Catalán indica que la audiencia del menor viene impuesta por distintos textos internacionales, como es la ya referida Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño o por la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea²⁹. También el ordenamiento jurídico dispone de ciertos preceptos normativos como la LOPJM (art. 9) o la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil³⁰ (LEC en adelante).

En lo que se refiere a la naturaleza de la audiencia del menor, la LEC, no la sitúa como un medio de prueba, a tenor de lo dispuesto en el art. 299 LEC. Por ello, y siguiendo una amplia corriente doctrinal, la audiencia del menor no se encontraría dentro de los medios instrumentos de prueba, sino que sería la materialización del derecho del menor a ser oído. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 18/2018 de 15 de enero³¹. En consecuencia, en dicha resolución se indica

²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de enero de 2014. ECLI:ES:TSJCAT:2014:5. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/65b9e4bc1001b22e/20140213> [visitado el 8 de marzo de 2024]

²⁹ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1 de 18 de diciembre de 2000. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [visitado el 8 de marzo de 2024]

³⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en: «BOE» núm. 7, de 08/01/2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> [visitado el 8 de marzo de 2024]

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 18/2018 de 15 de enero. ECLI:ES:TS:2018:41. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/223c98df83872835/20180126> [visitado el 12 de febrero de 2024]

que los menores tienen que ser oídos siempre y cuando sean mayores a 12 años de edad o siendo menores tengan suficiente grado de madurez.

Siguiendo con la LEC, en su artículo 770.4 LEC se establece la posibilidad de que los menores de edad puedan declarar cuando se trate de un divorcio contencioso, por voluntad propia o a instancia del ministerio fiscal o de las partes, de los miembros del equipo técnico judicial o del propio órgano. En dicho artículo se abre la posibilidad a que estos menores sean oídos incluso si tienen menos de 12 años. Esto contrasta profundamente con lo dispuesto en el art. 361 LEC, que sólo declara idóneos a los testigos mayores de 14 años, salvo que tengan “*el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente*”.

Pese a ello, esta aparente contradicción se resuelve tal y como se indica en la STS 851/2017 de 7 de marzo³², a través de la LOPJM y del Convenio de los Derechos del Niño. Según estas disposiciones normativas, cuando la edad y la madurez del menor hiciesen presumir que aquel ostenta suficiente juicio, tiene que ser oído (siempre) en los procedimientos judiciales atinentes a su guarda y custodia.

En consecuencia, a lo largo de este epígrafe, y en atención a la normativa que recoge este derecho, se abordarán los requisitos necesarios para su ejercicio y la valoración de la audiencia o exploración del menor por parte del órgano judicial, así como su incidencia en la determinación del interés superior del menor para el caso concreto.

3.2.1. Conceptualización. El derecho del menor a ser oído.

El derecho del menor, a ser oído es una manifestación de la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda al interés superior del menor. En relación a su regulación, es preciso señalar que el legislador ha otorgado al interés superior del menor la máxima protección posible al incluirlo virtualmente en el art. 39, como un principio rector de la política social y económica.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017. ECLI:ES:TS:2017:851. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3905f677162c9e21/20170320> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Asimismo, y como consecuencia del art. 10.2CE, toda Convención o Tratado Internacional que trate sobre los Derechos Humanos, y que haya sido ratificada por España, será de aplicación. La consecuencia directa de ello será de aplicación y servirá para interpretar el ordenamiento jurídico nacional. Así, la consecuencia directa de ello es la vigencia y aplicabilidad de textos internacionales como la Convención de los Derechos del niño, o su empleo para la interpretación del ordenamiento jurídico nacional.

En lo que se refiere a la normativa interna, para abordar el derecho del menor, a ser oído, debe de traerse a colación la LOPJM. El art. 2.5 establece que cualquier tipo de resolución que afecte al interés superior del menor, tiene que ser adoptada, cumpliendo una serie de garantías, y especialmente el derecho que estén tal menor a ser oído y a participar en el proceso. Pero es en el artículo 9 LOPJM, donde se recoge el derecho del menor a ser oído y escuchado. Este derecho, tal y como expone, el referido precepto normativo, tiene que ejercitarse, sin que sufra ningún tipo de discriminación por su edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia.

Por su parte, la jurisprudencia del tribunal Constitucional (en adelante, TC), señala que el derecho de ser oído del menor en el seno del proceso judicial, se materializa a través de la exploración judicial. Así lo indica la STC 64/2019 de 9 mayo de 2019³³ en el FJ 4:

El acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser «oído y escuchado», entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. (FJ 4, STC 64/2019 de 9 mayo)

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019 de 9 mayo de 2019. ECLI:ES:TC:2019:64. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8645> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Pues bien, tal y como se indica en el propio art. 9 LOPJM, en el proceso judicial, el momento en el que el menor expresa su voluntad y materializa su derecho a ser oído, debe realizarse cumpliendo con una serie de requisitos procedimentales que actúan como garantías para la protección del mismo. Entre aquellos destaca especialmente la necesidad de que el aquel que lleve a cabo esta exploración o audiencia sea “*un profesional cualificado o experto*”, que emplea un lenguaje adecuado en atención a la madurez y desarrollo del menor, y que se le informe tanto “*de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión*”.

No obstante, en ocasiones el juez o magistrado, debido al grado de complejidad que precisa la exploración, recurre a la intervención de psicólogos como expertos forenses. De hecho, en los últimos 30 años, este profesional ha ido ganando importancia en diversas áreas de intervención del ámbito jurídico, pero muy especialmente en el Derecho de familia, donde ha ayudado a tomar ciertas decisiones judiciales a través de una evaluación forense o de un dictamen³⁴.

Esta figura, también se menciona, aunque no de forma expresa en al LEC, cuando en el art. 770 .4^a *in fine* se hace alusión a la posibilidad de recabar el auxilio de especialistas durante la audiencia con los hijos menores³⁵.

3.2.2. Los requisitos de madurez y discernimiento del menor

Los requisitos de madurez y de discernimiento del menor constituyen un presupuesto necesario para que la audiencia de aquel sea obligatoria. Además, y como se expondrá a continuación, el juicio o el discernimiento del menor, se observarán a la hora de analizar el contenido de su voluntad, por lo que estos

³⁴ RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, Carles; CARBONELL, Xavier; ESPARCIA, Adolfo Jarne. “Revisión conceptual del peritaje... óp. cit. p.1.

³⁵ “*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*”.

requisitos juegan un papel muy importante en la ponderación de los deseos del menor con otros elementos existentes en el juicio.

Por su parte, el CC, en distintas partes cuando se regula la adopción de medidas o la atribución de la guardia y custodia de los hijos en casos de crisis o de conflicto, establece que es obligatorio para el órgano judicial, efectuar el trámite de audiencia del menor para pronunciarse sobre estos extremos, cuando los hijos menores de edad tuviesen “*suficiente juicio, y en todo caso, si fuesen mayores de 12 años*”.

En este mismo sentido, el legislador catalán afirma de una forma mucho más clarificadora en el Art. 211-6, bajo el título “interés superior del menor” consagra que:

“ El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial”
(art. 211-6 CCCat.)

En virtud de lo expuesto, para que tenga lugar la vigencia del menor, el legislador precisa de dos elementos, que no deben de cumplirse de forma cumulativa, sino alternativa:

- El primero de estos elementos es que el menor tenga más de 12 años. Si el menor tiene más de 12 años, siempre se presumirá que aquel tiene suficiente juicio, y por lo tanto, debe de acontecer el trámite de audiencia del menor. Este requisito es un elemento de carácter objetivo, con lo que no plantea problemas en la práctica, ya que se trata simplemente de constatar si el menor ha cumplido la edad de doce años en el momento que vaya a tener lugar esta audiencia.

- El segundo de estos elementos es la suficiencia del juicio. La suficiencia del juicio del menor es un presupuesto al que se acude cuando el menor no ha cumplido la edad de los 12 años. En estos casos se debe de valorar si aquel presenta un grado suficiente de madurez y por lo tanto ostenta cierta capacidad de razonamiento . Para dirimir si efectivamente el menor tiene esta capacidad de razonamiento y consecuente grado de madurez, el órgano judicial puede acudir al auxilio de técnicos especialistas, peritos, que a través de un examen determinen si efectivamente en el menor concurre suficiente juicio³⁶.

En el ámbito de los profesionales que como peritos pueden auxiliar al órgano judicial destacan especialmente los psicólogos expertos forenses³⁷. Tal y como revelan ciertos datos oficiales, durante las tres últimas décadas, la figura de este profesional ha ido cobrando cada vez más importancia en áreas de intervención del ámbito jurídico, pero con especial predominancia en el Derecho de familia.

Sea como fuere, en estos casos, el papel del profesional será trasladar al órgano judicial una serie de pauta para que aquél pueda determinar cuando el menor tiene suficiente juicio, lo cual no es una tarea fácil. El grado de madurez y de discernimiento del menor es en realidad un concepto jurídico indeterminado, lo que le otorga a este concepto cierta inseguridad jurídica. Ello es debido a que no existe una definición de este concepto que sea objetiva, de límites y contornos claros, que determine con qué elementos puede identificarse el grado de madurez . Por el contrario, el grado de discernimiento y de madurez del menor evolucionará conforme evoluciona la sociedad, y variará en función del contexto histórico y social. Por lo tanto, el papel del juez en este caso será determinar si de acuerdo a

³⁶ EL DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. 2014. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf> [visitado el 18 de abril de 2024]

³⁷ RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, Carles; CARBONELL, Xavier; ESPARCIA, Adolfo Jarne. “Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la Custodia de Menores en Cataluña”. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2014, vol. 24, no 1, p. 19-29. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1133074014000063> [visitado el 12 de febrero de 2024]

las circunstancias y al contexto en el que se desarrolla el proceso, el menor que está examinando (o explorando) tiene una capacidad de entender y de querer de forma razonada, de tal forma que le permita manifestar una opinión que sea coherente con el contenido de su voluntad e intereses.

En este sentido, también se ha estipulado que el equipo psicosocial u órgano judicial que efectúe la evaluación sobre la capacidad del niño, deberá de partir de un principio especial, recogido en la Convención de los Derechos del Niño, como es la presunción de existencia de esta capacidad. Y es que, desde el Comité de los Derechos del Niño, órgano constituido a partir de la propia Convención y que está destinado a analizar los progresos en cada uno de los países en cumplimiento de este instrumento internacional, en sus observaciones generales sobre el derecho del niño a ser escuchado señala que *“cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”*³⁸.

3.2.3. La valoración de la audiencia del menor

Como bien es sabido, es preciso valorar el contenido de la audiencia o exploración del menor de forma conjunta con otros factores, ya que en algunos casos, los deseos expresados por los menores, no coincide con la voluntad real ni con lo necesario para la protección del interés superior del mismo. Así las cosas, para la valoración de la audiencia del menor es posible citar la SAP de Girona, de 26 de febrero de 2014³⁹. En la misma (FJ3) figura en una serie de criterios para que la voluntad del menor, con suficiente juicio, pueda ser valorada y tener en cuenta:

“Para que el deseo del menor con suficiente juicio, pueda ser atendido, siempre será necesario: a) que su

³⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general número 12, el derecho del niño a ser escuchado*. 2009. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> [visitado el 18 de abril de 2024]

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 26 de febrero de 2014. ECLI:ESAPGI:2014:126. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c1880bcfeeb6379/20140422> [visitado el 8 de marzo de 2024]

opinión sea libremente, emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo; c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores” (FJ3, SAP Girona 26/2/14).

Por lo tanto, para valorar el contenido de la referida exploración, a través de la cual se materializa el derecho del menor a ser oído durante el proceso judicial; habrá que estar a tres principios rectores:

- el primero de ellos es que el contenido de su voluntad no se vea viciado por cualquier tipo de interferencia, como la conducta o influencia de sus progenitores.
- el segundo elemento consiste en que su voluntad o deseo no sea un capricho temporal.
- Tercer elemento se centra en la valoración del resto de circunstancias del caso

Dicho lo cual, hay que insistir, como señala la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 26 de febrero de 2014, que pese a que el menor tiene derecho a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar en su esfera personal, ello no significa que el contenido de su voluntad sea determinante en la resolución judicial que adopte el tribunal.

El derecho del menor, a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar, no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad se hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe detenerse en cuenta, pero no puede erigirse como un elemento decisorio. (FJ3, SAP Girona 26/2/14).

Por lo tanto, todos los criterios anteriormente expuestos son importantes para que su voluntad sea ponderada conjuntamente con los otros elementos existentes en el procedimiento.

3.3.La potenciación de la mediación en el ámbito de los conflictos familiares cuando afectan a menores

En siguiente lugar, se analizará el importante papel de la mediación como un instrumento para abordar los conflictos familiares en los que hay menores. Por ello se expondrán las novedades introducidas por la Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado⁴⁰.

Como se ha indicado, el legislador catalán a través de esta disposición normativa pretende de fomentar la mediación como un vía idónea para resolver conflictos en el ámbito familiar, especialmente cuando existen menores involucrados. De esta forma, se evitaría que el desconocimiento de un medio de resolución de conflictos alternativo, pudiese abocar a las partes a acudir a la vía litigiosa⁴¹.

⁴⁰ Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado. Publicado en: «BOE» núm. 220, de 15 de agosto de 2020, Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9741 [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁴¹ LAUROBA LACASA, María Elena. “La Ley 9/2020, De 31 De Julio, De modificación Del Libro II Del Código Civil De Cataluña Y De La Ley 15/2009 De Mediación En El ámbito Del Derecho Privado: Una Reforma Prudente Con Onda Expansiva”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2020, N.º 36, p. 16–35. Recyperado de: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2566> [visitado el 18 de abril de 2024]

La mediación (salvo cuando está legalmente excluida), destaca por tener una serie de efectos muy positivos entre las partes, como la reducción de trámites (con el consecuente ahorro de recursos como el tiempo y el dinero), el acercamiento de las personas afectadas en el conflicto, o el acceso a soluciones pactadas de mutuo acuerdo, lo que favorecerá el cumplimiento de la misma. En definitiva, la mediación favorece la relación entre las partes del conflicto, lo que en definitiva redundará en favor del menor y en la protección del interés superior de aquel.

Una importante novedad que introduce el legislador catalán a través de la Ley 9/2020, es que la mediación será obligatoria en dos casos: si las partes lo habían acordado previamente; o si es la propia autoridad judicial, la que deriva a las partes a este método alternativo de resolución de conflictos. De esta forma, aquellas podrán acudir a una sesión que trasciende de ser una sesión meramente informativa sobre las ventajas de este formato, a incluir un elemento exploratorio, si las partes, así lo consienten, orientado a analizar la viabilidad de la mediación en el caso concreto.

Con todo ello, esta disposición normativa muestra una vez más, la voluntad de legislador catalán por fomentar la mediación como un sistema de resolución de conflictos, especialmente útil en la relaciones familiares por la labor de protección del interés superior del menor⁴².

3.4.El plan de parentalidad

El Plan de Parentalidad de Cataluña está regulado en el art. 233.9 CCCat, y es un instrumento que deriva del ejercicio de la corresponsabilidad y coparentalidad que deben de regir entre los progenitores. A través de este documento aquellos establecen una serie de pautas y acuerdos sobre la crianza y el cuidado de los hijos comunes en situaciones de crisis, casos como la separación o el divorcio. De esta forma, el plan de parentalidad incluye una serie de medidas orientadas a garantizar

⁴² LAUROBA LACASA, María Elena. “La Ley 9/2020, De 31 De Julio...” óp. cit. p. 16.

el bienestar de los hijos y regular la relación entre los padres después de la ruptura de la pareja⁴³.

Este plan, a la luz de lo dispuesto en el art. 233-9 CCCat también suele incluir ciertos aspectos relevante para la crianza de los hijos menores como: el régimen de estancias de los hijos con los progenitores o la distribución de tiempos de convivencia, la comunicación entre padres e hijos, la toma de decisiones respecto a la educación y la salud de los hijos, donde vivirán los hijos, las tareas que se atribuyen a cada progenitor, etc.⁴⁴.

No obstante, y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, debe indicarse que en el plan de parentalidad, no se recogen todos los extremos de la relación entre las partes mencionadas. De hecho, en este Plan de Parentalidad no figuran los alimentos que deben de satisfacer los progenitores, ni otros elementos sumamente importantes como las situaciones en las que se precisa el consentimiento, expreso o tácito, de los progenitores⁴⁵. Así se estipula en la Sentencia 20/2014 de 20 de marzo del TSJ de Cataluña⁴⁶ :

“Asimismo, el citado preámbulo en relación con los preceptos del CCC Cat, puede afirmarse que en el plan de parental y dad no se recogen y los alimentos que han de satisfacer los progenitores, ni otras cuestiones que se contemplan como hechos relevantes para el menor en los artículos 236.11,

⁴³ ALBA FERRÉ, Esther. “El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales”. *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 28, 2019, pp. 114-133. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7026831> [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁴⁴ ICAB. *Documento de trabajo: Guía y modelo del Plan de Parentalidad*. 2010. Recuperado de: <https://www.icab.cat/es/actualidad/noticias/noticia/Documento-de-Trabajo-Guia-y-modelo-del-Plan-de-Parentalidad/> [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁴⁵ FAUS PUJOL, Manuel. “El Plan de Parentalidad en Cataluña”. *Práctico de Derecho de Familia*, Vlex, 2024 (s.p.). Recuperado de: <https://app.vlex.com/#vid/591699710> [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁴⁶ Sentencia 20/2014 de 20 de marzo del TSJ de Cataluña. ECLI:ES:TSJCAT:2014:3099. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7219f55f486e745/20140429> [visitado el 12 de febrero de 2024]

236.6 y 236.12, como son aquellos casos en que se precisa el consentimiento expreso o tácito de ambos progenitores o el deber de información señalada en el último precepto” (FJ 2, STJCAT 20/2014).

Por otra parte, el plan de parentalidad también debe de prever la posibilidad de que los progenitores acudan a un sistema alternativo de resolución de conflictos, como es la mediación familiar, para resolver a través del mismo los posibles conflictos que puedan surgir en la aplicación del Plan de Parentalidad⁴⁷. En relación a ello, es posible traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona N.º 305/2010, 17 de septiembre de 2010⁴⁸, en cuyo fundamento jurídico segundo figura de forma expresa la necesidad de que dentro de las distintas cláusulas que conforman el plan de parentalidad, prevea la posibilidad de acudir a mediación familiar .

“Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para mandarle las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos” (FJ 2, SAP Girona N.º 305/2010)

Por lo tanto, una vez más, se contempla la mediación como un sistema para resolver los conflictos que surjan en el contexto familiar, y que presenta muchas ventajas para las partes, sin perjuicio de proteger adecuadamente el interés superior del menor.

⁴⁷ FAUS PUJOL, Manuel. “El Plan de Parentalidad.. óp. cit. p. 1.

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona N.º 305/2010, 17 de septiembre de 2010. ECLI:ES:APGI:2010:912. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/24eacceb5a27fb98/20101118> [visitado el 12 de febrero de 2024]

4. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO EN LA SITUACION DEL HIJO MENOR DE EDAD

Las crisis matrimoniales (donde se incluye no solo el divorcio, sino también la separación y la unidad matrimonial) pueden dar lugar a la adopción de una serie de medidas judiciales comunes. A lo largo de este epígrafe se abordarán las distintas medidas que se pueden adoptar y que afectan a la esfera personal del menor, desde la interposición de la demanda de divorcio hasta que se dicta la sentencia correspondiente, ahondando igualmente en los efectos que produce esta última.

4.1.Las medidas de protección del menor y la diferencia de aquellas con los efectos de la presentación de la demanda de divorcio

En el CC se han regulado bajo el título “medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio” toda una serie de medidas provisionales que se adoptan y surten efecto por la mera interposición de la demanda de nulidad matrimonial, separación o divorcio. Todas ellas se encuentran reguladas en el artículo 103 CC. Entre otras, se debe de acordar con cuál de los cónyuges quedarán los menores sujetos a la patria potestad, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar, cómo contribuirá a cada uno de ellos, al levantamiento de cargas del matrimonio, etc.

Por otra parte, en el CC, se regula a partir del art. 90 “los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, que son, como su nombre indica, en una serie de efectos comunes a la nulidad matrimonial, separación y divorcio. Dentro de este artículo, se incluyen los elementos que deben figurar en el convenio regulador, que es el acuerdo al que pueden llegar los cónyuges, en los casos de divorcio o separación de mutuo acuerdo, y que articulará la forma en la que aquellos se relacionarán con los hijos así como las obligaciones económicas para con los mismos. EL convenio regulador, si no atenta contra el interés de los hijos ni es

gravemente perjudicial para cualquier de los cónyuges, será aprobado por la autoridad judicial⁴⁹.

Estas medidas, bajo la forma de convenio regulador, se recogen en la sentencia o a través de la cual se acuerde la nulidad, la separación o el divorcio, y son medidas definitivas. Sin embargo, si varían las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de aquellas, estas también se podrán modificar, especialmente aquellas que afectan a los hijos menores y comunes de la pareja.

Por su parte, el legislador catalán ha seguido en la articulación y exposición de los efectos del divorcio, un orden mucho más lógico. Dentro del capítulo tercero, y bajo el título, “*los efectos de la nulidad del matrimonio, el divorcio de la separación legal*”, se regulan en una serie de disposiciones generales, las cuales conforman en la sección primera. Pues bien, dentro de aquellas, el artículo 233-1 incluye una serie de medidas provisionales, mientras que el artículo 233-2 regula las medidas definitivas.

En este sentido, el art. 233-1 CCCat estipula que aquel de los cónyuges que pretende interponer una demanda de separación, de divorcio de nulidad, así como el otro cónyuge, en el momento de contestar a esta demanda, pueden solicitar al órgano judicial la adopción de cualquiera de las medidas anteriormente referidas, que se considerarán medidas provisionales.

Por su parte, el art. 233-2 CCCat, expone como medidas definitivas, aquellas que se formulen dentro del convenio regulador y, el cual podrá efectuarse incluso ante el letrado de la administración de justicia o en una escritura pública ante notario. Asimismo, es muy importante señalar que en este caso, el convenio regulador a la luz de lo dispuesto en el art. 233-2.7: “*puede incluir pactos de sometimiento a mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos*”.

⁴⁹ GUILLÉN CATALÁN, Raquel. “El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015, N.º 19, p. 758-766. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2070-81572015000100040&script=sci_arttext [visitado el 12 de febrero de 2024]

4.2.Patria potestad y custodia

La patria potestad, (potestad parental en Catalunya), corresponde a ambos progenitores, tal y como se establece en el art. 236-1 CCCat, y se ejercerá por aquellos siempre en interés de los hijos (art. 236-2 CCCat) y de forma conjunta, salvo que el órgano judicial diga otra cosa (art. 238-8 CCCat.).

Por otra parte, y en relación al objeto del presente trabajo, resulta de sumo interés traer a colación el artículo 236-11 CCCat, donde se establecen una serie de requisitos o de pautas para el ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores. Para estas situaciones, el legislador catalán pone a disposición de los progenitores la posibilidad de llegar a acuerdos sobre el ejercicio de la patria potestad o la articulación de un plan de parentalidad.

Asimismo es necesario traer a colación la Ley 14/2020, de 25 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia⁵⁰, ya que aquella ha efectuado ciertas reformas en la potestad parental. Por ejemplo, y tal y como se había indicado, el artículo 236-8 CCCat determina que por norma general, el ejercicio de la potestad parental se efectuará de forma conjunta, salvo resolución judicial o disposición que establezca lo contrario.

No obstante, con la Ley 14/2020, se reforma el art. 236-8 CCCat. Así, en lo sucesivo, y hasta que no se dicte una resolución judicial que determine cómo va a ser el ejercicio de la patria potestad; la asistencia y la atención psicológicas quedan fuera del listado de actos que precisan de una decisión conjunta de los progenitores cuando uno de ellos haya atentado contra la vida o la integridad (física, psicológica o sexual) del otro progenitor o de los hijos. En esta situación, será suficiente con el consentimiento del progenitor contra el que se haya atentados para que los hijos

⁵⁰ Ley 14/2020, de 25 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en: «BOE» núm. 321, de 9 de diciembre de 2020. Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15837 [visitado el 12 de febrero de 2024]

menores de edad puedan recibir atención y/o asistencia psicológica. En cualquier caso, el otro progenitor será informado.

También habrá que hacer alusión al Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria⁵¹. Este Decreto ley ha modificado distintos artículos del CCCat, donde se recogen los criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda y custodia, así como las causas para la denegación, la suspensión o la modificación de la relaciones personales.

En virtud de lo expuesto, en lo sucesivo y para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda y custodia de los hijos menores, habrá que tener en las propuestas efectuadas en relación al plan de parentalidad y una serie de elementos que habrá que ponderarse de forma conjunta (art. 233-11 CCCat). Entre estos elementos se incluye la vinculación efectiva de los menores con cada progenitor, la capacidad de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos, la actitud que mantiene cada progenitor sobre la necesaria cooperación con el otro, el tiempo que cada progenitor ha dedicado a la crianza, la opinión de los menores, entre otros.

De hecho, la conflictividad entre los progenitores actuado en algunos casos como un factor excluyente para que el órgano judicial acordarse la guarda o la custodia compartida de los hijos menores. Tal es el caso que se aborda en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de octubre de 2023⁵². En este sentido, la jurisprudencia del TSJ catalán también señala como se puede observar en esta sentencia (FJ 2), que el régimen de guarda y custodia compartida no es considerado como un régimen preferente por el propio legislador catalán, sino que

⁵¹ Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria. Publicado en: «BOE» núm. 18, de 21 de enero de 2022. Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-954 [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de octubre de 2023. ECLI:ES:TSJCAT:2023:10713. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a581a8520813ea65a0a8778d75e36f0d/20240108> [visitado el 12 de febrero de 2024]

se considera un régimen preferible frente a otros, pero tan solo cuando concurren las circunstancias idóneas para ello.

4.3.Derecho de visita y comunicación con el menor

El derecho de visitas y de comunicación con el menor nace de un principio general, que regula la relaciones paternofiliales, y que se encuentra consagrado en el artículo 236-4 CCCat, donde se establece que *“los hijos y los progenitores, aunque estos no tengan el ejercicio de la potestad, tienen derecho a relacionarse personalmente”*. El derecho a relacionarse también se extiende al derecho que tienen los niños a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, tal y como se infiere de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de noviembre de 2023⁵³.

No obstante, el artículo 236-5 establece una serie de casos y de causas de denegación, suspensión y modificación de la relaciones personales. Y es que, si esta relaciones perjudican el interés de los hijos, o si se incumple de forma reiterada por parte de los progenitores los deberes que tienen para con aquellos, la autoridad judicial podrá denegar o suspender el derecho de los progenitores a relacionarse con los menores.

Por otra parte, y como se indicado anteriormente, en los casos en los que exista una crisis familiar o matrimonial, tanto el convenio regulador, como el plan de parentalidad o la resolución judicial que acuerde la separación, divorcio o nulidad; establecerá la forma en la que se ejercita el derecho de visitas y comunicación con el menor.

Finalmente, en relación a los derechos de visita y comunicación con el menor, el ya referido al Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro

⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de noviembre de 2023. ECLI:ES:STSJCAT:2023:11188. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b01cf390b37cd2dda0a8778d75e36f0d/20240123> [visitado el 12 de febrero de 2024]

segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria, ha incluido importantes modificaciones al respecto.

Dentro del artículo 236-5.3 se estipula que cuando existan indicios de que se han cometido actos de violencia machista o de violencia intrafamiliar, el progenitor sospechoso no tendrá derecho a relacionarse personalmente con sus hijos. Además, cuando este progenitor se encuentre incurso en un procedimiento penal por haber atentado contra la vida, integridad, libertad o indemnidad sexual, de otro progenitor o de sus hijos, tampoco tendrá derecho a establecer ningún tipo de relación personal con sus hijos.

Estas disposiciones normativas ya se han aplicado, como muestra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de octubre de 2023⁵⁴, negándose, en interés de los hijos e hijas, la atribución de la guarda y custodia al progenitor sobre el que existen indicios fundamentados de actos de violencia familiar o machista.

4.4.El uso de la vivienda familiar

La vivienda familiar es un concepto que ha sido definido por la jurisprudencia. Así, según la STS de 20 de noviembre de 2018⁵⁵, el domicilio familiar sería la “*residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia*” (FJ 1 STS 20 de noviembre de 2018).

La atribución del uso de la vivienda familiar se efectúa a los hijos y al cónyuge con el que estos se queden. La finalidad de esta disposición normativa tiene un carácter

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de octubre de 2023. ECLI:ES:TSJCAT:2023:11191. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/72d423521e3ed7a7a0a8778d75e36f0d/20240123> [visitado el 12 de febrero de 2024]

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018. ECLI:ES:TS:2018:3882. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0edd7e1af6ae0205/20181126> [visitado el 12 de febrero de 2024]

principalmente asistencial, ya que se pretende que las condiciones familiares para los hijos menores se mantengan en mayor o menor medida en las mismas circunstancias existentes antes de la ruptura o crisis matrimonial. Por lo tanto, debe de tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar a este cónyuge se efectúa en atención al cuidado de los hijos menores.

Dicho lo cual, si varía esta situación, se podría variar la atribución del uso de la vivienda familiar. Un ejemplo de ello figura en la ya referida anteriormente sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2018, donde se estipula que si el cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar, contrae un nuevo matrimonio, esta situación podría afectar al interés del menor. En tal consideración, se podrían modificar las medidas adoptadas y que regulan el régimen de convivencia entre los ex cónyuges y los hijos menores, afectando esta modificación de medidas también a la atribución del uso de la vivienda familiar.

4.5.La pensión de alimentos

La pensión de alimentos es un deber de los progenitores para con los hijos, que nace de uno de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, artículo 39.3 CE. En el CC, figura regulado el derecho de alimentos en lo art. 93, 96 y 154.

En Catalunya, los alimentos de origen familiar se regula en el capítulo séptimo del libro segundo del Código Civil Catalán. Esta obligación en el caso que nos ocupa (de los progenitores con los hijos), surge igualmente en consideración a la relación paternofamiliar, es decir, con independencia de si entre los progenitores existe uno un vínculo matrimonial. En relación a este último caso, también uno de los cónyuges podrá solicitar del otro como alimentos lo indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica. No obstante, lo dispuesto en este capítulo séptimo, se aplica de forma supletoria para regular los deberes de asistencia entre cónyuges y los alimentos entre progenitores e hijos, ya que en estos casos existe

una serie de disposiciones específicas que se aplican de forma preferente (art. 237-1 CCCat).

Por lo expuesto, “*la distribución del deber de alimentos en favor de los hijos, y si procede la fijación de alimentos provisionales en favor de uno de los cónyuges*” es una de las medidas provisionales que figura en el artículo 233-1 CCat. Posteriormente, los alimentos que deben de prestar los progenitores a los hijos, o al otro cónyuge, es uno de los elementos que formará parte del convenio regulador a la luz de lo establecido en el artículo 233-2.4 apartado B .

Asimismo, es importante señalar que los cambios en el ejercicio de la guarda y custodia, también pueden conllevar modificaciones en la pensión de alimentos. Por ejemplo, si los menores transitan de una situación de guarda y custodia monoparental, a una guarda y custodia compartida, el tiempo de permanencia de los menores con el progenitor favorecido por esta nueva situación, constituiría una modificación de la circunstancias que podría avalar la revisión de esta medida y modificar la cuantía y el sistema de pago de los alimentos.

Aunque esto no ocurre siempre, ya que en resoluciones como la sentencia del Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 2023⁵⁶, en la que se niega a modificar la cuantía de la pensión e alimentos en un sistema de custodia compartida de los hijos menores, ya que analizando las capacidades económicas de ambos progenitores, se ha rechazado la idea de desequilibrio de recursos económicos y se defiende la idea de que los menores deben de poder seguir manteniendo su nivel de vida.

Las causas por las que se extingue la obligación de prestar alimentos, se encuentran dentro del artículo 237-13 CCCat. Dentro de estas causas, no figura la mayoría de edad de los hijos como circunstancia que extinguiría de forma automática la

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 2023. ECLI:ES:TSJCAT:2023:8705. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08afa13c99ed643ea0a8778d75e36f0d/20231129> [visitado el 12 de febrero de 2024]

obligación de prestar alimentos, aunque si figuran como causas la mejora de las condiciones de vida del alimentado, o incluso el legislador catalán, nos remite a las causas de desheredación, que se establece en el artículo 451-17 CCat. En relación a ello, la jurisprudencia ha abordado una cuestión muy polémica, en la que se planteaba si la falta de relación de los hijos con el progenitor alimentante, era un motivo para la extinción de la pensión de alimentos en favor de aquellos⁵⁷.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Tarragona, en su sentencia de 28 de enero de 2014⁵⁸, admite la falta de relación y de trato entre el progenitor y elijo como causa para extinguir la pensión de alimentos. Sin embargo, debe de existir una falta total de relación entre las partes, ya que el mero alejamiento enfriamiento no será suficiente para privar de alimentos o para desheredar al hijo.

Y para concluir, es importante señalar que la pensión de alimentos que se reconoce en favor del cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial, solo proceden ciertos casos, y no es un derecho ni vitalicio ni absoluto, sino que se trata de un derecho relativo y circunstancial, y que por lo tanto se encuentra limitado en el tiempo. Y así lo expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre de 2007⁵⁹.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El principio del interés superior del menor, pese a ser un concepto jurídico indeterminado, es uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento.

⁵⁷RIBERA BLANES, Begoña. “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad, como causa de extinción de la pensión de alimentos”. *Actualidad jurídica, iberoamericana*, 2020, número 13, P. 482-529. Recuperado de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/109187/1/Ribera-Blanes_2020_ActualidadJuridicalberoamericana.pdf [visitado el 18 de abril de 2024]

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, 28 de enero de 2014. ECLI:E:APT:2014:17. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/01f970800ba67589/20140218> [visitado el 18 de abril de 2024]

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre de 2007. ECLI:ES:APB:2007:10097. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6394a600f2fb90/20071115> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Este principio supone la protección a ultranza de los intereses del menor en caso de conflicto.

SEGUNDA.- La evaluación del interés superior del menor en la práctica judicial ha dado lugar a ciertas controversias, ya que el interés no puede confundirse con el deseo del menor. No obstante, el menor tiene derecho a ser oído. Especialmente, si tiene doce años (momento a partir del cual la audiencia es obligatoria) o goza de juicio suficiente.

TERCERA.- Dicho lo cual, la jurisprudencia ha elaborado una serie de pautas o de criterios para para determinar si el contenido de la voluntad del menor (expresado en el trámite de audiencia) debe de ponderarse con el resto de elementos en juego. El primer requisito de ellos es que el contenido de su voluntad no esté viciado. El segundo elemento consiste en que su voluntad no sea un capricho temporal. Y finalmente, el tercer elemento se centra en la valoración del resto de circunstancias del caso.

CUARTA.- Tras analizar las cuestiones expuestas, se ha abordado la adopción de medidas (provisionales o definitivas), que afectan al menor en momentos de crisis familiar o matrimonial. En todas ellas, y como se indicado anteriormente rige el principio de protección del interés superior del menor. En el ámbito de Cataluña, el legislador catalán ha articulado instrumentos muy interesantes en este ámbito como es el Plan de Parentalidad, o el Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria, que impide la relación del progenitor con sus hijos menores, cuando sobre el primero pesen, indicios fundados de violencia machista o familiar.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

a) Doctrina

ALBA FERRÉ, Esther. “El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales”. *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 28, 2019, pp. 114-133. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7026831> [visitado el 12 de febrero de 2024]

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general número 12, el derecho del niño a ser escuchado*. 2009. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> [visitado el 18 de abril de 2024]

DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, N.º 3, p. 46-60. Recuperado de: <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1300/1334> [visitado el 12 de febrero de 2024]

EL DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. 2014. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf> [visitado el 18 de abril de 2024]

FAUS PUJOL, Manuel. “El Plan de Parentalidad en Cataluña”. *Práctico de Derecho de Familia*, Vlex, 2024 (s.p.). Recuperado de: <https://app.vlex.com/#vid/591699710> [visitado el 12 de febrero de 2024]

GUILLÉN CATALÁN, Raquel. “El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015, N.º 19, p. 758-766. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2070-81572015000100040&script=sci_arttext [visitado el 12 de febrero de 2024]

ICAB. *Documento de trabajo: Guía y modelo del Plan de Parentalidad*. 2010. Recuperado de: <https://www.icab.cat/es/actualidad/noticias/noticia/Documento-de-Trabajo-Guia-y-modelo-del-Plan-de-Parentalidad/> [visitado el 12 de febrero de 2024]

LAUROBA LACASA, María Elena. “La Ley 9/2020, De 31 De Julio, De modificación Del Libro II Del Código Civil De Cataluña Y De La Ley 15/2009 De Mediación En El ámbito Del Derecho Privado: Una Reforma Prudente Con Onda Expansiva”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2020, N.º 36, p. 16–35. Recuperado de: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2566> [visitado el 18 de abril de 2024]

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio siglo XXI*, 2012, vol. 30, N.º 2, p. 89-108. Recuperado de: <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741> [visitado el 12 de febrero de 2024]

RIBERA BLANES, Begoña. “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad, como causa de extinción de la pensión de alimentos”. *Actualidad jurídica, iberoamericana*, 2020, número 13, P. 482-529. Recuperado de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/109187/1/Ribera-Blanes_2020_ActualidadJuridicalberoamericana.pdf [visitado el 18 de abril de 2024]

RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, Carles; CARBONELL, Xavier; ESPARCIA, Adolfo Jarne. “Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la

Custodia de Menores en Cataluña”. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2014, vol. 24, no 1, p. 19-29. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1133074014000063> [visitado el 12 de febrero de 2024]

b) Legislación

Internacional

Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada el 20 de noviembre de 1989 por Naciones Unidas. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child> [visitado el 7 de marzo de 2024]

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1 de 18 de diciembre de 2000. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [visitado el 8 de marzo de 2024]

Nacional y Autonómica

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en: «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Constitución Española. Publicado en: «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> [visitado el 7 de marzo de 2024]

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en: «BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Recuperado de:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en: «BOE» núm. 7, de 08/01/2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en: «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010. , Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado. Publicado en: «BOE» núm. 220, de 15 de agosto de 2020, Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9741 [visitado el 12 de febrero de 2024]

Ley 14/2020, de 25 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en: «BOE» núm. 321, de 9 de diciembre de 2020. Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15837 [visitado el 12 de febrero de 2024]

Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria. Publicado en: «BOE» núm. 18, de 21 de enero de 2022. Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-954 [visitado el 12 de febrero de 2024]

c) Jurisprudencia

Audiencias Provinciales

Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de febrero de 2001.
ECLI:ES:APZ:2001:88A. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e04c15acce515e/20031231> [visitado el 7 de marzo de 2024]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de marzo de 2002.
ECLI:ES:APGR:2002:693. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eb3557918a3ac8d6/20040317> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona N.º 305/2010, 17 de septiembre de 2010.
ECLI:ES:APGI:2010:912. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/24eaeceb5a27fb98/20101118> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de septiembre de 2007.
ECLI:ES:APB:2007:10097. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6394a600f2fb90/20071115> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 26 de febrero de 2014.
ECLI:ES:APGI:2014:126. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c1880bcfeeb6379/20140422> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, 28 de enero de 2014.
ECLI:ES:APT:2014:17. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/01f970800ba67589/20140218> [visitado el 18 de abril de 2024]

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de enero de 2014.
ECLI:ES:TSJCAT:2014:5. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/65b9e4bc1001b22e/20140213> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de marzo de 2014.
ECLI:ES:TSJCAT:2014:3099. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7219f55f486e745/20140429> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 2023.
ECLI:ES:TSJCAT:2023:8705. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08afa13c99ed643ea0a8778d75e36f0d/20231129> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de octubre de 2023.
ECLI:ES:TSJCAT:2023:11191. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/72d423521e3ed7a7a0a8778d75e36f0d/20240123> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de octubre de 2023.
ECLI:ES:TSJCAT:2023:10713. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a581a8520813ea65a0a8778d75e36f0d/20240108> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de noviembre de 2023.
ECLI:ES:STSJCAT:2023:11188. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b01cf390b37cd2dda0a8778d75e36f0d/20240123> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996. ECLI:ES:TS:1996:4858. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/94fec3fe143b9f8d/20030808> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017. ECLI:ES:TS:2017:851. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3905f677162c9e21/20170320> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Sentencia del Tribunal Supremo 301/2017 de 16 de mayo. ECLI:ES:TS:2017:1902. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/df3b4c37224b963d/20170526> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Supremo 389/2017 de 20 de junio. ECLI:ES:TS:2017:2510. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/96130869ca4fce90/20170707> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Supremo 18/2018 de 15 de enero. ECLI:ES:TS:2018:41. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/223c98df83872835/20180126> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018. ECLI:ES:TS:2018:3882. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0edd7e1af6ae0205/20181126> [visitado el 12 de febrero de 2024]

Sentencia del Tribunal Supremo 3853/2019 de 25 de noviembre.
ECLI:ES:TS:2019:3853. Recuperado de:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4b73749f04e192e8/20191210> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Tribunal Constitucional

Auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero. Recurso de Amparo 5258/2000. ECLI:ES:TC:2001:28A. Recuperado de:
<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/18574> [visitado el 8 de marzo de 2024]

Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019 de 9 mayo de 2019.
ECLI:ES:TC:2019:64. Recuperado de:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8645> [visitado el 12 de febrero de 2024]